CNUDMI
COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

CNUDMI Anuario

Volumen XXXVI: 2005

NACIONES UNIDAS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

ANUARIO

Volumen XXXVI: 2005

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/2005

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
Número de venta: S.10.V.3
ISBN: 978-92-1-333430-0
ISSN 0251-4273

© Naciones Unidas, noviembre de 2010. Reservados todos los derechos.

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

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 38º período de sesiones (Nueva York, 14 a 25 de junio de 2005) (A/60/17) 3

B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo sobre su 52º período de sesiones (TD/B/52/10 (Vol. I)) 75

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 38º período de sesiones (A/60/515) 76

Segunda parte. Estudios e informes sobre temas concretos

I . COMERCIO ELECTRÓNICO 97

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor realizada en su 44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) (A/CN.9/571). 97

B. Nota de la Secretaría sobre los aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: Disposiciones para un proyecto de convención, presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 44º período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.110). 153

C. Nota de la Secretaría sobre los aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: Disposiciones para un proyecto de convención, presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 44º período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.111). 173

D. Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: Disposiciones para un proyecto de convención, propuesto por Bélgica, presentada al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 44º período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.112) 179

E. Aspectos jurídicos del comercio electrónico: (ICC eTerms 2004) y Guía de la CCI para la contratación electrónica, presentada al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 44º período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.113) 181

F. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (A/CN.9/577 y Add.1) 195

G. Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: observaciones recibidas de Estados Miembros y organizaciones internacionales (A/CN.9/578 y Adds.1 a 17) 232

II. CONTRATACIÓN PÚBLICA 313

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública acerca de la labor del sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004) 313

B. Nota de la Secretaría sobre la evolución reciente del derecho en materia de contratación pública: cuestiones que ha planteado la creciente utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su sexto período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.31) 346

Página

C. Nota de la Secretaría sobre la evolución reciente del derecho en materia de contratación pública: cuestiones que ha planteado hasta la fecha la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su sexto período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.32) 367

D. Informe del Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública acerca de la labor de su séptimo período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005) (A/CN.9/575) 387

E. Nota de la Secretaría sobre revisiones posibles de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación de Bienes, Obras y Servicios: cuestiones suscitadas por la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su séptimo período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.34 y Add.1 y 2 410

F. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: Cuestiones derivadas de la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública: estudio comparado de la experiencia adquirida en el empleo de la subasta electrónica (inversa) en la contratación pública, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su séptimo período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.35 y Add.1) 460

G. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: cuestiones suscitadas por la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública: estudio comparado de las ofertas anormalmente bajas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su séptimo período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.36) 502

III. ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL 531

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 41º período de sesiones (Viena, 13 a 17 de septiembre de 2004) (A/CN.9/569) 531

B. Nota de la Secretaría sobre la solución de controversias comerciales: medidas cautelares, presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 41º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.131) 554

C. Nota de la Secretaría sobre la Inclusión de una referencia a la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras en el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en el contexto de los contratos internacionales, presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 41º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.132) 573

D. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 42º período de sesiones (Nueva York, 10 a 14 de enero de 2005) (A/CN.9/573) 578

E. Nota de la Secretaría sobre la solución de controversias comerciales: medidas cautelares, presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 42º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.134) 601

IV. DERECHO DEL TRANSPORTE 607

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte acerca de la labor de su 14º período de sesiones (Viena, 29 de noviembre a 10 de diciembre de 2004) (A/CN.9/572) 607

B. Nota de la Secretaría sobre la Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Versión provisional revisada de los artículos del proyecto de instrumento examinados en el informe del Grupo de Trabajo III sobre la labor realizada en su 13º período de sesiones (A/CN.9/552), presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 14º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.39) 653

C. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Observaciones de Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia (los países nórdicos) relativas a la autonomía contractual, presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 14º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.40) 677

D. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Observaciones de la secretaría de la UNCTAD, presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 14º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.41) 684

E. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Propuesta de los Estados Unidos de América, presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 14º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.42) 691

Página

F. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte acerca de la labor de su 15º período de sesiones (Nueva York, 18 a 28 de abril de 2005) (A/CN.9/576) 694

G. Nota de la Secretaría sobre la preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Disposiciones relativas al ámbito de aplicación, presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 15º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.44) 757

H. Nota de la Secretaría sobre la preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Recurso al arbitraje: práctica uniforme internacional en materia de arbitraje y el régimen del proyecto de instrumento, presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 15º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.45) 762

I. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Observaciones de la Secretaría de la UNCTAD sobre la autonomía contractual, presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 15º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.46) 769

J. Nota de la Secretaría sobre la preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Revisiones propuestas de las disposiciones concernientes al comercio electrónico, presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 15º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.47) 774

V. GARANTÍAS REALES 787

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de su sexto período de sesiones (Viena, 27 de septiembre a 1º de octubre de 2004) (A/CN.9/570) 787

B. Informe del Secretario General sobre las recomendaciones relativas al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su sexto período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.13 y Add.1) 808

C. Informe del Secretario General sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su sexto período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.14 y Add.1 y 2 y Add.4) 828

D. Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor de su séptimo período de sesiones (Nueva York, 24 a 28 de enero de 2005) (A/CN.9/574) 893

E. Informe del Secretario General sobre las recomendaciones relativas al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su séptimo período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.16 y Add.1) 913

F. Informe del Secretario General sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su séptimo período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.17 y Add.1) 928

G. Informe del Secretario General sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su séptimo período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.18 y Add.1) 952

H. Informe del Secretario General sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su séptimo período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.19.1) 976

VI. SUPERVISIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958 986

VII. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SOBRE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI (CLOUT) 1004

VIII. ASISTENCIA TÉCNICA PARA LA REFORMA DEL DERECHO 1005

IX. SITUACIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI 1016

A. Situación de las convenciones y leyes modelo (A/CN.9/561) 1016

Página

B. Nota de la Secretaría sobre la evolución del régimen de la insolvencia: adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza; aplicación de protocolos transfronterizos y de pautas para la comunicación interjudicial; y jurisprudencia interpretativa de "centro de los principales intereses" y "establecimiento" de una empresa en la Unión Europea (A/CN.9/580 y Add.1 y 2) 1017

X. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN. 1045

A. Nota de la Secretaría sobre las actividades que están desarrollando las organizaciones internacionales en relación con la armonización y unificación del derecho mercantil internacional (A/CN.9/584). 1045

B. Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en la esfera del régimen de la insolvencia (A/CN.9/582 Y Add. 1 a 7). 1067

C. Nota de la Secretaría sobre la labor en curso de otras organizaciones internacionales en la esfera del comercio electrónico (A/CN.9/579) 1103

Tercera parte. Anexos

I. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES. 1149

II. ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL DEDICADAS A LA PREPARACIÓN DEL PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES 1150

III. BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS RECIENTEMENTE PUBLICADAS RELATIVAS A LA LABOR DE LA CNUDMI NOTA DE LA SECRETARÍA 1250

IV. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL 1275

V. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI REPRODUCIDOS EN VOLÚMENES ANTERIORES DEL *ANUARIO* 1285

INTRODUCCIÓN

El presente es el 36º 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:

		Publicación de las Naciones Unidas
Volumen	*Años*	*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	S.06.V.14
XXXV	2004	S.08.V.8

Primera parte

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

TRIGÉSIMO OCTAVO PERÍODO DE SESIONES (2005)

A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 38º período de sesiones (Viena, 4 a 15 de julio de 2005)

(A/60/17) [Original: inglés]

Índice

Capítulo		*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.	Ultimación y aprobación de un proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales	12-167
	A. Organización de las deliberaciones	12-13
	B. Observaciones generales	14-15
	C. Examen del proyecto de convención	16-164
	D. Notas explicativas	165
	E. Informe del grupo de redacción	166
	F. Decisión de la Comisión y recomendación a la Asamblea General	167
IV.	Contratación pública: informe del Grupo de Trabajo I sobre la marcha de su labor	168-172
V.	Arbitraje: informe sobre los progresos realizados por el Grupo de Trabajo II	173-179
VI.	Derecho del transporte: informe sobre los progresos realizados por el Grupo de Trabajo III	180-184
VII.	Garantías reales: informe sobre la marcha de los trabajos del Grupo de Trabajo VI	185-187
VIII.	Seguimiento de la puesta en práctica de la Convención de Nueva York de 1958	188-191
IX.	Jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI y resúmenes de jurisprudencia	192-194

X. Asistencia técnica para la reforma legislativa 195-198
XI. Situación y promoción de los textos de rango legislativo de la CNUDMI 199-204
XII. Resoluciones pertinentes de la Asamblea General 205-206
XIII. Coordinación y cooperación 207-231
A. Generalidades 207-208
B. Régimen de la insolvencia 209-212
C. Comercio electrónico 213-215
D. Fraude comercial 216-220
E. Informes de otras organizaciones internacionales 221-230
F. Congreso de 2007 231
XIV. Otros asuntos 232-236
A. Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis . 232-234
B. Fuentes de información de la CNUDMI 235
C. Bibliografía 236
XV. Lugar y fecha de futuras reuniones 237-241
A. Debate general sobre la duración de los períodos de sesiones 237-238
B. 39º período de sesiones de la Comisión 239
C. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo que se celebrarán antes del 39º período de sesiones de la Comisión 240
D. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo que se celebrarán en 2006, después del 39º período de sesiones de la Comisión 241

Anexos

I. Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales . . . . .
II. Lista de documentos presentados a la Comisión en su 38º período de sesiones . . . . .

I. Introducción

1. El presente informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) abarca el 38º período de sesiones de la Comisión, celebrado en Viena del 4 al 15 de julio de 2005.

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

II. Organización del período de sesiones

A. Apertura del período de sesiones

3. La Comisión inició su 38º período de sesiones el 4 de julio de 2005.

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), ex República Yugoslava de Macedonia (2007), 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), 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), 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 (República Bolivariana de) (2010) y Zimbabwe (2010).

5. Con excepción de Benin, el Ecuador, la ex República Yugoslava de Macedonia, Fiji, el Gabón, Israel, el Líbano, Madagascar, Mongolia, el Pakistán, Rwanda, Uganda y el Uruguay, todos los miembros de la Comisión estuvieron representados en el período de sesiones.

---

[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.

6. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Angola, Antigua y Barbuda, Azerbaiyán, Bulgaria, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, Filipinas, Finlandia, Grecia, Hungría, Indonesia, Iraq, Irlanda, Kuwait, Letonia, Myanmar, Perú, Portugal, República Democrática del Congo, Rumania, Senegal, Ucrania y Yemen.

7. Asistieron también observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional (FMI);

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Asociación de Organismos del África oriental y meridional para la reforma del derecho (ALRAESA), Comisión Europea, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Consejo de Europa e Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado;

c) *Organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión*: American Bar Association, American Bar Foundation, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Asociación Internacional de Abogados, Asociación Jurídica para Asia y el Pacífico Occidental, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado W. C. Vis, Consejo International para el Arbitraje Comercial, Fondo de Kuwait para el Desarrollo Económico de los Países Árabes, Forum for International Commercial Arbitration, Groupe de Réflexion sur l'Insolvabilité et sa Prévention, INSOL International (INSOL), Instituto de Derecho Internacional, International Insolvency Institute, International Swaps & Derivatives Associations (ISDA), Moot Alumni Association y Unión Internacional de Abogados.

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

C. Elección de la Mesa

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

Presidente:	Sr. Jorge Pinzón Sánchez (Colombia)
Vicepresidentes:	Sr. Jeffrey Wah Teck Chan (Singapur)
	Sr. Petr Havlík (República Checa)
	Sra. Karen Mosoti (Kenya)
Relator:	Sr. Colin Minihan (Australia)

D. Programa

10. El programa del período de sesiones, que la Comisión aprobó en su 794ª sesión, celebrada el 4 de julio de 2005, fue el siguiente:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Conclusión y aprobación de un proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.
5. Contratación pública: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo I.
6. Arbitraje: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo II.
7. Derecho del transporte: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo III.
8. Garantías reales: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo VI.
9. Seguimiento legislativo de la Convención de Nueva York de 1958.
10. Jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI y compendios de jurisprudencia.
11. Asistencia técnica para la reforma legislativa.
12. Situación actual de los textos jurídicos de la CNUDMI y labor de promoción de esos textos.
13. Resoluciones de la Asamblea General de interés para la CNUDMI.
14. Coordinación y cooperación:
    a) Coordinación y cooperación general;
    b) Régimen de la insolvencia;
    c) Comercio electrónico;
    d) Fraude comercial;
    e) Informes de otras organizaciones internacionales.
15. Otros asuntos.
16. Lugar y fecha de futuras reuniones.
17. Aprobación del informe de la Comisión.

E. Aprobación del informe

11. En sus sesiones 810ª y 811ª, celebradas el 15 de julio de 2005, la Comisión aprobó por consenso el presente informe.

III. Ultimación y aprobación de un proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

A. Organización de las deliberaciones

12. La Comisión examinó la versión revisada del proyecto de convención, que comprende los artículos aprobados por el Grupo de Trabajo en su 44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) y el proyecto de preámbulo y disposiciones finales, sobre el cual el Grupo de Trabajo había sostenido únicamente un intercambio general de opiniones en esa ocasión, reseñado en el anexo I del documento A/CN.9/577. La Comisión tomó nota del resumen de las deliberaciones sobre el proyecto de convención sostenidas desde el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) y de la información de antecedentes que figuraba en el documento A/CN.9/577/Add.1. Tomó nota también de las observaciones formuladas por gobiernos y organizaciones internacionales sobre el proyecto de convención, que figuraban en el documento A/CN.9/578 y adiciones 1 a 17.

13. La Comisión decidió examinar el proyecto de preámbulo una vez que hubiera dejado establecida la parte dispositiva del proyecto de convención.

B. Observaciones generales

14. Se observó que el proyecto de convención tenía por objeto eliminar los obstáculos jurídicos que se oponían al desarrollo del comercio electrónico, entre ellos, los creados por otros instrumentos, sobre la base de principios ya reconocidos como el de la equivalencia funcional. No obstante, se opinó que debía fortalecerse el contenido normativo del proyecto de convención con objeto de inspirar más confianza en la utilización de las comunicaciones electrónicas y contribuir a poner coto a posibles abusos y al fraude comercial. Respondiendo a lo anterior, se señaló que el proyecto de convención ofrecía un régimen eficaz del comercio electrónico que facilitaría el desarrollo económico en todas las regiones, así como en países que estuvieran en diferentes etapas de desarrollo.

15. Se informó a la Comisión de que muchos Estados venían adoptando medidas para difundir el empleo del comercio electrónico y promover la modernización de los métodos comerciales. Se observó que el proyecto de convención resultaría útil como base para que los Estados pudieran simplificar la diversidad actual de las normas de derecho interno aplicables al comercio electrónico. El proyecto de convención reforzaría la confianza en el comercio electrónico de ámbito transfronterizo.

C. Examen del proyecto de convención

Artículo 1. Ámbito de aplicación

16. El texto del proyecto de artículo decía:

"1. La presente Convención será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato [o acuerdo] entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados.

2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en distintos Estados 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, o al concluirse el 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."

17. La Comisión decidió que al examinar el proyecto de artículo 1 debía tener en cuenta la relación lógica que existía entre los proyectos de artículo 1, 18 y 19.

18. Se observó que, a diferencia de otros instrumentos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)[2] (la "Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa"), el proyecto de convención era aplicable a contratos concertados entre partes situadas en distintos Estados, aun cuando no fueran ambos Estados Contratantes. Se opinó que el texto actual del proyecto de artículo 1 ampliaba excesivamente el ámbito de aplicación de la futura convención, lo que era inusual en instrumentos internacionales de derecho mercantil. Se indicó, en particular, que ese texto sentaría un precedente poco deseable, en la medida en que permitía la aplicación del régimen de la futura convención a los Estados que no la hubiesen ratificado ni se hubiesen adherido a ella, criterio que, en última instancia, atentaría contra la soberanía de los Estados.

19. En respuesta se dijo que su régimen no tendría efectos adversos para la soberanía de los Estados. Además, se señaló que, si bien el proyecto de artículo 1 difería de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, esa definición del ámbito de aplicación no era totalmente nueva, ya que se había utilizado, por ejemplo, en el artículo 1 de la Convención relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías (La Haya, 1964)[3]. Por otra parte, se indicó que, como el proyecto de convención enunciaba un régimen de derecho privado, sería aplicable únicamente a las operaciones negociadas entre particulares, no entre Estados. Se señaló que nada de lo dispuesto en el proyecto de convención creaba obligación alguna para los Estados que no ratificaran el instrumento ni se adhirieran a él. Se añadió que los tribunales de los Estados que no hubieran ratificado la convención aplicarían sus disposiciones únicamente cuando las reglas de derecho internacional privado del propio Estado previeran la aplicabilidad de la ley de un Estado Contratante, en cuyo caso la futura convención sería aplicable como parte del ordenamiento jurídico de ese Estado extranjero. La aplicación del derecho extranjero era una consecuencia natural, aceptada tradicionalmente por la mayoría de los Estados, de todo régimen de derecho internacional privado. No se estaba introduciendo ninguna novedad al respecto.

---

[2] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, núm. 25567.

[3] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta 71.V.3.

20. No obstante, se reconoció que la relación entre las reglas de derecho internacional privado y el ámbito de aplicación del proyecto de convención no quedaba totalmente clara. Una posible interpretación era que, conforme a su texto actual la convención regiría cuando la ley aplicable a los tratos entre las partes fuera la ley de un Estado Contratante, lo que se decidiría con arreglo a las normas de derecho internacional privado del Estado del foro, salvo que las partes hubieran convenido en la ley aplicable a su contrato. Así pues, el proceso para determinar la aplicabilidad de la convención en un caso determinado sería esencialmente el siguiente:

a) Si una parte acudía al tribunal de un Estado no contratante, ese tribunal se remitiría a las reglas de derecho internacional privado del Estado en que estuviese situado, y si en esas reglas se designaba el derecho sustantivo de cualquier Estado Contratante de la futura convención, se aplicaría este último como parte del derecho sustantivo de ese Estado, independientemente de que el Estado del tribunal elegido no fuera parte en la convención;

b) Si una parte acudía al tribunal de un Estado Contratante, ese tribunal se remitiría igualmente a las reglas de derecho internacional privado del Estado en que estuviese situado y, si en esas reglas se designaba el derecho sustantivo de ese Estado o de cualquier otro Estado Parte en la convención, se aplicaría este último.

21. Sin embargo, se indicó que sería más apropiado dar una interpretación diferente, habida cuenta de la interacción entre el artículo 1 y las declaraciones autorizadas con arreglo al proyecto de artículo 18. En realidad, el proyecto de artículo 1 se podía interpretar en el sentido de que, si el tribunal elegido estaba situado en un Estado Contratante, tendría que aplicar la futura convención independientemente de las reglas de derecho internacional privado, es decir, independientemente de que en éstas se confirmara o no la aplicación de la ley del foro o se hiciera remisión a la ley de otro Estado, de forma análoga a la aplicación "autónoma" de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa cuando se cumplían los requisitos previstos en el apartado a) del párrafo 1) del artículo 1 de esa Convención. Si un Estado Contratante deseaba evitar verse obligado a aplicar el régimen de la futura convención, incluso en aquellos casos en que la ley aplicable fuera la de un Estado no contratante, tendría que hacer una declaración, con arreglo al apartado b) del párrafo 1) del artículo 18 de la futura convención, en el sentido de que su régimen sería aplicable únicamente "cuando las reglas de derecho internacional privado declaren aplicable la ley de un Estado Contratante". Se indicó que esa interpretación parecía estar justificada, ya que daría una buena razón para la exclusión autorizada en el apartado b) del párrafo 1 del proyecto de artículo 18. De hecho, toda declaración que se hiciera con arreglo a esa disposición carecería de sentido si el resultado que se pretendiera lograr con ella (es decir, someter la aplicación de la convención a las reglas de derecho internacional privado) estuviese ya implícito en el proyecto de artículo 1.

22. Se señaló que la formulación del proyecto de artículo 1 se prestaba a las dos interpretaciones. Cada una de ellas tenía ventajas y desventajas. Se indicó que hacer depender la aplicación de la convención de las reglas de derecho internacional privado del Estado del foro estaba más en consonancia con el entendimiento a que había llegado el Grupo de Trabajo en cuanto a la relación entre el proyecto de convención y la ley por lo demás aplicable (véase A/CN.9/571, párr. 36). Por otra

parte, un ámbito de aplicación autónomo reforzaría la certeza jurídica, ya que permitiría a las partes en un contrato saber de antemano si la convención era aplicable a su contrato. Prevaleció la opinión de que la convención debería ser aplicable únicamente cuando el contrato subyacente a la operación considerada se rigiera por las leyes de un Estado Contratante. Por consiguiente, la Comisión decidió que no era necesario modificar el párrafo 1 del proyecto de artículo 1, pero que sería conveniente hacer una aclaración en las notas explicativas de la convención (véase el párrafo 165 *infra*) (las "notas explicativas"), y podía ser necesario retocar el texto del proyecto de artículo 18 (véase el párrafo 127 *infra*).

23. La Comisión consideró la propuesta de insertar las palabras "o acuerdo" en el proyecto de párrafo 1 con objeto de aclarar que la convención sería aplicable también a los acuerdos de arbitraje definidos en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)[4] (la "Convención de Nueva York"). La Comisión decidió no hacer esa inserción por considerar que el proyecto de texto ya era lo bastante claro al respecto. Pidió a la Secretaría que aclarara dicha cuestión en las notas explicativas estableciendo expresamente que la convención sería aplicable también a los acuerdos de arbitraje definidos en la Convención de Nueva York.

24. A reserva de esa enmienda, la Comisión aprobó el contenido del proyecto de artículo 1 y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 2. Exclusiones

25. El texto del proyecto de artículo decía:

> "1. La presente Convención no será aplicable a las comunicaciones electrónicas relacionadas con:
>
> a) Contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos;
>
> b) i) Operaciones en un mercado bursátil reglamentado; ii) operaciones de cambio de divisas; iii) sistemas de pago interbancarios, acuerdos de pago interbancarios o sistemas de compensación y de liquidación o saldo relacionados con valores bursátiles u otros títulos o activos financieros; iv) la transferencia de garantías reales constituidas sobre valores bursátiles u otros títulos o activos financieros que obren en poder de un intermediario y que puedan ser objeto de un acuerdo de venta, de préstamo, de tenencia o de recompra.
>
> 2. La presente Convención no será aplicable a las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén, ni a ningún documento o título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero."

26. La Comisión recordó que el Grupo de Trabajo ya había debatido ampliamente sobre el proyecto de artículo 2 (véanse A/CN.9/548, párrs. 98 a 111, y A/CN.9/571, párrs. 59 a 69). Observó que en el apartado a) del párrafo 1 se reflejaba la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en el sentido de excluir los contratos concertados

---

[4] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, núm. 4739.

con consumidores, en tanto que en el apartado b) se excluían determinadas operaciones del sector de servicios financieros debido a que ese sector ya se regía por normas bien definidas cuyo régimen se podía ver perturbado si se incluían esas operaciones en el ámbito de aplicación de la convención.

27. Se observó también que el párrafo 2 excluía los títulos negociables y documentos análogos porque las posibles consecuencias de la duplicación no autorizada de documentos de titularidad o de títulos negociables -y, en general, de todo título transferible que facultara a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de mercancías o el pago de una suma de dinero- hacían necesario prever dispositivos que garantizaran la singularidad de esos títulos. El Grupo de Trabajo se había mostrado de acuerdo en que para encontrar una solución a ese problema habría que combinar una serie de dispositivos jurídicos, tecnológicos y comerciales, ninguno de los cuales había sido plenamente desarrollado ni puesto a prueba hasta el momento. Por esas razones, el Grupo de Trabajo había determinado que las cuestiones planteadas por los títulos negociables y demás documentos análogos, en particular la necesidad de salvaguardar su unicidad, trascendían de la mera cuestión de garantizar la equivalencia funcional entre un documento consignado sobre papel y ese mismo tipo de documento consignado en forma electrónica, que era el objetivo principal del proyecto de convención, por lo que estaba justificada la exclusión de su régimen prevista en el párrafo 2 del proyecto de artículo (véase A/CN.9/571, párr. 136).

28. Se propuso que en las notas explicativas se aclarara que el apartado a) del párrafo 1, en que se excluían los "contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos", no se limitaba a excluir los asuntos relativos a los consumidores, sino que también excluía los contratos regulados por el Convenio sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales (La Haya, 1978)[5]. Se propuso también que se excluyeran expresamente los contratos en que participaran tribunales, autoridades públicas o profesionales que ejercieran alguna función pública, como los notarios.

29. Se sugirió que en las notas explicativas se aclarara el significado del apartado a) del párrafo 1 del proyecto de artículo 2. Se señaló que una frase similar en el contexto de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías se había entendido como referida a los contratos concertados con consumidores. No obstante, en el contexto del actual proyecto de convención, que tenía un ámbito de aplicación más amplio y no se limitaba a las comunicaciones electrónicas relacionadas con operaciones de compra, podría darse una interpretación más amplia al texto del apartado a) del párrafo 1, a fin de excluir también las comunicaciones relacionadas con contratos que se rijan por el derecho de familia o por el derecho de sucesiones. En apoyo de esa sugerencia, se dijo que, según lo entendía la mayoría de los integrantes del Grupo de Trabajo, siempre se había dado por supuesto que el proyecto de convención no sería aplicable a cuestiones relacionadas con el derecho de familia ni el derecho de sucesiones, sino que su régimen estaba destinado a las operaciones comerciales, como lo demostraba el requisito, establecido en el proyecto de artículo 1, de que las partes tuvieran sus "establecimientos" en Estados Contratantes. No obstante, se

---

[5] Véase el texto del Convenio en "Final Act of the Thirteenth Session of the Hague Conference on Private International Law", *Actes et Documents de la Treizième session (1976)*, tomo I.

hicieron objeciones a que se admitieran esas sugerencias en la etapa actual, dado que podrían conducir a una reapertura de otros debates que se habían zanjado al haber acordado el Grupo de Trabajo suprimir una larga lista de cuestiones excluidas del ámbito de aplicación del proyecto de convención. Se convino en que en las notas explicativas se reflejaran las deliberaciones del Grupo de Trabajo. El apartado a) del párrafo 1 del proyecto de artículo 2 no debía entenderse en el sentido restrictivo dado a una frase similar en el contexto de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, ya que ello supondría que la utilización de la vía electrónica al servicio de contratos que se rijan por el derecho de familia o por el derecho de sucesiones quedaría excluida del ámbito de aplicación del proyecto de convención.

30. La Comisión aprobó el contenido del proyecto de artículo 2 y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 3. Autonomía de las partes

31. El texto del proyecto de artículo decía:

> "Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o exceptuar o modificar los efectos de cualquiera de sus disposiciones."

32. La Comisión observó que se planteaban dos problemas en relación con las observaciones presentadas por los gobiernos respecto del proyecto de artículo 3. El primero era si la exclusión debía hacerse expresamente o podía hacerse implícitamente, por ejemplo, al pactar las partes cláusulas o condiciones contractuales que se apartaran del régimen de la convención. Si bien se expresó cierta preocupación de que la exclusión implícita pudiera crear incertidumbre en cuanto a la aplicación del instrumento, la Comisión convino en que la exclusión podía ser explícita o implícita y en que este criterio debía quedar reflejado en las notas explicativas.

33. El segundo problema era la cuestión suscitada por la propuesta de que se restringiera la autonomía de las partes. Por ejemplo, se propuso que las partes no estuvieran facultadas para sustraerse de la aplicación de los proyectos de artículo 8 y 9, que fijaban las condiciones mínimas para cumplir con los requisitos de forma. Se sugirió que una autonomía irrestricta de las partes podría socavar el régimen de la futura convención en su totalidad y dar a las partes la posibilidad de sustraer su contrato al ámbito de aplicación de leyes de rango imperativo. Se propuso limitar el alcance del artículo 3 a los artículos 10 a 14. Sin embargo, se apoyó firmemente el parecer de que la autonomía de las partes era un factor esencial de toda negociación contractual y debía reconocerse en el proyecto de convención, si bien se aceptó, en general, que esa autonomía no debía prestarse a que las partes pactaran la inobservancia de leyes de rango imperativo. En función de este criterio, la Comisión decidió que no se restringiera el principio de la autonomía de las partes, conforme estaba enunciado en el artículo 3, pero que dicho criterio se reflejara en las notas explicativas.

34. La Comisión aprobó el contenido del proyecto de artículo 3 y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 4. Definiciones

35. El texto del proyecto de artículo decía:

"A los efectos de la presente Convención:

a) Por "comunicación" se entenderá toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes hayan de hacer o decidan hacer en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato;

b) Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos;

c) Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

d) Por "iniciador" de una comunicación electrónica se entenderá toda parte que haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar una comunicación electrónica antes de ser archivada, si ese es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario a su respecto;

e) Por "destinatario" de una comunicación electrónica se entenderá la parte designada por el iniciador para recibirla, pero que no esté actuando a título de intermediario a su respecto;

f) Por "sistema de información" se entenderá todo sistema que sirva para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma comunicaciones electrónicas;

g) Por "sistema automatizado de mensajes" se entenderá un programa informático o un medio electrónico o algún otro medio automatizado utilizado para iniciar una acción o para responder a operaciones o mensajes de datos, que actúe, total o parcialmente, sin que una persona haya de intervenir o revisar la actuación cada vez que se inicie una acción o que el sistema genere una respuesta;

h) Por "establecimiento" se entenderá todo lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar."

36. La Comisión observó que la mayoría de las definiciones que figuraban en el proyecto de artículo 4 estaban basadas en las utilizadas en su Ley Modelo sobre Comercio Electrónico[6] y habían sido objeto de extensos debates del Grupo de Trabajo (véanse A/CN.9/527, párrs. 111 a 122, A/CN.9/528, párrs. 76 y 77, y A/CN.9/571, párrs. 78 a 89).

37. La Comisión recibió algunas sugerencias en el sentido de que se aclararan o eliminaran algunas definiciones, en particular la de "establecimiento", en el apartado h), por considerarse que entraba en conflicto con leyes establecidas. Sin

---

[6] Véase el texto de la Ley Modelo en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I. La Ley Modelo y su Guía para la incorporación al derecho interno están disponibles como publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.99.V.4).

embargo, no hubo suficiente apoyo para enmendar el proyecto de artículo. La Comisión aprobó su contenido y remitió su texto al grupo de redacción. La Comisión convino en que la definición de "establecimiento" no tenía por objeto afectar a ninguna otra norma de derecho sustantivo que regulara la noción de establecimiento, y en que dicho común entendimiento quedara reflejado en las notas explicativas (véase también el párr. 90 *infra*).

Artículo 5. Interpretación

38. El texto del proyecto de artículo decía:

> "1. En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de velar por 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 inspira su régimen o, en su defecto, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado."

39. Observando que el proyecto de artículo 5 era una disposición habitual en los textos preparados por la Comisión, ésta aprobó su contenido y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 6. Ubicación de las partes

40. El texto del proyecto de artículo decía:

> "1. Para los fines de la presente Convención, se presumirá que el establecimiento de una parte está en el lugar por ella indicado, salvo que otra parte demuestre que la parte que hizo esa indicación no tiene establecimiento alguno en ese lugar.
>
> 2. Si una parte no ha indicado un establecimiento y tiene más de un establecimiento, [a reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo,] su establecimiento a efectos de la presente Convención será el que tenga la relación más estrecha con el contrato pertinente, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o al concluirse el contrato.
>
> 3. Si una persona física no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.
>
> 4. Un lugar no constituye un establecimiento por el mero hecho de que sea el lugar: a) donde estén ubicados el equipo y la tecnología que sirvan de soporte para el sistema de información utilizado por una de las partes para la formación de un contrato; o b) donde otras partes puedan obtener acceso a dicho sistema de información.
>
> 5. El mero hecho de que una parte haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculada a cierto país no crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en dicho país."

41. La Comisión recordó que el Grupo de Trabajo había celebrado extensos debates sobre ese proyecto de disposición durante la preparación del proyecto de convención (véanse A/CN.9/509, párrs. 61 a 65, y A/CN.9/546, párrs. 88 a 105). En el texto que se examina sólo se creaba una presunción favorable a la indicación hecha por una parte acerca de su establecimiento y se establecían ciertas condiciones para poder refutar esa indicación, así como disposiciones supletorias para aplicar en los casos en que no se hubiese hecho indicación alguna. La intención no era permitir que las partes inventaran establecimientos ficticios que no cumplieran con los requisitos del apartado h) del proyecto de artículo 4.

42. No obstante, se propuso que el futuro régimen obligara a las partes a que indicaran su establecimiento, ya que no hacerlo abriría la puerta al fraude comercial. Se indicó que con una obligación de esa índole se reforzaría la confianza en el comercio electrónico, se prestaría apoyo a las medidas encaminadas a poner coto a la utilización ilícita de toda vía electrónica de comunicación y se facilitaría la determinación del ámbito de aplicación de la futura convención.

43. Respondiendo a lo anterior, se indicó que la determinación del ámbito de aplicación de la convención era una cuestión resuelta en el proyecto de artículo 1, y que imponer una obligación en ese sentido en el marco del proyecto de artículo 6 no venía al caso en absoluto. Se observó también que en las versiones anteriores del proyecto de convención, inspiradas en el párrafo 1 del artículo 5 de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea (la "Directiva de la Unión Europea")[7], se había previsto la obligación de las partes de revelar sus establecimientos o de proporcionar algún otro dato al respecto. No obstante, tras extensos debates el Grupo de Trabajo había decidido suprimir esas disposiciones, principalmente por considerarlas de carácter reglamentario y, por tanto, improcedentes en un instrumento mercantil de rango legal, indebidamente intrusivas y potencialmente lesivas para ciertas prácticas comerciales vigentes. Donde sí era frecuente encontrar obligaciones de divulgar información, como la enunciada en el proyecto de artículo, era en textos legales relativos a la protección del consumidor, por ejemplo, en la Directiva de la Unión Europea. Sin embargo, en la Unión Europea los Estados miembros contaban con su propio régimen para regular el incumplimiento de las obligaciones de esa índole. Se recordó que el Grupo de Trabajo había indicado que, si se imponía una obligación de esa índole, habría que incluir disposiciones que establecieran las consecuencias de su incumplimiento, lo que escapaba del alcance asignado al proyecto de convención.

44. En vista de esas observaciones, la Comisión aprobó, sin cambio alguno, el contenido del párrafo 1 y remitió su texto al grupo de redacción.

45. Se observó que el párrafo 2 se inspiraba en una disposición análoga de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y se basaba en el principio de que, si una parte tenía más de un establecimiento, debía estar facultada para designar uno de esos lugares como establecimiento y, si no lo hacía, se consideraría que su establecimiento sería el que tuviera la relación más estrecha con

---

[7] Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior ("Directiva sobre el comercio electrónico"). *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 178, 17 de julio de 2000, pág. 1.

el contrato pertinente. Se propuso suprimir el texto que figuraba entre corchetes en el párrafo 2, así como la frase "y tiene más de un establecimiento", por considerarse innecesaria. Se apoyó la propuesta de suprimir el texto que figuraba entre corchetes, pero se conservó la frase "y tiene más de un establecimiento". Con esa modificación, la Comisión aprobó el contenido del párrafo 2 y remitió su texto al grupo de redacción.

46. Se pidió que se aclarara si el párrafo 2 era aplicable también cuando una parte que tuviera varios establecimientos hubiese indicado un establecimiento, pero esa indicación se hubiese impugnado con arreglo al párrafo 1. Se respondió que el párrafo 2 sería aplicable en todo supuesto en el que no se hubiese dado una indicación válida con respecto a un establecimiento, y que la regla supletoria prevista en esa disposición sería aplicable no sólo cuando la parte no indicara un establecimiento, sino también cuando esa indicación fuera refutada con arreglo al párrafo 1. Se decidió incluir una explicación al respecto en las notas explicativas.

47. La Comisión aprobó sin modificaciones el contenido de los párrafos 3 y 4 y remitió su texto al grupo de redacción. Con respecto al párrafo 5, se sugirió que, en aras de la neutralidad tecnológica, además de utilizarse las expresiones "nombre de dominio" y "dirección de correo electrónico", se hiciera referencia también a la utilización de "otras vías electrónicas de comunicación", a fin de incluir otras vías comúnmente empleadas como, por ejemplo, un servicio de mensajes breves (SMS). Si bien la Comisión en un principio se mostró dispuesta a aceptar esa sugerencia, finalmente decidió no modificar el texto del párrafo 5. Se observó que los nombres de dominio y las direcciones de correo electrónico no eran "vías de comunicación" en sentido estricto, por lo que no correspondía incorporar la adición propuesta en ese proyecto de párrafo. También se señaló que el texto examinado guardaba relación con la tecnología actualmente disponible que, en opinión de la Comisión, no permitía establecer, por sí misma, una conexión lo bastante fiable con un determinado país como para crear la presunción de la ubicación en dicho país de una parte. No obstante, sería poco prudente que la Comisión, al utilizar una formulación de sentido tan lato, descartara la posibilidad de que surgiera nueva tecnología que permitiera crear una firme presunción en cuanto a la ubicación de una parte en un país con el que la tecnología utilizada tuviera una conexión estable. Por consiguiente, la Comisión aprobó sin cambios el contenido del párrafo 5 y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 7. Requisitos de información

48. El texto del proyecto de artículo decía:

> "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."

49. La Comisión recordó que el texto del proyecto de artículo 7 era fruto de extensas deliberaciones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/546, párrs. 88 a 105, y A/CN.9/571, párrs. 115 y 116). Habida cuenta de las persistentes objeciones a que se añadieran disposiciones por las que se obligara a las partes a dar a conocer la ubicación de su establecimiento, el Grupo de Trabajo había decidido abordar esa

cuestión desde otro ángulo, a saber, con una disposición por la que se reconociera la posible existencia de requisitos de revelación de información en el derecho sustantivo que rigiera el contrato y se recordara a las partes su obligación de cumplir esos requisitos. Nada de lo dispuesto en el proyecto de artículo permitía que las partes indicaran establecimientos ficticios para eludir otras obligaciones jurídicas.

50. Se indicó que tal vez la alusión a declaraciones "inexactas o falsas" no se estimara aplicable al supuesto de que se omitiera una declaración obligatoria por ley. Para prever esa situación, se propuso agregar el término ", incompletas" después de la palabra "inexactas". A reserva de esa enmienda, la Comisión aprobó el contenido del proyecto de artículo 7 y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 8. Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas

51. El texto del proyecto de artículo decía:

> "1. No se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica.
>
> 2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención hará que una parte esté obligada a utilizar o a aceptar información en forma de comunicación electrónica, pero su conformidad al respecto podrá inferirse de su conducta."

52. La Comisión observó que en el párrafo 1 se enunciaba el principio de la equivalencia funcional, y que ese párrafo estaba inspirado en una disposición análoga del artículo 5 de su Ley Modelo sobre Comercio Electrónico. En cuanto al párrafo 2, si bien no se enunciaba en los mismos términos en la Ley Modelo, se había incorporado en varias leyes nacionales relativas al comercio electrónico a fin de subrayar el principio de la autonomía de las partes y de reconocer que éstas no estaban obligadas a utilizar ni a aceptar las comunicaciones electrónicas.

53. La Comisión aprobó el contenido del proyecto de artículo 8 y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 9. Requisitos de forma

54. El texto del proyecto de artículo decía:

> "1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención obligará a que una comunicación o un contrato tenga que hacerse o probarse de alguna forma particular.
>
> 2. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta.
>
> 3. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una parte, o prevea consecuencias en el caso de que no se firme, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica:

a) Si se utiliza algún método para identificar a esa parte y para indicar que esa parte aprueba la información consignada en la comunicación electrónica; y

b) Si el método utilizado es fiable según corresponda a los fines para los que se generó o se notificó la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, así como todo acuerdo que sea aplicable.

4. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato se presente o conserve en su forma original, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica:

a) Si existe alguna garantía fiable de la integridad de la información que contiene a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, en cuanto comunicación electrónica o de otra índole; y

b) Si, en los casos en que se exija presentar la información que contiene, ésta puede exhibirse a la persona a la que se ha de presentar.

5. Para los fines del apartado a) del párrafo 4:

a) Los criterios para evaluar la integridad de la información consistirán en determinar si se ha mantenido completa y sin alteraciones que no sean la adición de algún endoso o algún cambio sobrevenido en el curso normal de su transmisión, archivo o presentación; y

b) El grado de fiabilidad requerido se determinará a la luz de la finalidad para la que se generó la información y de todas las circunstancias del caso.

[6. Los párrafos 4 y 5 no serán aplicables cuando alguna regla de derecho o el acuerdo concertado entre las partes requiera que una de ellas presente cierto documento original con objeto de reclamar el pago de una carta de crédito, una garantía bancaria u otro instrumento similar.]"

Párrafo 1

55. La Comisión aprobó el contenido del proyecto de párrafo 1 y remitió su texto al grupo de redacción.

Párrafo 2

56. Se opinó que el término "ley" del párrafo 2 del proyecto de artículo podía dar lugar a confusión en ciertos ordenamientos jurídicos, por lo que se sugirió que se utilizara la expresión "ley aplicable" o "normas jurídicas aplicables", según procediera. Se observó que el proyecto de artículo 9 estaba basado mayormente en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, que establece criterios para reconocer la equivalencia funcional entre los mensajes de datos y los documentos consignados sobre papel. Al respecto, se indicó que en los artículos 6 a 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico la utilización de la palabra "ley" no creaba dificultades, ya que el régimen de la Ley Modelo se incorporaría en el ordenamiento jurídico de los Estados promulgantes y el significado del término "ley" sería claro en ese contexto. Sin embargo, como uno de los fines del proyecto de convención era eliminar los posibles obstáculos que

plantearan para la utilización de las comunicaciones electrónicas los convenios, convenciones y tratados internacionales vigentes, era posible que no siempre se diera a la palabra "ley" una interpretación suficientemente amplia como para abarcar también textos de rango legal, pero de origen internacional.

57. Se indicó, además, que el término "ley" podía entenderse únicamente como el derecho interno de los Estados contratantes de la Convención, y no en el sentido de que abarcaba las prácticas y los usos comerciales aceptados, que normalmente estarían comprendidos en una expresión más amplia como la de "normas jurídicas". Se dijo que sería mejor utilizar una frase como "los convenios y convenciones internacionales aplicables, las reglas y prácticas comerciales internacionales o la ley". Por otra parte, si el proyecto de artículo sólo se refiriera al derecho interno de un Estado contratante, debería usarse la expresión "la ley aplicable".

58. En respuesta, se observó que la cuestión ya había sido examinada por el Grupo de Trabajo, que había decidido utilizar la palabra "ley" prácticamente con el mismo significado que tenía en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (véase A/CN.9/571, párr. 125). En el contexto del proyecto de artículo, la palabra "ley" debía entenderse en el sentido de que abarcaba no sólo el derecho legal o reglamentario, así como los convenios, convenciones o tratados internacionales ratificados por un Estado Contratante, sino también normas de índole jurisprudencial y procesal. No obstante, el significado de esa palabra, tal como se utilizaba en el proyecto de artículo, no abarcaba ramas del derecho que no formaban parte del derecho interno de un Estado y que se solían designar con expresiones como "*lex mercatoria*" o "derecho mercantil".

59. La Comisión aprobó el contenido del párrafo 2 y remitió su texto al grupo de redacción. Además, pidió a la Secretaría que aclarara el significado que se daba al término "ley" en notas explicativas, en términos similares a los utilizados en el párrafo 68 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico al derecho interno[6].

Párrafo 3

60. Se observó que el párrafo 3 del proyecto de artículo estaba basado en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Sin embargo, se sugirió que se formulara en los términos del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas[8], que creaba más certeza jurídica porque establecía normas más detalladas para determinar la fiabilidad de una firma electrónica. Como esa propuesta no recibió suficiente apoyo, la Comisión confirmó la preferencia del Grupo de Trabajo por utilizar como base para este párrafo los requisitos más generales enunciados en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

61. Se opinó que el texto del apartado a) del párrafo 3 no regulaba los supuestos en que la firma figurara en el mensaje únicamente con objeto de establecer un

---

[8] Véase el texto de la Ley Modelo en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/56/17), anexo II. Se ha publicado la Ley Modelo y su Guía para la incorporación al derecho interno como publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.02.V.8).

vínculo entre una parte y una comunicación electrónica, sin que eso significara la aprobación de la información transmitida, ni aquéllos en que no hubiera ningún contenido vinculado a la firma. Se observó, sin embargo, que podía darse el caso de que la ley exigiera una firma y ésta no tuviera la función de indicar la aprobación del firmante respecto de la información consignada en la comunicación electrónica. Por ejemplo, en muchos Estados la ley exigía la certificación de un documento por notario público o una declaración jurada de un fedatario público. En esos casos, la intención de la ley no era que se presumiera que el notario o el fedatario público, por el hecho de firmar el documento, indicaba que aprobaba la información en él consignada. Es decir, la firma del notario o del fedatario servía simplemente para identificarlo y para establecer un vínculo entre él y el contenido del documento, pero no indicaba que aprobaba la información consignada en el documento. Del mismo modo, podía haber leyes que exigieran que un documento se redactara en presencia de testigos, a los que se podía exigir que firmaran ese documento. La firma de los testigos sólo servía para identificarlos y para establecer un vínculo entre ellos y el contenido del documento hecho en su presencia, pero no indicaba que aprobaran la información que figuraba en el documento.

62. En consecuencia, se sugirió enmendar el apartado a) con objeto de reconocer que algunas veces la ley exigía la firma electrónica únicamente con objeto de poder identificar a la persona que firmaba una comunicación electrónica y de establecer un vínculo entre esa persona y la información, pero no necesariamente para indicar que la persona "aprobaba" la información consignada. Con ese fin, se propuso que el texto del apartado se redactara en los siguientes términos:

> "a) Si se utiliza algún método para identificar a esa parte y establecer un vínculo entre ella y la información consignada en la comunicación electrónica, y si procede, habida cuenta de ese requisito legal, para indicar que esa parte aprueba la información consignada en la comunicación electrónica; y"

63. La Comisión estuvo de acuerdo, en general, en que el apartado a) del párrafo 3 no debía entenderse en el sentido de que la parte que utilizaba la firma electrónica siempre aprobaba el contenido íntegro de la comunicación en que figuraba esa firma. No obstante, las opiniones diferían en cuanto a determinar si el nuevo texto propuesto servía para comprender mejor el proyecto de artículo o si, por el contrario, lo hacía innecesariamente complejo. Se indicó también que el acto de firmar un documento solía entrañar cierto consentimiento respecto de por lo menos una parte de la información en él consignada. Otra opción era que el párrafo 3 se refiriera a que la parte aprobaba "la información relacionada con la firma". Esa propuesta también fue criticada por entenderse que, en la práctica, las firmas se podían utilizar con diversos fines. Por ejemplo, en una página podía figurar únicamente una firma, sin texto alguno, con objeto de acusar recibo de mercancías; aunque se tratara de una firma en blanco, podría servir como prueba de haberlas recibido.

64. Tras un prolongado debate, y habiendo examinado diversas variantes, la Comisión finalmente convino en que se sustituyera la frase "que esa parte aprueba la información consignada en la comunicación electrónica" por la frase "la voluntad que tiene esa parte respecto de la información consignada en la comunicación electrónica".

65. En cuanto al apartado b), la Comisión escuchó expresiones de inquietud en el sentido de que, según el texto examinado, una firma electrónica sólo podía satisfacer el requisito legal correspondiente si el método de firma era suficientemente fiable a los efectos de la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso. Como eso sólo lo podía determinar a posteriori un tribunal u otro verificador de los hechos, las partes en una comunicación electrónica o en un contrato electrónico no podían saber con certeza por adelantado si la firma electrónica utilizada sería considerada "suficientemente fiable" por un tribunal u otro verificador de los hechos, o si se le negaría validez jurídica por no haber cumplido ese requisito. Además, el apartado b) daba pie para que, aun cuando no se discutiera la identidad del firmante o el hecho de firmar (es decir, aunque no surgiera una controversia en cuanto a la autenticidad de la firma electrónica), un tribunal o un verificador de los hechos pudiera decidir, de todos modos, que la firma electrónica no era suficientemente fiable y, en consecuencia, invalidar el contrato en su totalidad. Eso podía ser particularmente grave, ya que se prestaba para que la parte en una operación en que se exigiera una firma tratara de soslayar sus obligaciones negando validez a su firma (o a la firma de otra parte), no sobre la base de que el supuesto firmante no hubiera firmado, o de que el documento que firmó hubiese sido modificado, sino únicamente sobre la base de que el método empleado para la firma no era suficientemente fiable en esas circunstancias. Así pues, el lenguaje utilizado en el proyecto de convención permitiría socavar un contrato actuando de mala fe. Además, se señaló que dicho problema se plantearía más en los casos en que terceros impugnaran una operación comercial, como los que podrían presentarse cuando intervinieran un síndico de la quiebra o entidades públicas con autoridad reglamentaria o ejecutoria. Por esas razones, se sugirió que se suprimiera el apartado b) del párrafo 3 del proyecto de artículo 9.

66. Respondiendo a lo anteriormente expresado, se indicó que el requisito de identidad enunciado en el apartado a) del párrafo 3 del proyecto de artículo 9 podía ser insuficiente para garantizar la interpretación correcta del principio de equivalencia funcional de las firmas electrónicas, ya que la "prueba de fiabilidad" enunciada en ese apartado, al tiempo que establecía los requisitos mínimos para la validez de la firma, también recordaría a los tribunales la necesidad de tener en cuenta otros factores que no fueran de carácter tecnológico al tratar de determinar la validez de la firma, por ejemplo, el fin con que fue generada o transmitida la comunicación electrónica, o un acuerdo pertinente concertado por las partes. Sin el apartado b), los tribunales de algunos Estados podían sentirse inclinados a considerar que sólo los métodos de firma en que se emplearan dispositivos de seguridad de alto nivel eran adecuados para identificar a las partes, aunque éstas hubiesen convenido en utilizar métodos de firma más sencillos. Se observó también que el control judicial a posteriori de la validez de la firma era un elemento común en el caso de las firmas manuscritas, como también lo era el riesgo de posibles cuestionamientos maliciosos de la validez de la firma. Por otra parte, se indicó que la prueba de fiabilidad que figuraba en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico en particular no había suscitado problemas en los Estados que habían incorporado su régimen al derecho interno.

67. La Comisión examinó detenidamente las diversas opiniones formuladas. Se expresó firme apoyo en favor de mantener la "prueba de fiabilidad" enunciada en el apartado b) del párrafo 3. Con todo, la Comisión se mostró sensible a los

argumentos que se habían presentado en favor de suprimir esa disposición. En general se convino en que se debería impedir que se recurriera a la "prueba de fiabilidad" cuando se pudiera probar la identidad y la voluntad real de la parte. Tras examinar diversas propuestas de texto adicional con objeto de lograr ese resultado, la Comisión finalmente convino en formular el párrafo 3 en los siguientes términos:

> "3. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una parte, o prevea consecuencias en el caso de que no se firme, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica:
>
> a) Si se utiliza un método para determinar la identidad de esa parte y para indicar la voluntad que tiene tal parte respecto de la información consignada en la comunicación electrónica; y
>
> b) Si el método empleado:
>
> i) o bien es fiable y resulta apropiado para los fines para los que se generó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, así como todo acuerdo que sea aplicable; o si
>
> ii) se ha demostrado en la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, dicho método cumple las funciones enunciadas en el anterior apartado a)".

68. La Comisión aprobó el contenido de la versión revisada del proyecto de párrafo 3 y remitió su texto al grupo de redacción.

Párrafos 4 y 5

69. Se observó que en el párrafo 4 el término "presente" podía inducir a error, ya que en algunos países se le daba un sentido estrictamente técnico, limitado, por ejemplo, al régimen de los títulos negociables. Así pues, la Comisión decidió que el término "presente" se sustituyera por el término "proporcione".

70. Se propuso que se suprimieran los párrafos 4 y 5 del proyecto de artículo 9 por considerarse que no abordaban satisfactoriamente la cuestión del equivalente electrónico de un documento original. Se observó que el problema particular con que tropezaba la creación de un equivalente electrónico para la transmisión de un título original sobre papel era cómo garantizar el carácter único equivalente a la posesión del original de un documento de titularidad o de un título negociable, y que hasta el momento no se había podido encontrar una solución totalmente satisfactoria para garantizar esa "singularidad" u "originalidad". En esas circunstancias, era sorprendente que en los párrafos 4 y 5 del proyecto de artículo 9 se pretendiera definir el equivalente electrónico de un original sin subordinar esa equivalencia al requisito de singularidad del original, aspecto este que estaba intrínsecamente ligado a la propia función y naturaleza del original. Así pues, la disposición no podría dar respuesta a la cuestión de la transmisión de un título negociable y, por consiguiente, los párrafos 4 y 5 deberían suprimirse o, por lo menos, limitarse únicamente a los acuerdos de arbitraje. A modo de respuesta, se señaló que la Comisión había decidido excluir del párrafo 2 del proyecto de artículo 2 de la convención, relativo a su ámbito de aplicación, los documentos de titularidad y los títulos negociables (véanse párrs. 25 a 30, *supra*).

71. La Comisión recordó que el Grupo de Trabajo en un principio había decidido incorporar una disposición sobre los equivalentes electrónicos de los documentos "originales" en el proyecto de convención, a la luz de su decisión de añadir la Convención de Nueva York a la lista de instrumentos que figuraba en el párrafo 1 del proyecto de artículo 19, ya que en el apartado b) del párrafo 1) del artículo IV de la Convención de Nueva York se exigía que la parte que pidiera el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero presentara, entre otras cosas, el original o una copia debidamente certificada del acuerdo de arbitraje. No obstante, al mismo tiempo el Grupo de Trabajo había observado que, si bien los proyectos de párrafo 4 y 5 se habían insertado con objeto de resolver determinado problema planteado por los acuerdos de arbitraje, esas normas no dejarían de ser útiles en otros sectores, en vista de los posibles obstáculos para el comercio electrónico imputables a otros requisitos legales de presentación de un texto en su forma original. Pese a los pareceres divergentes expresados sobre el acierto de esa conclusión, el Grupo de Trabajo no se había mostrado de acuerdo en que el ámbito de aplicación de los proyectos de párrafo 4 y 5 se limitara a los acuerdos de arbitraje (A/CN.9/571, párr. 132).

72. Otro argumento a favor de conservar los proyectos de párrafo 4 y 5 fue que, si bien la unicidad era, en efecto, una condición importante para establecer un sistema eficaz de negociabilidad en relación con los documentos de transporte o los títulos negociables, los documentos podían conservar su condición de documentos "originales" aun cuando se emitieran en varias copias "originales". El requisito esencial para todos los fines que no fueran la transferencia y negociación de derechos acreditados en un documento o incorporados al mismo era la integridad del documento, y no su unicidad.

73. Habiendo examinado las opiniones expresadas, y observando el escaso apoyo con que se contaba para suprimir los párrafos 4 y 5 del proyecto de artículo, la Comisión aprobó el contenido de éstos, con las enmiendas que había aceptado anteriormente, y remitió los textos al grupo de redacción. No obstante, observó que, cuando llegara al proyecto de artículo 18, podía examinar si ese artículo daba a los Estados la posibilidad de excluir la aplicación de los párrafos 4 y 5 del proyecto de artículo 9.

Párrafo 6

74. La Comisión observó que ese párrafo figuraba entre corchetes porque el Grupo de Trabajo, por falta de tiempo, no había podido concluir su examen en su 44º período de sesiones. Como variante se había propuesto dar a los Estados la posibilidad de excluir la aplicación de los párrafos 4 y 5 en relación con los documentos a que se hacía referencia en el párrafo 6 mediante declaraciones formuladas conforme al proyecto de artículo 18 (véase A/CN.9/571, párr. 138).

75. Se formularon preguntas con respecto al propósito del párrafo 6, que parecía reiterar la exclusión que figuraba en el párrafo 2 del proyecto de artículo 2. Se respondió que el párrafo 6 del proyecto de artículo 9 estaba relacionado con documentos y pruebas que debían presentarse por escrito para sustanciar reclamaciones de pago de una carta de crédito o de una garantía bancaria, pero que no eran la garantía bancaria ni la carta de crédito propiamente dichas, documentos éstos que no quedarían excluidos del ámbito de aplicación de la Convención. Se señaló que el párrafo 2 del artículo 2 no abarcaba las cartas de crédito ni las

garantías bancarias, ya que se limitaba a documentos o títulos "transferibles". Sin embargo, se reconoció la necesidad de aclarar el alcance de esa exclusión en las notas explicativas.

76. Se expresó cierto apoyo en favor de retener el párrafo 6 del proyecto de artículo 9, en parte por la confianza que podía inspirar a los emisores y beneficiarios de los instrumentos a que hacía referencia, y en parte por considerarse que una exclusión directa hecha en el proyecto de artículo 9 cumpliría mejor el propósito de aplicar la Convención lo más uniformemente posible que la alternativa de que los Estados establecieran las exclusiones correspondientes por medio de declaraciones formuladas conforme al párrafo 2 del proyecto de artículo 18. No obstante, predominó la opinión de que los Estados que desearan facilitar la presentación de comunicaciones electrónicas en apoyo de reclamaciones de pago de cartas de crédito y garantías bancarias no debían verse privados de esa posibilidad por la existencia de una exclusión general en el párrafo 6 del proyecto de artículo 9. De cualquier forma, si bien las exclusiones unilaterales hechas por los Estados que no quisieran promover esa posibilidad serían inconvenientes desde el punto de vista de la ley uniforme, eran una mejor opción que el texto del párrafo 6. Por consiguiente, la Comisión decidió suprimir el párrafo 6 del proyecto de artículo 9.

Artículo 10. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas

77. El texto del proyecto de artículo decía:

> "1. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el momento en que salga de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste o, si la comunicación electrónica no ha salido de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste, en el momento en que esa comunicación se reciba.
>
> 2. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica que él haya designado. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en otra dirección electrónica del destinatario en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en esa dirección y en el momento en que el destinatario tenga conocimiento de que esa comunicación ha sido enviada a dicha dirección. Se presumirá que una comunicación electrónica puede ser recuperada por el destinatario en el momento en que llegue a la dirección electrónica del destinatario.
>
> 3. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar en que el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar en que el destinatario tenga el suyo, conforme se determine a la luz de lo dispuesto en el artículo 6.
>
> 4. El párrafo 2 del presente artículo será aplicable aun cuando el sistema de información que sirva de soporte a la dirección electrónica esté ubicado en un lugar distinto de aquél en que se tenga por recibida la comunicación conforme al párrafo 3 del presente artículo."

Párrafo 1

78. La Comisión tomó nota de que el párrafo 1 se atenía en principio a la norma establecida en el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, aunque estipulaba que el momento del envío era aquél en que la comunicación electrónica salía de un sistema de información que estuviera bajo el control del iniciador y no el momento en que dicha comunicación electrónica entrara en un sistema de información ajeno al control del iniciador.

79. La Comisión aprobó el contenido del proyecto de párrafo 1 y remitió su texto al grupo de redacción.

Párrafo 2

80. Con respecto al párrafo 2 se propuso que, a fin de responder a las inquietudes causadas por la utilización cada vez mayor de filtros de seguridad (como los filtros de mensajes no deseados ("spam") y otras tecnologías que restringen la recepción de correos electrónicos problemáticos), en las notas explicativas se aclarase que el principio que éste contiene, a saber que el momento de la recepción de una comunicación electrónica es aquél en que puede ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica por él designada era una presunción refutable. Se recibió el apoyo de muchas delegaciones.

81. Además, se propuso que en las notas explicativas se subrayara que el proyecto de artículo 10 no excluía el envío de comunicaciones electrónicas relativas a información que pudiera recuperar el receptor en un lugar determinado, como una dirección de Internet. Se expresó la inquietud de que esta propuesta pudiera conducir en la práctica a la creación de una norma de índole puramente tecnológica, habida cuenta en particular de que incluso en las comunicaciones escritas se mencionaba con frecuencia información que figuraba en otro documento, que podía obtenerse por separado, como una consignación en un registro. Aunque hubo algún apoyo para esta propuesta, se manifestaron inquietudes en el sentido de que el reconocimiento de estas prácticas mediante las notas explicativas pudiera elevar involuntariamente el rango jurídico de una información presentada en un sitio de Internet. Se señaló que, en su forma actual, el texto del párrafo no abarcaba la notificación de información contenida en un sitio web. Se señaló que se debería distinguir entre el caso en que una comunicación electrónica se refiriera a un sitio de Internet, indicando un enlace con el mismo, donde se encontraría más información relativa a dicha comunicación, y el caso en que una comunicación electrónica contuviera meramente un enlace con un sitio de Internet. Podría considerarse que la primera presentación de información formaba parte de la comunicación electrónica, sobre la base del principio de la incorporación por remisión (enunciado, por ejemplo, en el artículo 5 *bis* de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico), pero no que la segunda estuviera incluida en la comunicación electrónica. Tras un debate, la Comisión determinó que no había consenso para incorporar la aclaración propuesta en las notas explicativas.

82. Se señaló que la condición impuesta para la presunción de recepción de una comunicación electrónica en una dirección no designada creaba incertidumbre jurídica, porque sería difícil que el iniciador probara una circunstancia subjetiva, como el momento en que el destinatario se había enterado efectivamente de que la comunicación electrónica se había enviado a una determinada dirección no

designada. Por ello, se propuso suprimir la segunda frase del párrafo 2 y que en dicho párrafo no se distinguiera ya entre direcciones electrónicas designadas y no designadas. Como respuesta, se señaló que la toma de conocimiento por el destinatario podía demostrarse con otras pruebas objetivas. La Comisión recordó que el párrafo 2 era una disposición que se había formulado tras prolongados debates, y que el texto actual representaba una transacción basada en el delicado equilibro alcanzado en el Grupo de Trabajo, que había reconocido que muchas personas tenían más de una dirección electrónica, por lo que no era razonable esperar que previeran recibir comunicaciones jurídicamente vinculantes en todas ellas. Tras un debate, la Comisión aprobó el contenido del proyecto de párrafo 2 sin modificaciones y remitió su texto al grupo de redacción.

Párrafo 3

83. Se propuso que el enunciado actual del párrafo 3, según el cual una comunicación "(se tendrá) por recibida" en un determinado lugar, tuviera el carácter de una presunción refutable por toda prueba en contrario. Para ello, se propuso sustituir "se tendrá por" por "se presumirá". Se dijo que esta formulación era más coherente con otras presunciones que figuran en el proyecto de convención, y que además respetaba el principio de la autonomía de las partes. Se expresó poco apoyo para esta propuesta. Se señaló que lo que había procurado el Grupo de Trabajo era evitar una dualidad de regímenes para las operaciones según fueran negociadas en línea o no, y, tomando como precedente la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías -que se centraba en el lugar de establecimiento efectivo de la parte- había utilizado deliberadamente la expresión "se tendrá por ..." para no atribuir significación jurídica al empleo de un servidor situado en un país distinto del país donde estuviera situado el establecimiento por el mero hecho de ser el lugar en que una comunicación electrónica hubiese llegado al sistema de información que albergara la dirección electrónica del destinatario.

84. La Comisión aprobó el contenido del artículo 10 y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 11. Invitaciones para presentar ofertas

85. El texto del proyecto de artículo decía:

> "Toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de una o más comunicaciones electrónicas que no vaya dirigida a una o varias partes determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda parte que haga uso de sistemas de información, así como toda propuesta que haga uso de una aplicación interactiva para hacer pedidos a través de dichos sistemas, se considerará una invitación a presentar ofertas, salvo que indique claramente la intención de la parte que presenta la propuesta de quedar obligada por su oferta en caso de que sea aceptada."

86. Se propuso incorporar un nuevo párrafo al proyecto de artículo 11, que se refiriera a las comunicaciones comerciales no deseadas ("spam"). Si bien se expresó inquietud por los efectos del llamado "spam", la Comisión convino en que no correspondía abordar este asunto en el presente texto.

87. Se solicitó aclaración del significado de "aplicación interactiva", y también sobre si equivalía al término "sistema automatizado de mensajes" que se define en el apartado g) del artículo 4 del proyecto de convención. Se recordó a la Comisión que se había preferido utilizar el término "aplicación interactiva" en lugar de "sistema de automatizado de mensajes" porque se consideró que era un término conveniente por su objetividad, que expresaba mejor la situación que se planteaba a una persona que entrara en un sistema, a saber, la de que se le instaba a intercambiar información a través de ese sistema por medio de acciones y respuestas inmediatas que parecían automatizadas (A/CN.9/546, párr. 114).

88. La Comisión aprobó el fondo del proyecto de artículo 11 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 12. Empleo de sistemas automatizados de mensajes para la formación de un contrato

89. El texto del proyecto de artículo decía:

> "No se negará validez ni fuerza ejecutoria a un contrato que se haya formado por la interacción entre un sistema automatizado de mensajes y una persona física, o por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes, por la simple razón de que ninguna persona física haya revisado cada uno de los distintos actos realizados por los sistemas o el contrato resultante de tales actos."

90. Se propuso que la formulación del proyecto de artículo 12 se armonizara con la empleada en la definición de "sistema automatizado de mensajes" que figura en el apartado g) del artículo 4 del proyecto de convención, en dos aspectos. En primer lugar, se propuso que el término "persona física" que figura en el proyecto de artículo 12 se utilizara también en el apartado g) del proyecto de artículo 4. La Comisión dio su conformidad a esta propuesta.

91. En segundo lugar, se propuso que las palabras "... haya de intervenir" que figuran en el apartado g) del proyecto de artículo 4 se repitieran en el proyecto de artículo 12. También esta propuesta obtuvo conformidad.

92. La Comisión aprobó el contenido del proyecto de artículo 12 en su forma enmendada y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 13. Disponibilidad de las condiciones contractuales

93. El texto del proyecto de artículo decía:

> "Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a la aplicación de regla de derecho alguna por la que se obligue a una parte que negocie algunas o todas las condiciones de un contrato mediante el intercambio de comunicaciones electrónicas a poner a disposición de la otra parte contratante, de determinada manera, las comunicaciones electrónicas que contengan las condiciones del contrato, ni eximirá a una parte que no lo haga de las consecuencias jurídicas de no haberlo hecho."

94. Se solicitó aclaración sobre si la referencia a "regla de derecho alguna" se debía armonizar con la terminología usada en el resto del texto, por ejemplo en el párrafo 2 del proyecto de artículo 9, que se refiere a "la ley". Como respuesta, la

Comisión tomó nota de que se había decidido utilizar la frase "... regla de derecho alguna" en lugar de "la ley" para la formulación de determinados párrafos que no se prestaban a la incorporación del término "la ley". Ahora bien, la frase "regla de derecho alguna" de este proyecto de artículo significaba lo mismo que las palabras "la ley" del proyecto de artículo 9, y abarcaba normas de derecho legal y reglamentario y de derecho jurisprudencial y procesal, pero no comprendía ninguna norma jurídica que no hubiera pasado a formar parte del derecho interno del Estado, como la *lex mercatoria*, pese a que en ocasiones se utilizaba la expresión "normas jurídicas" en ese sentido amplio. La Comisión aprobó el contenido del proyecto de artículo 13 y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 14. Error en las comunicaciones electrónicas

95. El texto del proyecto de artículo examinado decía:

> "1. Cuando una persona física cometa un error al introducir los datos de una comunicación electrónica intercambiada con el sistema automatizado de mensajes de otra parte y dicho sistema no brinde a esta persona la oportunidad de corregir el error, esa persona, o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona, tendrá derecho a retirar la comunicación electrónica en que se produjo dicho error, si:
>
> a) La persona, o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona, notifica a la otra parte el error tan pronto como sea posible después de haberse percatado de éste y le indica que lo ha cometido;
>
> b) La persona, o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona, adopta toda medida razonable, así como toda medida que se ajuste a las instrucciones de la otra parte, para devolver los bienes o servicios recibidos, si los hubiere, como consecuencia del error o, si se le ordena hacerlo, para destruir los bienes o servicios; y
>
> c) La persona, o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona, no ha utilizado los bienes o servicios ni recibido ningún beneficio material o valor de los bienes o servicios, si los hubiere, que haya recibido de la otra parte.
>
> 2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la aplicación de regla de derecho alguna que regule las consecuencias de un error cometido durante la formación o el cumplimiento del tipo de contrato en cuestión que no sea un error cometido al introducir los datos y que se produzca en las circunstancias señaladas en el párrafo 1."

Párrafo 1

96. Algunas delegaciones apoyaron el principio de que, salvo en el supuesto específico que se aborda en el proyecto de artículo, sería mejor dejar que el derecho interno regulara los requisitos para retirar comunicaciones electrónicas viciadas por un error, pues dichos requisitos guardan relación con los principios generales del derecho de los contratos y no con cuestiones específicas del comercio electrónico.

97. Se formuló la sugerencia de que en un proyecto de disposición se enunciara un requisito suplementario para retirar comunicaciones electrónicas en virtud del cual la retirada de tales comunicaciones sólo fuera posible cuando cupiera suponer, atendidas todas las circunstancias del caso, que cualquier persona razonable que estuviera en la posición del iniciador no habría emitido la comunicación electrónica

si en aquel momento hubiera sido consciente del error. Se argumentó que esa nueva disposición se justificaba por la necesidad de asegurar que las partes no abusaran de la posibilidad de retirar una comunicación electrónica actuando de mala fe y con la intención de que quedaran anulados los compromisos jurídicos por ellas aceptados que por lo demás serían válidos. Esta propuesta recibió escaso apoyo por estimarse que agregaba al texto un elemento subjetivo al tener que determinarse la intención de la parte que mandara el mensaje con supuestos errores. Se puso de relieve que el proyecto de artículo regulaba la asignación de los riesgos con respecto a los errores cometidos en las comunicaciones electrónicas con sentido de equidad y sensatez. Sólo podía retirarse una comunicación electrónica cuando el sistema automatizado de mensajes no diera al iniciador la oportunidad de corregir el error antes de enviar el mensaje. Si quien operara el sistema automatizado de mensajes no ofrecía tales medios, a pesar del claro incentivo que se daba a tal efecto en el proyecto de artículo, era razonable hacer soportar a dicha parte el riesgo de errores que pudieran cometerse en el intercambio de comunicaciones electrónicas a través del sistema automatizado de mensajes. Si se limitaba el derecho de la parte que hubiera cometido el error a retirar los mensajes, no se fomentaría el objetivo pretendido de la disposición de alentar a las partes a prever un método para la corrección de errores en los sistemas automatizados de mensajes.

98. Se sugirió sustituir el término “retirar” por “corregir”, o bien que se emplearan ambos verbos, por las razones que ya se habían expuesto durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/571, párr. 193). Esta propuesta suscitó objeciones por las siguientes razones: a) en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, lo más habitual era que la parte que hubiera cometido un error pudiera anular el efecto de la operación que se derivara de dicho error, pero no necesariamente que renunciara la finalidad inicial ni que concertara una nueva operación; b) el hecho de retirar una comunicación equivalía a su anulación, en tanto que su corrección requería la posibilidad de modificar la comunicación anterior (una disposición que prescribiera el derecho a corregir una comunicación introduciría costos suplementarios para los proveedores del sistema y ofrecería recursos a los que no se tenía acceso en las comunicaciones sobre papel, y ése era un resultado que el Grupo de Trabajo había convenido previamente en evitar); y c) la enmienda propuesta podía causar dificultades prácticas, ya que quienes operaran sistemas automatizados de mensajes serían más proclives a ofrecer la posibilidad de anular una comunicación ya registrada que a dar la oportunidad de corregir errores una vez concertada una operación. Se indicó asimismo que un derecho a corregir errores podría entrañar el hecho de que un oferente que recibiera una comunicación electrónica que luego resultara que contenía errores debería mantener su oferta inicial, puesto que la otra parte habría de hecho reemplazado la comunicación retirada.

99. Se observó que el párrafo 1 del proyecto de artículo 14 requería que se retirara la comunicación en su totalidad también en el caso de que el error viciara únicamente una parte de la comunicación electrónica. Se sostuvo que el derecho a retirar la comunicación no debería afectar a las partes del mensaje que no estuvieran viciadas por el error. Se agregó que con una disposición que previera la retirada parcial de una comunicación electrónica se contribuiría también a impedir abusos en el ejercicio del derecho a retirar comunicaciones electrónicas.

100. Tras un debate, la Comisión decidió agregar, en el párrafo 1 del proyecto de artículo 14 del proyecto de convención, entre las palabras “a retirar” y “la comunicación electrónica”, las palabras “la parte de”. La Comisión pidió a la

Secretaría que en las notas explicativas aclarara de qué modo la retirada de una parte de la comunicación electrónica podía afectar a la validez del mensaje entero. La Comisión aprobó el contenido del encabezamiento del párrafo 1 y del apartado a) del proyecto de párrafo 1 y remitió su texto al grupo de redacción.

Apartado b)

101. Se sugirió que se suprimiera el apartado b), puesto que regulaba las consecuencias del error, y éstas deberían dejarse en manos del derecho interno, en vez de regularse entre los requisitos para ejercer el derecho a retirar una comunicación electrónica. Tras un debate, la Comisión decidió suprimir el apartado b) del párrafo 1.

Apartado c)

102. Se sugirió también que se suprimiera el apartado c) por las mismas razones por las que se había decidido suprimir el apartado b) del mismo párrafo (véase el párrafo 101 *supra*). No obstante, respecto de este apartado se expresó, en sentido contrario, el parecer de que el proyecto de apartado c) del párrafo 1 regulaba las condiciones para ejercer el derecho a retirar una comunicación electrónica. Se agregó que el proyecto de disposición tenía por objeto impedir que se retirara la comunicación electrónica cuando la parte que hubiera cometido el error ya hubiera obtenido beneficios materiales o valor de la comunicación viciada. La Comisión decidió mantener el apartado c) del párrafo 1 y remitió su texto al grupo de redacción.

Párrafo 1: plazo para retirar una comunicación electrónica

103. Se consideró que en el proyecto de convención debería figurar una disposición en la que se prescribiera un plazo de dos años para ejercer el derecho a retirar una comunicación en el caso de un error cometido al introducir los datos. Se sostuvo que la existencia de dicho plazo daría seguridad a las operaciones jurídicas, que, de otro modo, estarían indefinidamente sujetas a la retirada de las comunicaciones hasta que se descubriera el error. Se respondió que la cuestión de los plazos era, en muchos ordenamientos jurídicos, un asunto de orden público de derecho interno, por lo que no procedía que se regulara en el proyecto de convención. Se argumentó que, con el efecto agregado de los apartados a) y c) del párrafo 1 ya se limitaba el período durante el cual podía retirarse una comunicación electrónica, pues gracias a su efecto combinado la comunicación electrónica viciada deberá retirarse “tan pronto como sea posible”, pero en todo caso antes de que la parte interesada haya utilizado los bienes o servicios recibidos de la otra parte y antes de que haya obtenido beneficios materiales o valor de ellos. Tras un debate, la Comisión decidió no insertar en el proyecto de artículo ningún plazo para ejercer el derecho a retirar una comunicación electrónica en caso de error en la introducción de los datos.

Párrafo 2

104. Se sostuvo que la finalidad subyacente del proyecto de artículo 14 era disponer que el recurso específico previsto con respecto a los errores cometidos en la introducción de los datos no tenía por objeto interferir con el régimen general aplicable en materia de errores del derecho interno. A fin de expresar mejor la finalidad del proyecto de artículo, se propuso que se enmendara el párrafo 2 suprimiéndose las palabras “(del tipo de contrato) en cuestión que no sea un error

cometido al introducir los datos y que se produzca", sustituyéndolas por palabras del siguiente tenor: "(del tipo de contrato en cuestión) por motivos o por fines que no sean los de prever un remedio especial para los errores que se hayan cometido al introducir los datos y que se produzcan en las circunstancias señaladas en el párrafo 1". Esta propuesta obtuvo apoyo, aunque se sugirió que se abreviaran las palabras de la enmienda, limitándose a decir "de un error cometido en las circunstancias señaladas en el párrafo 1". Se sugirió también que se suprimieran las palabras "cometido durante la formación o el cumplimiento del tipo de contrato en cuestión", pues estas palabras resultaban innecesarias si se hacía referencia al párrafo 1. Esta propuesta se aceptó. La de insertar la alusión a "un remedio especial" en el párrafo 2 no recibió apoyo. La Comisión convino en modificar el párrafo 2 del siguiente modo: "Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la aplicación de regla de derecho alguna que regule las consecuencias de algún error, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 1". La Comisión aprobó el contenido del proyecto de párrafo 2, en su forma revisada, y remitió el texto al grupo de redacción.

Observaciones generales sobre las disposiciones finales

105. La Comisión observó que los proyectos de artículo 15 a 21, 22, variante A, 23 y 25 figuraban ya en la última versión del proyecto de convención examinado por el Grupo de Trabajo. Los proyectos de artículo 16 bis, 19 bis, 22, variante B, y 24 recogían propuestas de disposiciones adicionales formuladas en el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo. En aquella oportunidad, éste había examinado y aprobado los proyectos de artículo 18 y 19 y mantenido un intercambio inicial de opiniones sobre las demás cláusulas finales, que, por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no había aprobado oficialmente. Cuenta habida de sus deliberaciones sobre los capítulos I, II y III y de los proyectos de artículo 18 y 19, el Grupo de Trabajo había pedido a la Secretaría que introdujera los cambios correspondientes en el proyecto de disposiciones finales del capítulo IV, que figuraban en la versión del proyecto de convención examinada por el Grupo de Trabajo. Éste había pedido también a la Secretaría que, en el proyecto final que se presentara a la Comisión, insertase entre corchetes los proyectos de disposición que se había propuesto añadir en su 44º período de sesiones (A/CN.9/571, párr. 10).

Artículo 15. Depositario

106. El texto del proyecto de artículo decía:

> "El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario de la presente Convención."

107. No se formularon observaciones sobre el proyecto de artículo, que la Comisión aprobó en cuanto al fondo y remitió al grupo de redacción.

Artículo 16. Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión

108. El texto del proyecto de artículo decía:

> "1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados [en [...] del [...] al [...] y después de esa fecha] en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York del [...] al [...].

2. La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios.

3. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios desde la fecha en que quede abierta a la firma.

4. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas."

109. La Comisión observó que, no habiendo propuestas concretas para convocar una conferencia diplomática encargada de aprobar el proyecto de convención, no se formularía a la Asamblea General recomendación alguna para convocarla. Por tanto, la Comisión convino en suprimir el primer conjunto de palabras que figuraban entre corchetes. En cuanto al período durante el cual la Convención debía estar abierta a la firma, la Comisión convino en que debía darse a los Estados la posibilidad de firmarla durante un período de dos años luego de su aprobación por la Asamblea. La Comisión pidió a la Secretaría que considerase la posibilidad de organizar una ceremonia especial para dar a los Estados la posibilidad de firmar la Convención, tal vez durante el 39º período de sesiones de la Comisión, previsto para 2006, ya que experiencias recientes habían demostrado la utilidad de ese tipo de ceremonias para promover la firma de las convenciones internacionales recién adoptadas.

110. La Comisión aprobó el contenido del proyecto de artículo, en la forma enmendada, y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 16 bis. Participación de organizaciones regionales de integración económica-

111. El texto del proyecto de artículo decía:

"[1. Toda organización regional de integración económica que esté constituida por Estados soberanos y que ejerza competencia sobre ciertos asuntos que se rijan por la presente Convención podrá igualmente firmar, ratificar, aceptar o aprobar la presente Convención o adherirse a ésta. La organización regional de integración económica tendrá, en ese caso, los derechos y obligaciones de un Estado Contratante en la medida en que ejerza competencia sobre algún asunto que se rija por la presente Convención. En toda cuestión para la que sea pertinente, en el marco de la presente Convención, el número de Estados que intervengan, la organización regional de integración económica no será contabilizable a título adicional respecto de aquellos de sus Estados miembros que sean Estados Contratantes.

2. La organización regional de integración económica deberá hacer, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, una declaración ante el depositario en la que se haga constar los asuntos que se rijan por la presente Convención respecto de los cuales sus Estados Miembros hayan transferido su competencia a la organización. La organización regional de integración económica notificará con prontitud al depositario todo cambio en la distribución de las competencias indicada en dicha declaración, mencionando asimismo toda nueva competencia que le haya sido transferida.

3. Toda referencia que se haga en la presente Convención a 'Estado Contratante' o 'Estados Contratantes', o a 'Estado Parte' o 'Estados Partes', será igualmente aplicable a una organización regional de integración económica, siempre que el contexto así lo requiera.]"

112. La Comisión observó que el proyecto de artículo recogía una propuesta formulada en el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo. Se manifestó fuerte apoyo en favor de retener el proyecto de artículo, pues se estimó que tal disposición, que también figuraba en otras convenciones internacionales recientes en materia de derecho mercantil internacional, como por ejemplo el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, de UNIDROIT (Ciudad del Cabo, 2001[9]) (el "Convenio de Ciudad del Cabo"), facilitaría una participación amplia en la convención. No obstante, se plantearon varias cuestiones acerca de la formulación del proyecto de artículo.

113. No recibió ningún apoyo la propuesta de ampliar el alcance del proyecto de artículo para hacerlo aplicable a las organizaciones internacionales en general y no sólo a las organizaciones regionales de integración económica. Se hizo observar que, en la actualidad, la gran mayoría de las organizaciones internacionales carecían de facultades para promulgar normas jurídicamente vinculantes que tuvieran efecto directo sobre los contratos privados, ya que esa función exigía el ejercicio de ciertos atributos propios de la soberanía estatal que sólo se habían conferido a pocas organizaciones regionales de integración económica por sus Estados miembros. Sin embargo, algunas delegaciones señalaron que a su juicio no se debía considerar que el proyecto de artículo excluyera a las organizaciones internacionales dotadas de la capacidad necesaria.

114. Se formuló la sugerencia de que el proyecto de artículo sólo debería permitir la ratificación por parte de una organización regional de integración económica cuando los Estados miembros de la misma hubieran autorizado expresamente a la organización para ratificar la futura convención. También se afirmó que una organización regional de integración económica no debiera tener derecho a ratificar la convención si ninguno de sus Estados miembros había decidido hacerlo. En respuesta se hizo observar que la amplitud de las facultades conferidas a una organización regional de integración económica era un asunto interno que concernía a las relaciones entre la organización y sus Estados miembros. Se convino en que el proyecto de artículo no debía prescribir la manera en que las organizaciones regionales de integración económica y sus Estados miembros se repartían entre sí competencias y facultades.

115. En cuanto a la oración "ejerza competencia sobre ciertos asuntos que se rijan por la presente Convención" del párrafo 1, se manifestó el parecer de que la ratificación o la adhesión por parte de una organización regional de integración económica sólo debía ser posible en la medida en que la organización en cuestión tuviera competencia en todas las materias de que trata el proyecto de convención. Otro reparo, expresado a este respecto, se refirió a la interacción del proyecto de artículo 16 bis y el proyecto de artículo 18. Se formuló la pregunta de si una organización regional de integración económica podía presentar declaraciones que difiriesen de las presentadas por sus Estados miembros. Se dijo que tal situación

[9] Disponible en http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm.

sería muy poco deseable pues sería factor de incertidumbre en cuanto a la aplicación de la futura convención y privaría a todo particular de la posibilidad de cerciorarse fácilmente por anticipado de los asuntos a los que se aplicaba la convención y con respecto a qué Estados. También se pidió aclaración acerca de los asuntos en que una organización regional de integración económica podría compartir competencias con sus Estados miembros y sobre cómo una entidad privada sita en un país que no formara parte de esa organización podría saber cuándo eran los Estados miembros los que estaban facultados para hacer una declaración y cuándo era la organización.

116. En respuesta, se hizo observar que era un rasgo característico de las organizaciones regionales de integración económica que sus facultades dimanaran de sus Estados miembros y que, por su misma naturaleza de organizaciones internacionales, sólo gozaban de competencia en las materias que habían sido transferidas expresa o implícitamente a su esfera de actividades. Varias disposiciones del proyecto de convención, en particular las del capítulo IV, suponían el ejercicio de una soberanía estatal plena y el proyecto de convención no era susceptible en su totalidad de aplicación por parte de una organización regional de integración económica. Además, era posible que la autoridad legislativa sobre las materias sustantivas tratadas en el proyecto de convención estuviera repartida hasta cierto punto entre la organización y sus Estados miembros. El proyecto de artículo no constituiría una base para la ratificación si la organización regional de integración económica carecía de competencia en la materia tratada por la convención, pero en aquellos casos en que la organización gozara de alguna competencia, el proyecto de artículo resultaría una disposición útil.

117. En cuanto a las declaraciones que una organización regional de integración económica y sus Estados miembros tal vez presenten, se indicó que, en la práctica, era improbable que una organización y sus Estados miembros lleguen a presentar declaraciones que sean contradictorias. El párrafo 2 del proyecto de artículo exigía ya un alto grado de coordinación al especificar que la organización regional de integración económica deberá hacer constar los asuntos concretos en los que era competente. En circunstancias normales se celebrarían consultas minuciosas a resulta de las cuales, de considerarse necesaria alguna declaración, conforme a lo previsto en el proyecto de artículo 18, se recabaría un conjunto de declaraciones comunes de los Estados miembros acerca de los asuntos respecto de los cuales la organización regional de integración económica fuera competente, que tendría fuerza obligatoria para cada Estado miembro de la organización. Toda declaración discrepante de un Estado miembro se limitaría, pues, a los asuntos en que dicho Estado no hubiese transferido competencia exclusiva alguna a la organización regional de integración económica, o bien a asuntos propios del Estado que haga la declaración, como pudiera suceder, por ejemplo, con las declaraciones a tenor de los párrafos 2 a 4 del proyecto de artículo 19, ya que no todos los Estados miembros de organizaciones regionales de integración económica eran forzosamente Estados contratantes en los mismos tratados o convenciones internacionales.

118. La Comisión tomó nota de estas observaciones. Hubo acuerdo general sobre la necesidad primordial de asegurar la coherencia entre las declaraciones formuladas por las organizaciones regionales de integración económica y las formuladas por sus Estados miembros. La Comisión reconoció que, dada la flexibilidad requerida para tener en cuenta las particularidades de las organizaciones regionales de integración económica, no sería posible formular en el proyecto de convención disposiciones

que de hecho eliminaran todo riesgo, al menos en teoría, de que alguna de esas organizaciones y sus Estados miembros hicieran declaraciones contradictorias. No obstante, hubo en la Comisión un sólido consenso en el sentido de que los Estados Contratantes en la Convención tendrían derecho a dar por supuesto que una organización regional de integración económica que ratificara la Convención, así como sus propios Estados miembros, adoptarían las medidas necesarias para evitar conflictos en cuanto a la manera en que la aplicaban.

119. Se dijo que algunas organizaciones regionales de integración económica estaban facultadas para promulgar normas dirigidas a armonizar el derecho mercantil privado con miras a facilitar la instauración de un mercado interno entre sus Estados Miembros. Esos casos eran análogos a la situación existente en algunos países en que entidades territoriales de rango subsoberano, como estados federados o provincias, gozaban de autoridad legislativa sobre asuntos de derecho privado. Por tanto, en ciertos asuntos que hubieran sido objeto de armonización legal regional, una organización regional de integración económica presentaría ciertos rasgos de un ordenamiento jurídico interno y estaría acreditada para obtener un tratamiento análogo. Por estas razones, se propuso que convendría añadir al proyecto de artículo un nuevo párrafo que prescribiera que, en sus relaciones mutuas, los Estados contratantes en la Convención deberían aplicar el régimen interno de la organización regional de integración económica a la que pertenecieran, antes que el régimen de la Convención.

120. Hubo varias manifestaciones de apoyo a la nueva disposición propuesta, pero también se expresaron fuertes objeciones. La razón más ampliamente compartida que se adujo fue la de que sería improcedente que un instrumento preparado por las Naciones Unidas prescribiese a los Estados miembros de una organización regional de integración económica la normativa interna que deberían aplicar en su condición de miembros de esa organización. Se recordó que otros instrumentos elaborados por la Comisión, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, reconocían el derecho de los Estados que tuvieran una legislación similar sobre los asuntos tratados por el instrumento a declarar que su legislación interna primaba sobre las disposiciones del instrumento internacional en lo tocante a los contratos concertados entre partes situadas en sus respectivos territorios. En cambio, no sería aceptable que la propia convención internacional dictara la manera en que esos Estados tenían que aplicar sus leyes internas o sus compromisos internacionales.

121. La Comisión examinó detenidamente la propuesta y los argumentos en su favor, así como otras disposiciones que se sugirieron para responder a las inquietudes de los que le habían puesto objeciones. Convino finalmente en que se debía introducir en el proyecto de artículo un nuevo párrafo 4, cuya redacción se ajustara a las pautas siguientes:

> "La presente Convención no prevalecerá sobre ninguna norma contradictoria de una organización regional de integración económica que sea aplicable a las partes cuyos respectivos establecimientos estén situados en Estados miembros de una organización de ese tipo, tal como se haga constar en una declaración efectuada conforme al artículo 20."

122. En respuesta a las preguntas formuladas con relación a la nueva disposición, se señaló que la declaración contemplada en la misma la presentaría la propia organización regional de integración económica y que era una declaración distinta,

que no prejuzgaba en nada las declaraciones que los Estados efectuaran con arreglo al párrafo 2 del proyecto de artículo 18. Si ninguna organización de esa naturaleza ratificaba la Convención, sus Estados miembros que desearan hacerlo seguirían teniendo el derecho de incluir, entre las demás declaraciones que quisieran hacer, una declaración del tipo contemplado en el nuevo párrafo 4 del proyecto de artículo, habida cuenta del amplio ámbito del párrafo 2 del proyecto de artículo 18. Se dio por entendido que si un Estado no hacía esta declaración no se aplicaría automáticamente el párrafo 4 del proyecto de artículo.

123. La Comisión aprobó el contenido del proyecto de artículo, con la adición que había aceptado, y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 17. Aplicación a las unidades territoriales

124. El texto del proyecto de artículo decía:

> "1. Todo Estado integrado por dos o más unidades territoriales en las que sea aplicable un régimen jurídico distinto en relación con las materias objeto de la presente Convención podrá declarar en el momento de dar su firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a la presente Convención que ésta será aplicable a todas sus unidades territoriales, o sólo a una o varias de ellas, y podrá en cualquier momento sustituir por otra su declaración original.
>
> 2. En esas declaraciones se hará constar expresamente a qué unidades territoriales será aplicable la Convención.
>
> 3. Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, la presente Convención no se aplica a todas las unidades territoriales de un Estado, y si el establecimiento de una parte se encuentra en ese Estado, se considerará que ese establecimiento no se halla en el Estado Contratante, a menos que se encuentre en una unidad territorial en la que sí sea aplicable la Convención.
>
> 4. Si un Estado Contratante no hace ninguna declaración conforme al párrafo 1 del presente artículo, la Convención será aplicable a todas las unidades territoriales de ese Estado."

125. La Comisión observó que el texto del proyecto de artículo reflejaba el enunciado de disposiciones similares de otros instrumentos que había preparado. Sin embargo, se habían suprimido las palabras "en virtud de su Constitución" que, en otros instrumentos, figuraban después de las palabras "dos o más unidades territoriales en las que". La Comisión tomó nota de esas nuevas prácticas. Aprobó, sin cambios, el contenido del proyecto de artículo 17 y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 18. Declaraciones sobre el ámbito de aplicación

126. El texto del proyecto de artículo decía:

> "1. Todo Estado podrá declarar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20, que sólo aplicará la presente Convención:
>
> a) Cuando los Estados mencionados en el párrafo 1 del artículo 1 sean Estados Contratantes de la presente Convención;

b) Cuando las reglas de derecho internacional privado declaren aplicable la ley de un Estado Contratante; o

c) Cuando las partes hayan convenido en que su régimen sea aplicable.

2. Todo Estado podrá excluir del ámbito de aplicación de la presente Convención todo asunto que haya señalado en una declaración efectuada de conformidad con el artículo 20."

127. La Comisión convino en suprimir la disposición enunciada en el apartado b) del párrafo 1 del proyecto de artículo 18, a fin de dejar claro que la Comisión consideraba que la Convención estaría en cualquier caso sujeta a las reglas de derecho internacional privado y que, por consiguiente, el apartado b) del párrafo 1 era redundante (véanse los párrafos 21 y 22 *supra*).

128. Se sugirió que se suprimiera la disposición enunciada en el apartado c) del párrafo 1 del proyecto de artículo 18, pues podía crear considerables dudas acerca de la aplicación de la convención a Estados que no fueran parte en ella y cuyas reglas de derecho internacional privado impusieran a los tribunales la aplicación de las leyes del Estado contratante que hubiera hecho tal declaración. Además, se sostuvo que, en la práctica, toda declaración hecha en virtud del apartado c) del párrafo 1 del proyecto de artículo 18 restringiría considerablemente la aplicabilidad de la Convención, y la privaría de su función primordial, que estriba en prever reglas supletorias para la utilización de comunicaciones electrónicas por las partes que no hayan convenido en reglas contractuales detalladas para las cuestiones regidas por el proyecto de convención. No obstante, se observó también que esa disposición daría a los Estados que tuvieran dificultades en aceptar la aplicación general de la convención, en virtud del párrafo 1 de su de artículo 1, la posibilidad de permitir que sus ciudadanos eligieran la convención como derecho aplicable. La Comisión convino en mantener este proyecto de disposición.

129. Se planteó la cuestión de si el párrafo 2 del proyecto de artículo 18 permitía a los Estados hacer una declaración en virtud de la cual la aplicación de la convención se limitaría a la utilización de las comunicaciones electrónicas en relación con los contratos regidos por algunas de las convenciones internacionales enunciadas en el párrafo 1 del proyecto de artículo 19, por ejemplo, la Convención de Nueva York y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, en la medida en que los Estados que efectuaran tal declaración estuvieran vinculados por dichas convenciones. La Comisión convino en que, habida cuenta del sentido lato del texto del párrafo 2 del proyecto de artículo 18, tal declaración sería posible. Sin embargo, se señaló también que si bien cualquier forma de participación en la convención contribuiría al desarrollo de la utilización del comercio electrónico en el comercio internacional, ese tipo de declaración no propiciaría el logro del objetivo, también deseado, de fomentar una aplicación lo más amplia posible de la Convención, por lo que tal declaración no debería ser alentada.

130. La Comisión aprobó el contenido del proyecto de artículo, en su forma enmendada, y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 19. Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales

131. El texto del proyecto de artículo decía:

"1. Las disposiciones de la presente Convención serán aplicables al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato o acuerdo al que sea aplicable cualquiera de los siguientes instrumentos internacionales en los que un Estado Contratante de la presente Convención sea o pueda llegar a ser parte:

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958);

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);

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, 19 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).

2. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán, además, a las comunicaciones electrónicas relativas a la formación o al cumplimiento de un contrato o acuerdo al que sea aplicable otra convención, tratado o acuerdo internacional, no mencionado expresamente en el párrafo 1 del presente artículo, en el que un Estado Contratante sea o pueda llegar a ser parte, salvo que dicho Estado haya declarado, de conformidad con lo previsto en el artículo 20, que no quedará obligado por el presente párrafo.

3. Todo Estado que haga una declaración con arreglo al párrafo 2 del presente artículo podrá asimismo declarar que, a pesar de ello, aplicará las disposiciones de la presente Convención al empleo de comunicaciones electrónicas en lo referente a la formación o al cumplimiento de un contrato o acuerdo al que sea aplicable algún convenio, tratado o acuerdo internacional en el que dicho Estado sea o pueda llegar a ser parte.

4. Todo Estado podrá declarar que no aplicará las disposiciones de la presente Convención al empleo de comunicaciones electrónicas en lo relativo a la formación o al cumplimiento de un contrato o acuerdo al que sea aplicable algún convenio, tratado o acuerdo internacional consignado en la declaración de dicho Estado y en el que ese Estado sea o pueda llegar a ser parte, incluidos los instrumentos internacionales mencionados en el párrafo 1 del presente artículo, aun cuando dicho Estado no haya excluido la aplicación del párrafo 2 del presente artículo mediante una declaración formulada de conformidad con lo previsto en el artículo 20."

132. Tomando nota de las amplias deliberaciones que el Grupo de Trabajo había mantenido sobre el proyecto de artículo (A/CN.9/571, párrafos 47 a 58), la Comisión aprobó su contenido y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 19 bis. Procedimiento para enmendar el párrafo 1 del artículo 19

133. El texto del proyecto de artículo decía:

> "[1. Podrá enmendarse la lista de instrumentos que figura en el párrafo 1 del artículo 19 añadiendo [otros instrumentos preparados por la CNUDMI] [convenciones, tratados o acuerdos pertinentes] que estén abiertos a la participación de todos los Estados.
>
> 2. Una vez que la presente Convención haya entrado en vigor, todo Estado Parte podrá proponer una enmienda de esa índole. Toda propuesta de enmienda será presentada al depositario por escrito. El depositario notificará a cada Estado Parte el texto de las propuestas que reúnan las condiciones indicadas en el párrafo 1 y solicitará su opinión respecto de si la enmienda propuesta debe aprobarse.
>
> 3. La enmienda propuesta se considerará aprobada a menos que un tercio de los Estados Partes formulen objeciones al respecto, mediante notificación escrita, en un plazo de 180 días contado a partir de la fecha de su distribución.]"

134. La Comisión tomó nota de que todo este proyecto de artículo figuraba entre corchetes, pues era fruto de una propuesta que se había formulado en el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo, pero que dicho Grupo no había tenido tiempo de examinar.

135. Se sostuvo que este proyecto de disposición promovería la aplicación de la convención a otros instrumentos de la CNUDMI, que se favorecía así particularmente por razón de su origen, tal como se desprendía del texto del proyecto de artículo 19. Se respondió que el mecanismo de aceptación tácita de las enmiendas previsto en el proyecto de párrafo 3 suscitaba reservas, por cuanto vincularía a los Estados que no hubieran manifestado expresamente su consentimiento a quedar vinculados por la enmienda. Se agregó que, en ausencia de una disposición al respecto, sería posible introducir la enmienda en el artículo pertinente recurriendo a las reglas generales aplicables a la Convención.

136. Tras un debate, la Comisión decidió suprimir el proyecto de artículo 19 bis del proyecto de convención.

Artículo 20. Procedimiento y efectos de las declaraciones

137. El texto del proyecto de artículo decía:

> "1. Las declaraciones previstas en el párrafo 1 del artículo 17, los párrafos 1 y 2 del artículo 18 y los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 19 podrán hacerse en cualquier momento. Las declaraciones hechas en el momento de firmar la presente Convención deberán ser confirmadas en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación.

2. Las declaraciones y sus confirmaciones han de hacerse por escrito y se notificarán oficialmente al depositario.

3. Una declaración surtirá efecto simultáneamente con la entrada en vigor de la presente Convención respecto del Estado interesado. No obstante, una declaración de la cual el depositario reciba notificación oficial después de la entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha de recepción de la notificación por el depositario.

4. Todo Estado que haga una declaración con arreglo a la presente Convención podrá modificarla o retirarla en cualquier momento mediante notificación oficial dirigida por escrito al depositario. La modificación o el retiro surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha de recepción de la notificación por el depositario."

138. La Comisión convino en que, en el párrafo 1 del proyecto de artículo 20, se suprimiera la referencia al párrafo 1 del proyecto de artículo 17, dado que la declaración mencionada en el párrafo 1 del proyecto de artículo 17 se hacía normalmente cuando el Estado manifestaba su consentimiento a quedar vinculado, tal como se decía en la mencionada disposición.

139. La Comisión convino en que se insertara, en el párrafo 1 del proyecto de artículo 20, una referencia al párrafo 4 del proyecto de artículo 16 bis. Se opinó que, a diferencia de lo que ocurría con la declaración mencionada en el párrafo 2 del proyecto de artículo 16 bis, que normalmente hacía una organización regional de integración económica para manifestar su deseo de participación, la declaración a la que se hacía referencia en el párrafo 4 del proyecto de artículo 16 bis podía efectuarse en cualquier momento.

140. Se sugirió asimismo que las declaraciones presentadas después de la entrada en vigor de la presente Convención surtieran efecto tres meses después de la fecha de recepción por parte del depositario, tal como se disponía en otros acuerdos de derecho mercantil internacional. No obstante, se señaló también que el plazo de tres meses podía resultar insuficiente para efectuar ajustes en ciertas prácticas comerciales, por lo que, a tal efecto, sería más adecuado mantener en el texto el plazo de seis meses.

141. A reserva de esas enmiendas, la Comisión aprobó el contenido del proyecto de artículo 20 y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 21. Reservas

142. El texto del proyecto de artículo decía:

"No se podrán hacer reservas a la presente Convención."

143. Tras tomar nota de la diferencia práctica que veía el Grupo de Trabajo entre las declaraciones y las reservas en el contexto del proyecto de convención (véase A/CN.9/571, párr. 30), la Comisión aprobó el contenido del proyecto de artículo 21 y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 22. Enmiendas

144. El texto del proyecto de artículo decía:

"[Variante A

1. Todo Estado Contratante podrá proponer enmiendas a la presente Convención. Las propuestas de enmienda se presentarán por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien las distribuirá a todos los Estados Parte, con la solicitud de que indiquen si son partidarios de que se convoque una conferencia de los Estados Parte. En el caso de que, dentro de los cuatro meses contados a partir de la fecha de esa comunicación, al menos un tercio de los Estados Parte se declare partidario de una conferencia de ese tipo, el Secretario General convocará la conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Las propuestas de enmienda se distribuirán a los Estados Contratantes por lo menos 90 días antes de la conferencia.

2. Las enmiendas de la presente Convención deberán ser aprobadas por [dos tercios] [mayoría] de los Estados Contratantes presentes y votantes en la conferencia de Estados Contratantes y entrarán en vigor respecto de los Estados que las hayan ratificado, aceptado o aprobado el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que [dos tercios de] los Estados Contratantes en el momento de la aprobación de la enmienda en la conferencia de los Estados Contratantes hayan depositado sus instrumentos de aceptación de la enmienda.]

[Variante B

1. La [Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas] [secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional] preparará informes para los Estados Parte, [todos los años o] cuando las circunstancias lo exijan, sobre el modo en que el régimen internacional establecido en la presente Convención se ha aplicado en la práctica.

2. A solicitud de [por lo menos el veinticinco por ciento de] los Estados Parte, la [Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas] [secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional] convocará periódicamente conferencias de revisión de los Estados Contratantes con objeto de examinar:

a) La aplicación en la práctica de la presente Convención y su eficacia en lo que respecta a facilitar las operaciones de comercio electrónico previstas en sus disposiciones;

b) La interpretación que dan los tribunales a las disposiciones de la presente Convención y la forma en que se aplican; y

c) Si es necesario modificar la presente Convención.

3. Toda enmienda que se haga a la presente Convención deberá ser aprobada, como mínimo, por una mayoría de dos tercios de los Estados que participen en la conferencia mencionada en el párrafo anterior, y entrará en vigor, con respecto a los Estados que la hayan ratificado, aceptado o aprobado, cuando haya sido ratificada, aceptada o aprobada por tres Estados de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la presente Convención, relativo a su entrada en vigor.]"

145. La Comisión señaló que el texto de la variante A del proyecto de artículo ya había figurado en la última versión del proyecto de convención que el Grupo de Trabajo había examinado, mientras que la variante B contenía una propuesta que se había formulado en el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo y que éste no había tenido tiempo de examinar. Se señaló a la Comisión que la variante B ofrecía medios más flexibles para evaluar las necesidades de enmendar el proyecto de convención. También se informó a la Comisión de que tal vez convendría reemplazar las referencias a la "Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas" y a la "secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional" por referencias al "Secretario General de las Naciones Unidas" o "al depositario", para así asegurar la coherencia con las prácticas en lo relativo a los servicios administrativos prestados por las Naciones Unidas a sus Estados Miembros.

146. Si bien la variante A recibió cierto apoyo, en la Comisión predominó la opinión de que convenía adoptar la variante B como hipótesis de trabajo. Se apoyó con vehemencia la idea de pedir que la Secretaría se mantuviera informada de la aplicación práctica de la convención y que informara periódicamente a los Estados Miembros de los problemas o de las novedades que pudieran justificar una revisión de su texto. Algunas delegaciones apoyaron también la propuesta de prever un procedimiento simplificado de enmienda en el que se obviara la necesidad de convocar conferencias diplomáticas especiales y en el que se aprovechara el marco que ofrecían la Comisión, sus grupos de trabajo y la Secretaría para estudiar propuestas de revisión de la convención. No obstante, hubo discrepancias considerables sobre el carácter más o menos detallado con que debían señalarse esos objetivos en el texto de la convención y también sobre la cuestión de si el proyecto de convención debería regular o no la vía de enmienda. En particular, varias delegaciones se pronunciaron enérgicamente en contra de que en el proyecto de convención se hiciera una referencia expresa a un procedimiento de enmienda que requiriera una votación formal de los Estados contratantes, pues se estimó que la práctica de adopción de decisiones por consenso, que la Comisión había seguido sistemáticamente durante años, resultaba más apropiada para la formulación de reglas uniformes sobre cuestiones de derecho privado.

147. Se señaló que la Comisión podría proponer cambios mediante un protocolo o por algún otro procedimiento suyo, y que los Estados contratantes podían incluso modificar las disposiciones en cualquier momento y por acuerdo entre ellos, con arreglo al derecho de los tratados en vigor. Se señaló también que en la mayoría de las convenciones que había preparado la Comisión no figuraba ninguna disposición sobre la forma de enmendarlas. De no figurar en el proyecto de convención ninguna disposición relativa a la enmienda de la futura convención, para enmendarla habría que remitirse a lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[10], entre Estados que fueran partes en dicha Convención, así como a los principios de derecho consuetudinario internacional. Tras un amplio debate sobre esas opiniones divergentes y después de examinar las propuestas para paliar las inquietudes expresadas, la Comisión decidió suprimir por completo el artículo 22.

---

[10] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232.

Artículo 23. Entrada en vigor

148. El texto del proyecto de artículo decía:

> "1. La presente Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que se haya depositado el [...] instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.
>
> 2. Cuando un Estado ratifique, acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después de que se haya depositado el [...] instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la presente Convención entrará en vigor respecto de ese Estado el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión."

149. La Comisión observó que en los convenios y las convenciones de la CNUDMI ya existentes se requerían de tres a diez ratificaciones para su entrada en vigor. Se propuso que en el proyecto de artículo 23, el número de ratificaciones exigidas fuera de veinte. Sin embargo, la Comisión no aceptó esa propuesta dado que, según la opinión predominante, convenía propiciar la entrada en vigor tras la ratificación de tres Estados. Se señaló además que este enfoque se ajustaba a la tendencia moderna de las convenciones de derecho mercantil, que trataban de promover su aplicación lo antes posible en todo Estado que desee que su régimen sea aplicable a toda actividad comercial que dependa de su jurisdicción.

150. La Comisión convino en que, en los corchetes que aparecían con puntos suspensivos en el texto de los párrafos 1 y 2, se insertara, en ambos casos, la palabra "tercer". La Comisión aprobó el contenido del proyecto de artículo y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 24. Disposiciones transitorias

151. El texto del proyecto de artículo decía:

> "[1. La presente Convención será aplicable únicamente a las comunicaciones electrónicas que se cursen después de la fecha de su entrada en vigor.
>
> 2. En los Estados Contratantes que hagan una declaración con arreglo al párrafo 1 del artículo 18 de la presente Convención, su régimen será aplicable únicamente a las comunicaciones electrónicas que se cursen después de la fecha de entrada en vigor de la Convención respecto de los Estados Contratantes mencionados en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 18 o del Estado Contratante a que se hace referencia en el apartado b) del párrafo 1 de ese mismo artículo.
>
> 3. La presente Convención únicamente será aplicable a las comunicaciones electrónicas a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 19 con posterioridad a la fecha de la entrada en vigor en el Estado Contratante del instrumento internacional pertinente que figure en la lista del párrafo 1 del artículo 19.

4. Cuando un Estado Contratante haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 3 del artículo 19 de la presente Convención, su régimen será aplicable únicamente a las comunicaciones electrónicas concernientes a la formación o el cumplimiento de un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de dicha declaración con posterioridad a la fecha en que esa declaración surta efecto con arreglo al párrafo 3 o al párrafo 4 del artículo 20.

5. Una declaración efectuada con arreglo a los párrafos 1 ó 2 del artículo 18 o con arreglo a los párrafos 2, 3 ó 4 del artículo 19, así como su retiro o modificación, no afectará a ningún derecho que se haya creado por medio de comunicaciones electrónicas cursadas con anterioridad a la fecha en que la declaración surta efecto con arreglo a los párrafos 3 ó 4 del artículo 20.]"

152. La Comisión observó que la última versión del proyecto de convención que el Grupo de Trabajo había examinado contenía un único párrafo para dicho proyecto de artículo. La versión actual refleja una propuesta que se había formulado en el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo.

153. Algunas delegaciones aprobaron la propuesta de que se incluyera en el proyecto de convención una disposición con miras a asegurar que su régimen no sea nunca aplicable con carácter retroactivo. No obstante, se pidieron aclaraciones sobre si las palabras "después de la fecha de su entrada en vigor" significaban cuando la convención entrara en vigor en general o cuando entrara en vigor respecto del Estado Contratante interesado. Se estimó que si la expresión se refería al momento en que la convención entrara en vigor con carácter general, este enfoque podría tener un efecto retroactivo al resultar aplicable el instrumento desde esa fecha a todo Estado que pase a ser parte en la convención posteriormente. A fin de eludir esta ambigüedad se convino en agregar a la frase del párrafo 1 las palabras "con respecto a cada Estado Contratante".

154. Se propuso que se suprimieran los párrafos 2 a 5 del proyecto de artículo por ser innecesariamente complejos y detallados. Se sugirió que las cuestiones en ellos abordadas serían mejor resueltas con arreglo a la regla general del párrafo 1, que también podría hacerse extensiva a las declaraciones. La Comisión hizo suya esa propuesta.

155. La Comisión convino en enmendar el proyecto de artículo para que dijera:

"La presente Convención y toda declaración serán únicamente aplicables a las comunicaciones electrónicas que se cursen después de la fecha en que la Convención o la declaración entren en vigor o surtan efecto con respecto a cada Estado Contratante."

La Comisión convino asimismo en modificar el título del artículo para llamarlo "Momento de aplicación". Aprobó además el contenido del proyecto de artículo en su forma enmendada y remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 25. Denuncia

156. El texto del proyecto de artículo decía:

"1. Todo Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención en cualquier momento mediante notificación hecha por escrito al depositario.

2. La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento del plazo de doce meses contado a partir de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo, la denuncia surtirá efecto al vencer dicho plazo, contado a partir de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario."

157. La Comisión aprobó el contenido del proyecto de artículo 25 y remitió su texto al grupo de redacción.

Cláusula de firma

158. El texto del proyecto de la cláusula de firma decía:

"HECHA en [...], el [...] de [...] de [...], en un solo original, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso serán igualmente auténticos.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención."

159. La Comisión aprobó el contenido del proyecto de la cláusula de firma y remitió su texto al grupo de redacción.

Preámbulo

160. El texto del proyecto de preámbulo decía:

"Los Estados Parte en la presente Convención,

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

Observando que una mayor utilización de comunicaciones electrónicas mejora la eficiencia de las actividades comerciales y los vínculos comerciales y brinda nuevas oportunidades de acceso a partes y mercados anteriormente considerados remotos, con lo cual desempeña un papel fundamental en lo que respecta a promover el comercio y el desarrollo económico en los planos nacional e internacional,

Considerando que los problemas creados por la incertidumbre en cuanto al valor jurídico de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales constituyen un obstáculo para el comercio internacional,

Convencidos de que si se adoptaran normas uniformes para eliminar los obstáculos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, incluidos los que deriven de la aplicación de los instrumentos internacionales vigentes de derecho mercantil, aumentaría la certidumbre jurídica y la previsibilidad comercial de los contratos internacionales y se podría ayudar a los Estados a obtener acceso a las rutas comerciales modernas,

Estimando que las normas uniformes deben respetar el derecho de las partes de escoger medios y tecnologías apropiados, [teniendo en cuenta la

posibilidad de intercambiarlos,] siempre y cuando los métodos escogidos por las partes cumplan el propósito de las normas jurídicas pertinentes,

Deseosos de encontrar una solución común para eliminar los obstáculos jurídicos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas de manera aceptable para los Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos,

Han convenido en lo siguiente:"

161. Se dijo que el proyecto de preámbulo era demasiado extenso y podía abreviarse de forma que indicara sólo los dos objetivos principales contemplados en el proyecto de convención, a saber, promover el uso de las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional y establecer las condiciones requeridas para instaurar la confianza en las comunicaciones electrónicas. En respuesta, se hizo observar, que la extensión y el contenido del proyecto de preámbulo estaban en general en armonía con los instrumentos anteriores de la CNUDMI. Se añadió que el texto actual del proyecto de preámbulo ponía de manifiesto las relaciones existentes entre el proyecto de convención y el marco regulador más amplio aplicable al comercio internacional.

162. La Comisión decidió que el fragmento de texto que figuraba entre corchetes en el párrafo 5 del proyecto de preámbulo debía sustituirse por las palabras "teniendo en cuenta los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional".

163. A reserva de estas enmiendas, la Comisión aprobó el contenido del proyecto de preámbulo y remitió su texto al grupo de redacción.

Título de la convención

164. Observando que el título del proyecto de convención "Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales", reflejaba con exactitud su ámbito de aplicación, la Comisión lo aprobó.

D. Notas explicativas

165. La Comisión solicitó a la Secretaría que preparase notas explicativas del texto del proyecto de convención y, una vez concluidas, las presentara a la Comisión en su 39º período de sesiones, en 2006.

E. Informe del grupo de redacción

166. La Comisión pidió a un grupo de redacción establecido por la Secretaría que estudiara el texto de la convención con miras a asegurar la coherencia entre las versiones en los distintos idiomas. Al término de sus deliberaciones sobre el proyecto de convención, la Comisión examinó el informe del grupo de redacción y aprobó dicho proyecto. La Comisión pidió a la Secretaría que pasara revista de nuevo al texto del proyecto de convención, desde un punto de vista puramente lingüístico y de forma, antes de su aprobación por la Asamblea General.

F. Decisión de la Comisión y recomendación a la Asamblea General

167. En su 810ª sesión, celebrada el 15 de julio de 2005, la Comisión aprobó por consenso la siguiente decisión y recomendación a la Asamblea General:

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

Recordando que en su 34º período de sesiones, en 2001, encomendó al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico la preparación de un instrumento internacional relativo a las cuestiones de la contratación electrónica[11], que también debía tener el objetivo de eliminar los obstáculos al comercio electrónico presentes en las convenciones y los acuerdos comerciales de derecho uniforme existentes,

Observando que el Grupo de Trabajo dedicó seis períodos de sesiones, celebrados de 2002 a 2004, a elaborar el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales[12],

Habiendo examinado el proyecto de convención en su 38º período de sesiones, en 2005[13],

Haciendo notar el hecho de que se invitó a todos los Estados y a todas las organizaciones internacionales interesadas a participar en la elaboración del proyecto de convención en todos los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo así como en el 38º período de sesiones de la Comisión, ya fuese en calidad de miembros o de observadores, con plenas posibilidades de hacer uso de la palabra y formular propuestas,

Haciendo notar también el hecho de que el texto del proyecto de convención se remitió antes del 38º período de sesiones de la Comisión, para que formulasen observaciones, a todos los gobiernos y a todas las organizaciones internacionales invitados a asistir a las sesiones de la Comisión y del Grupo de Trabajo en calidad de observadores, y de que la Comisión tuvo a la vista esas observaciones en su 38º período de sesiones[14],

Considerando que el proyecto de convención ha sido examinado en medida suficiente y ha alcanzado el grado de madurez requerido para que los Estados lo juzguen en general aceptable,

1. *Presenta* a la Asamblea General el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales,

---

[11] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párrs. 291 a 293.

[12] Véanse los informes del Grupo de Trabajo en A/CN.9/509, A/CN.9/527, A/CN.9/528, A/CN.9/546, A/CN.9/548 y A/CN.9/571.

[13] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párrs. 12 a 166.

[14] Véanse los documentos A/CN.9/478 y Add. 1 a Add. 17.

que figura en el anexo I del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 38º período de sesiones[15];

2. *Recomienda* que la Asamblea General, teniendo en cuenta el detenido estudio de que ha sido objeto el proyecto de convención por parte de la Comisión y de su Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico), examine dicho proyecto con miras a aprobar, en su sexagésimo período de sesiones, tomando como base el proyecto de convención del proyecto aprobado por la Comisión, una convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales."

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

168. En su 36º período de sesiones, en 2003, 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[16] preveía procedimientos encaminados a intensificar la competencia comercial en el proceso de la contratación pública y a dotar a dicho proceso de mayor transparencia, equidad, economía y eficiencia, y que esa Ley Modelo se había convertido en un importante punto de referencia internacional para la reforma del régimen legal interno de la contratación pública. Observando que, pese al valor ampliamente reconocido de la Ley Modelo, habían surgido desde su adopción nuevos aspectos y prácticas que tal vez justificaran la iniciativa de readaptar su texto, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara, para su ulterior examen, estudios y propuestas detallados sobre la forma de abordar esos aspectos y prácticas[17].

169. En su 37º período de sesiones, en 2004, la Comisión, basándose en una nota de la Secretaría (A/CN.9/553) presentada en respuesta a esa petición, convino en que sería provechoso actualizar la Ley Modelo para dar cabida en ella a las nuevas prácticas, en particular, las resultantes del empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, así como a la experiencia adquirida en la aplicación de la Ley Modelo como base para la reforma de las leyes sobre contratación pública y otras posibles cuestiones adicionales. La Comisión decidió encomendar la elaboración de propuestas para la revisión de la Ley Modelo a su Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) e impartió a dicho grupo un mandato flexible para la determinación de las cuestiones que debía abordar en sus consideraciones. La Comisión pidió también a la Secretaría que presentara al Grupo de Trabajo notas adecuadas que profundizasen más en las cuestiones tratadas en la nota de la Secretaría (A/CN.9/553) a fin de facilitar los exámenes del Grupo de

---

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

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

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

Trabajo[18]. La Comisión recordó sus anteriores declaraciones en el sentido de que, al actualizar la Ley Modelo, convenía tener cuidado de no desviarse de sus principios fundamentales y de no modificar las disposiciones cuya utilidad hubiera quedado demostrada.

170. En su 38º período de sesiones, la Comisión tomó nota de los informes sobre el sexto (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004) y el séptimo (Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005) períodos de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/568 y A/CN.9/575, respectivamente).

171. Se informó a la Comisión de que el Grupo de Trabajo había comenzado en su sexto período de sesiones su tarea de formular propuestas para la revisión de la Ley Modelo, con el examen inicial de los siguientes temas: a) publicación por vía electrónica de la información relativa a la contratación pública; b) utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública; c) medidas de control de la utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública; d) subasta electrónica inversa o de puja o precio descendente; e) recurso a las listas de proveedores; f) acuerdos marco; g) contratación de servicios; h) evaluación y comparación de las ofertas, y empleo de la contratación al servicio de la política industrial, social o del medio ambiente; i) vías de recurso y medidas ejecutorias; j) otros métodos de contratación pública; k) participación de la comunidad destinataria en la adjudicación; l) simplificación y racionalización de la Ley Modelo; y m) legalización de documentos (A/CN.9/WG.I/WP.31 y A/CN.9/WG.II/WP.32). Se informó asimismo a la Comisión de que el Grupo de Trabajo había decidido, en su sexto período de sesiones, proceder a un examen a fondo de esos temas sucesivamente en sus períodos de sesiones futuros (A/CN.9/568, párr. 10), y, consecuentemente, en su séptimo período de sesiones, había comenzado a estudiar en profundidad los temas relacionados con la utilización de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en el proceso de contratación pública: a) publicación y comunicación electrónicas de información relativa a la contratación pública; b) otras cuestiones suscitadas por la utilización de medios de comunicación electrónicos en el proceso de contratación pública, como medidas de control sobre esa utilización, incluida la presentación de ofertas por vía electrónica; c) subasta electrónica inversa; y d) ofertas de precio anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.34 y Add.1 y 2, A/CN.9/WG.I/WP.35 y Add.1, así como A/CN.9/WG.I/WP.36). La Comisión tomó nota de la decisión del Grupo de Trabajo de dar cabida en la Ley Modelo a la utilización de las comunicaciones y tecnologías electrónicas (incluida la subasta electrónica inversa) así como a la investigación de las ofertas de precio anormalmente bajo, y de continuar en su octavo período de sesiones el examen a fondo de esos temas y de las revisiones de la Ley Modelo que serían necesarias a este respecto y, si había tiempo para ello, abordar el tema de los acuerdos marco (A/CN.9/575, párr. 9).

172. La Comisión felicitó al Grupo de Trabajo por los avances realizados en su labor, y reafirmó su apoyo al nuevo estudio en curso y a la inclusión de prácticas de contratación novedosas en la Ley Modelo (en cuanto a los dos períodos de sesiones próximos del Grupo de Trabajo, véase el párr. 240 a) *infra*).

---

[18] Ibíd., *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párrs. 80 a 82.

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

173. En su 32º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión, tras intercambiar 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 ejecutoriedad de las medidas cautelares[19]. 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).

174. En su 38º período de sesiones, la Comisión tomó nota de los progresos realizados por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 41º (Viena, 13 a 17 de septiembre de 2004) y 42º (Nueva York, 10 a 14 de enero de 2005) (véanse, respectivamente, los documentos A/CN.9/569 y A/CN.9/573). La Comisión observó que el Grupo de Trabajo había proseguido sus deliberaciones sobre un proyecto de texto de revisión del párrafo 7) del artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional[20] (en adelante, "La Ley Modelo sobre Arbitraje"), concretamente sobre la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares ex parte (sin escuchar a la parte afectada). La Comisión tomó nota asimismo de que el Grupo de Trabajo había examinado un proyecto de disposición sobre el reconocimiento y la ejecución de las medidas cautelares otorgadas por un tribunal arbitral (para su eventual inserción como nuevo artículo provisional 17 bis de la Ley Modelo sobre Arbitraje), y un proyecto de artículo relativo a las medidas cautelares ordenadas por un foro judicial en apoyo del arbitraje (para su eventual inserción como nuevo artículo provisional 17 ter de la Ley Modelo sobre Arbitraje).

175. La Comisión tomó nota de los progresos realizados hasta ahora por el Grupo de Trabajo en lo tocante a las medidas cautelares. La Comisión señaló también que, a pesar de las grandes discrepancias entre las delegaciones, el Grupo había convenido, en su 42º período de sesiones, incluir en el texto una disposición de transacción consistente en un proyecto revisado del párrafo 7 del proyecto de artículo 17, sobre la base de los principios de que ese párrafo sería aplicable a menos que las partes convinieran otra cosa y de que habría que dejar claro que los mandatos preliminares eran de naturaleza procesal y que no constituían laudos, por lo que en el artículo 17 bis no se prevería ninguna vía ejecutoria para dichos mandatos. La Comisión tomó nota de que la cuestión de las medidas cautelares ex parte seguían siendo controvertidas. Algunas delegaciones expresaron la esperanza de que el texto de transacción que se conviniera fuese el definitivo. Se expresaron dudas sobre el valor del texto de transacción que se había propuesto, particularmente teniendo en cuenta el hecho de que no preveía vía ejecutoria alguna

---

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

[20] Ibíd., *cuadragésimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/40/17), anexo I. Se ha publicado la Ley Modelo como publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.95.V.18).

para el mandato preliminar. Algunas delegaciones también expresaron reservas por el hecho de que la facultad unilateral reconocida en esa disposición era contraria al principio de la igualdad de acceso de las partes al tribunal arbitral, con lo que el texto revisado de la Ley Modelo sobre Arbitraje podría ser objeto de críticas. Una delegación propuso que, de incluirse dicha disposición en el texto, debería redactarse en forma de una disposición optativa, que fuera únicamente aplicable si las partes hacían remisión explícita a ella.

176. La Comisión señaló que el Grupo de Trabajo aún no había finalizado su labor sobre los proyectos de artículo 17, 17 bis y 17 ter, ni sobre la forma en que su texto actual o revisado podría insertarse en la Ley Modelo sobre Arbitraje. Con respecto a la estructura del proyecto de artículo 17, se propuso que la cuestión del mandato preliminar se tratara en otro artículo, a fin de facilitar la adopción del proyecto de artículo 17 por todo Estado que no deseara adoptar disposición alguna concerniente a dicho mandato. A título meramente formal, la Comisión también tomó nota de una propuesta a tenor de la cual el nuevo texto revisado de los proyectos de artículo 17, 17 bis y 17 ter no debería incorporarse a la Ley Modelo sino adjuntarse a ella como anexo. Además, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo concluiría su labor sobre el proyecto de artículo 7 de la Ley Modelo, relativo al requisito formal de un acuerdo de arbitraje y a su relación con el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York.

177. La Comisión expresó la esperanza de que el Grupo de Trabajo, en sus dos períodos de sesiones siguientes, pudiera presentarle propuestas para que las examinara definitivamente y las aprobara en su 39º período de sesiones, de 2006.

178. Con respecto a la labor futura en materia de solución de controversias comerciales, la Comisión tomó nota de la sugerencia que había hecho el Grupo de Trabajo en su 42º período de sesiones de que, una vez que los proyectos existentes que se estaban examinando hubieran sido concluidos, tal vez pudiera darse prioridad a la cuestión de si las controversias dentro de una misma empresa podían ser objeto de arbitraje y otros temas como los de si podían ser objeto de arbitraje las cuestiones relativas a los bienes inmuebles, a la insolvencia o a la competencia desleal. Otra delegación sugirió que tal vez las cuestiones derivadas de la solución de controversias por vía informática y la posible revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[21] también pudieran tener que examinarse (A/CN.9/573, párr. 100). Estas propuestas recibieron el apoyo de la Comisión.

179. Se informó a la Comisión de que en 2006 se cumplirían 30 años de la aprobación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y de que se organizarían conferencias para conmemorar ese aniversario en diferentes regiones, a fin de intercambiar información sobre su aplicación y sobre los posibles aspectos del Reglamento que tal vez requirieran una revisión. La celebración de una de estas conferencias tendría lugar bajo los auspicios del Centro de Arbitraje Internacional de la Cámara Económica Federal de Austria, y se celebraría en Viena los días 6 y 7 de abril de 2006. (Por lo que atañe a los dos próximos períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, véase el párrafo 240 b), *infra*).

---

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

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

180. En su 34º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión estableció el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) con objeto de que preparara, en estrecha colaboración con las organizaciones internacionales interesadas, un instrumento de rango legislativo que regulara las cuestiones relativas al transporte marítimo internacional de mercancías, entre ellas, el ámbito de aplicación del nuevo instrumento, el período de responsabilidad del porteador, las obligaciones de éste y su régimen de responsabilidad, las obligaciones del cargador y los títulos o documentos de transporte[22]. En su 35º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión aprobó la hipótesis de trabajo de que el proyecto de instrumento sobre el derecho del transporte sería aplicable a las operaciones de transporte de puerta a puerta[23]. En sus períodos de sesiones 36º y 37º, celebrados en 2003 y 2004, respectivamente, la Comisión observó las dificultades inherentes a la preparación del proyecto de instrumento y autorizó, a título excepcional, que los períodos de sesiones 12º, 13º[24], 14º y 15º[25] del Grupo de Trabajo tuvieran una duración de dos semanas. (El examen de esta cuestión en el período de sesiones en curso se reseña en el párrafo 238, *infra*.) En su 37º período de sesiones la Comisión también reafirmó su reconocimiento de la magnitud del proyecto y expresó su apoyo a los esfuerzos emprendidos por el Grupo de Trabajo por acelerar su labor, particularmente en vista del acuerdo a que había llegado la propia Comisión acerca de la conveniencia de fijar el año 2006 como meta para la conclusión del proyecto, si bien la cuestión de establecer un plazo para concluirlo se volvería a estudiar en su 38º período de sesiones, en 2005[26].

181. En su 38º período de sesiones la Comisión tomó nota de los progresos realizados por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones, celebrado en Viena del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2004, y en su 15º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 18 al 28 de abril de 2005 (véanse A/CN.9/572 y A/CN.9/576, respectivamente).

182. La Comisión tomó nota con agrado de los progresos realizados por el Grupo de Trabajo en el estudio del proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. Se le informó de que el Grupo de Trabajo había proseguido la segunda lectura del proyecto de instrumento en sus períodos de sesiones 14º y 15º y había logrado avanzar en lo que respecta a varias cuestiones difíciles, entre ellas las de sentar las bases para el régimen de la responsabilidad con arreglo al proyecto de instrumento, establecer su ámbito de aplicación y regular aspectos conexos relativos a la autonomía contractual. Asimismo, se señaló a la Comisión que durante sus períodos de sesiones 14º y 15º el Grupo de Trabajo

---

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

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

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

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

[26] Ibíd., párrs. 64 a 66.

también había examinado los capítulos concernientes a la vía judicial y a la vía arbitral, y había sostenido un intercambio inicial de ideas en relación con el derecho de control y la transferencia de derechos. Además, se informó a la Comisión de que, tras celebrar consultas con el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico), en su 15º período de sesiones el Grupo de Trabajo había examinado por primera vez las disposiciones del proyecto de instrumento relativas al comercio electrónico. Con miras a seguir agilizando el intercambio de opiniones, la formulación de propuestas y la creación de consenso en cuanto a la preparación de la tercera y última lectura del proyecto de instrumento, algunas delegaciones que participaron en los períodos de sesiones 14º y 15º del Grupo de Trabajo habían seguido adelante con su iniciativa de celebrar consultas oficiosas para continuar el debate entre los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo. Éste había examinado la cuestión del marco cronológico para concluir la preparación del proyecto de instrumento y varias delegaciones apoyaban la opinión de que, si bien no era probable que esa labor se pudiera concluir a fines de 2005, gracias a la valiosa asistencia del proceso de consultas oficiosas, el Grupo de Trabajo esperaba concluirla a fines de 2006 con miras a someter el proyecto de instrumento a la aprobación de la Comisión, posiblemente en 2007.

183. La Comisión encomió al Grupo de Trabajo por los progresos que había realizado y reiteró su reconocimiento de la magnitud de la tarea y de las dificultades que entrañaba la preparación del proyecto de instrumento, habida cuenta, en particular, de la índole de los intereses y de las cuestiones jurídicas complejas que estaban en juego, que exigía la formulación de un texto equilibrado que tratara las diversas cuestiones de manera coherente y ponderada. Varias delegaciones expresaron cierta preocupación por las reuniones oficiosas convocadas entre algunos miembros del Grupo de Trabajo y algunas partes interesadas para examinar cuestiones que debatía el Grupo. Aunque estas reuniones habían permitido al Grupo realizar progresos satisfactorios en su labor, se manifestó la preocupación de que muchos de sus miembros no eran informados sobre ellas, por lo que no podían participar en los debates de fondo sobre numerosas cuestiones que examinaba el Grupo de Trabajo. Se apoyó resueltamente la opinión de que se debía suministrar más información a todos los miembros del Grupo sobre las señaladas reuniones, incluidos su fecha y lugar de celebración. Se indicó que el sitio web de la CNUDMI podía constituir un lugar adecuado para presentar dicha información. Se expresaron opiniones divergentes. Además se señaló que se hallaban ausentes del período de sesiones de la Comisión, que por ello no podría escuchar sus opiniones, tanto el Comité Marítimo Internacional como los representantes de los cargadores, los porteadores, los aseguradores de carga y los transitarios, cuyos intereses se verían afectados por el proyecto de instrumento y que habían participado en dichas reuniones especiales. Se indicó también que asistían a esas reuniones especiales expertos de muchos de los Estados participantes en el período de sesiones de la Comisión.

184. Se señaló a la atención de la Comisión la opinión enunciada en el informe del 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/576, párr. 216) en el sentido de que el Grupo apoyaba sus actuales métodos de trabajo, entre ellos las consultas oficiosas entre períodos de sesiones y la formación de pequeños grupos de redacción integrados por algunos de sus miembros. Se señaló que ese procedimiento debía ser compatible con la presentación de los documentos oficiales en todos los

idiomas oficiales. Si bien se aclaró que se habían celebrado algunas reuniones oficiosas para examinar temas del programa de la CNUDMI, convocadas por otras organizaciones, y no por la Secretaría, se estuvo de acuerdo en que en las reuniones convocadas por ésta debía seguirse vigilando la cuestión de permitir que los expertos se expresaran en los idiomas de trabajo de las Naciones Unidas, así como la de traducir a todos los idiomas oficiales los documentos oficiales que había de examinar el Grupo de Trabajo. También se estuvo de acuerdo en que toda decisión sobre cuestiones sustantivas concernientes a la labor en curso debía seguir siendo de la competencia exclusiva del Grupo de Trabajo y de la Comisión. Con respecto a un posible marco cronológico para la conclusión del proyecto de instrumento, se apoyó la opinión de que sería conveniente finalizar la tercera lectura lo antes posible con miras a someter el proyecto de texto a la aprobación de la Comisión en 2007. Tras un debate, la Comisión decidió que convendría fijar el año 2007 como meta para ultimar el proyecto, si bien la cuestión de fijar un plazo para ello se volvería a estudiar en su 39º período de sesiones, en 2006. (En cuanto a los dos períodos de sesiones siguientes del Grupo de Trabajo, véase el párrafo 240 c), *infra*.)

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

185. 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 las garantías reales sobre bienes que fueran objeto de alguna actividad comercial, incluidos los bienes inventariados o las existencias[27]. 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[28]. 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 deberían o no entrar en el ámbito del proyecto de guía legislativa[29]. En su 37º período de sesiones, en 2004, la Comisión acogió con beneplácito la preparación de nuevos capítulos para su inclusión en el proyecto de guía legislativa sobre diversos tipos de bienes, como títulos negociables, cuentas de depósito, y derechos de propiedad intelectual[30].

186. En su 38º período de sesiones, la Comisión tomó nota de los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor de sus períodos de sesiones sexto (Viena, 27 de septiembre a 1º de octubre de 2004) y séptimo (Nueva York, 24 a 28 de enero de 2005) (A/CN.9/570 y A/CN.9/574, respectivamente). La Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos logrados hasta la fecha. En particular, la Comisión tomó nota con agrado de que el Grupo de Trabajo tendría ante sí en su octavo período de sesiones (véase el párrafo 240 c) *infra*) un juego completo y

---

[27] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párr. 358.

[28] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), párr. 204.

[29] Ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párr. 222.

[30] Ibíd., *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 77.

refundido de recomendaciones legislativas que incluirían, además de las recomendaciones sobre bienes inventariados o existencias, equipo y créditos por cobrar, recomendaciones sobre títulos negociables, documentos negociables, cuentas bancarias y el producto de las denominadas promesas independientes. A ese respecto, la Comisión tomó nota de que las reuniones oficiosas de grupos de expertos servían para asesorar a la Secretaría en la preparación de sus documentos, pero no constituían un foro de negociación o decisorio que vinculara en modo alguno al Grupo de Trabajo o a la Comisión.

187. Además, la Comisión tomó nota con interés de los progresos realizados por el Grupo de Trabajo en la coordinación de su labor con: a) la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que había preparado el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores que obraran en poder de un intermediario (La Haya, 2002)[31]; b) el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), que preparaba un proyecto de convenio sobre garantías reales y otros derechos sobre valores que obraran en poder de un intermediario; d) el Banco Mundial, que estaba revisando sus Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores; y d) la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Tras deliberar, la Comisión confirmó el mandato que había encomendado, en su 34º período de sesiones, al Grupo de Trabajo, y que ya había confirmado en sus períodos de sesiones 35º a 37º (véase el párrafo 185, *supra*). La Comisión pidió asimismo al Grupo de Trabajo que agilizara su labor, a fin de que el proyecto de guía legislativa pudiera serle presentado, al menos para su aprobación en principio en 2006, y para su aprobación final en 2007. (Con respecto a los dos próximos períodos de sesiones del Grupo de Trabajo VI, véase el párrafo 240 f), *infra*).

VIII. Seguimiento de la puesta en práctica de la Convención de Nueva York de 1958

188. La Comisión recordó que, en su 28º período de sesiones, celebrado en 1995, había aprobado el proyecto, emprendido conjuntamente con el Comité D de la Asociación Internacional de Abogados, para informarse de la puesta en práctica legislativa de la Convención de Nueva York de 1958[32]. En su 37º período de sesiones celebrado en 2004, la Comisión pidió a la Secretaría que, en la medida en que dispusiera de los recursos necesarios, hiciera todo lo posible por elaborar un análisis preliminar de las respuestas recibidas a fin de que la Comisión pudiera examinarlas en su 38º período de sesiones[33].

189. De conformidad con lo solicitado por la Comisión, la Secretaría le presentó un informe provisional en su 38º período de sesiones (A/CN.9/585), en el que se exponían las cuestiones que se habían planteado en las respuestas recibidas y en el que también se formulaban preguntas suplementarias que la Comisión podría pedir a

---

[31] Disponible en http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=conventions.text&cid=72.

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

[33] Ibíd., *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 84.

la Secretaría que hiciera a los Estados a fin de obtener una información más exhaustiva sobre las prácticas de ejecución de la Convención. La Comisión expresó su reconocimiento a los Estados Parte que habían enviado respuestas desde su 37º período de sesiones y reiteró su llamamiento a los Estados Parte restantes a que hicieran lo propio.

190. La Comisión acogió complacida los progresos de que daba cuenta el informe provisional, señalando que la línea general de las respuestas recibidas era útil para facilitar las deliberaciones sobre los siguientes pasos que habría que dar, y ponía además de relieve la incertidumbre de ciertos aspectos sobre los cuales cabría pedir información suplementaria a los Estados Parte o sobre los que cabría realizar nuevos estudios. Se señaló que, habida cuenta de que los cuestionarios venían distribuyéndose desde 1995, se debía concluir la labor en un plazo razonable. Se estimó también que, dadas las limitaciones de recursos de la Secretaría, habría que procurar que la labor emprendida por ésta en relación con el proyecto no se superpusiera a la amplia investigación ya existente y todavía en curso sobre la aplicación de la Convención de Nueva York. A este respecto, se informó a la Comisión de que la labor en marcha de la Secretaría sobre ese proyecto no había repercutido negativamente en otros trabajos ni, concretamente, en los servicios prestados al Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación).

191. La Comisión consideró que el enfoque adoptado en la preparación del informe provisional, incluido el estilo y la presentación, así como el nivel de detalle, era apropiado, pero opinó que sería útil proporcionar información más específica citando, en su caso, los nombres de los Estados. Se sugirió que, como posible medida futura, se elaborara una guía legislativa cuya finalidad fuera limitar el riesgo de que las prácticas de los Estados se apartaran del espíritu de la Convención de Nueva York. La Comisión sostuvo en general la opinión de que, para ayudar a la Secretaría a concluir su labor, sería útil nombrar expertos nacionales en arbitraje internacional. Se observó que sería difícil designar a expertos que pudieran dar una visión general de las prácticas nacionales. No obstante, se recomendó pedir también a los Estados que designaran centros de arbitraje o entidades académicas pertinentes para que prestaran asistencia a la Secretaría en su labor. Tras deliberar, la Comisión convino en que se dejara a la Secretaría un cierto margen de flexibilidad a la hora de determinar el plazo para la finalización del proyecto, así como el nivel de detalle del informe que la Secretaría sometería en su momento al examen de la Comisión, la cuestión de si debían o no mencionarse los nombres de los Estados y aquélla de la medida en que se debiera remitirse a la jurisprudencia en el informe, y también la de velar por que la labor de la Secretaría sobre el proyecto no repita ni duplique la realizada en otros foros con respecto al estudio sobre la aplicación de la Convención de Nueva York.

IX. Jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI y resúmenes de jurisprudencia

192. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la labor que se seguía realizando en el marco del sistema establecido para la recopilación y difusión de jurisprudencia basada en textos adoptados por la CNUDMI (CLOUT). Esa labor consiste en preparar extractos o breves resúmenes de las resoluciones judiciales y de los laudos arbitrales que se inspiraban en textos de la Comisión, en recopilar textos

completos de esas resoluciones y laudos y en preparar medios auxiliares para la investigación e instrumentos analíticos. Hasta el 13 de julio de 2005 se habían publicado 46 documentos de la serie CLOUT en los que se reseñaban 530 casos, en su mayoría relacionados con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y con la Ley Modelo de Arbitraje.

193. Una gran mayoría de las delegaciones convino en que las publicaciones del sistema CLOUT seguían constituyendo un importante instrumento de las actividades generales de capacitación y asistencia técnica que llevaba a cabo la CNUDMI. Las delegaciones también consideraron que gracias a la amplia difusión dada a los textos jurisprudenciales CLOUT, tanto sobre papel como en formato electrónico, en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, se estaba promoviendo una interpretación y aplicación uniformes de los textos de carácter legislativo preparados por la CNUDMI, ya que la serie CLOUT facilitaba el acceso de los interesados a sentencias y laudos emitidos en muy diversos Estados. La Comisión expresó su gratitud a los corresponsales nacionales por la labor que llevaban a cabo que consistía en seleccionar decisiones pertinentes y en preparar resúmenes de jurisprudencia.

194. La Comisión observó que el resumen de jurisprudencia sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, que se había preparado conforme a lo solicitado por la Comisión en su 34º período de sesiones[34], se había publicado en diciembre de 2004. Señaló asimismo que se había preparado el primer proyecto de resumen de jurisprudencia relativa a la Ley Modelo sobre Arbitraje, conforme a lo solicitado por ella en su 35º período de sesiones[35] y teniendo en cuenta las deliberaciones pertinentes de su 37º período de sesiones[36]. Se informó a la Comisión de que el proyecto de resumen estaría a disposición de los corresponsales nacionales del sistema CLOUT durante su reunión prevista para los días 14 y 15 de julio de 2005.

X. Asistencia técnica para la reforma legislativa

195. La Comisión tuvo ante sí una nota de la Secretaría (A/CN.9/586) en la que se reseñan las actividades de asistencia técnica realizadas desde su 37º período de sesiones y se indica el curso que seguirán las actividades futuras. La Comisión expresó su reconocimiento por las actividades de asistencia técnica realizadas por la Secretaría desde su 37º período de sesiones (A/CN.9/586, párr. 8) y tomó nota de los seminarios, conferencias y cursos en que se habían presentado textos de la CNUDMI y en que habían participado miembros de la Secretaría en calidad de oradores (A/CN.9/586, párr. 15)

196. La Comisión tomó nota del establecimiento de las dependencias de asistencia legislativa y de asistencia técnica en su secretaría y de las disposiciones

---

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

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

[36] Ibíd., *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párrs. 88, 89 y 91.

administrativas adoptadas para el cumplimiento de la labor de esas dos dependencias. Con respecto a la dependencia de asistencia técnica, la Comisión observó que la secretaría había determinado sus objetivos y había adoptado medidas para preparar directrices encaminadas a atender a las necesidades de organización y ejecución de las actividades de asistencia técnica solicitadas por los Estados y las organizaciones internacionales y regionales, y en materia de presentación de informes al respecto. Se observó también que la secretaría había empezado a determinar las necesidades nacionales y regionales de asistencia técnica en colaboración con organizaciones nacionales, regionales e internacionales y con las misiones permanentes ante las Naciones Unidas, así como las oportunidades para la elaboración de programas conjuntos con organizaciones que prestan asistencia técnica a la reforma del derecho mercantil y la participación en programas en curso de esas organizaciones.

197. La Comisión reiteró su llamamiento a todos los Estados, organizaciones internacionales y demás entidades interesadas para que estudiaran la posibilidad de aportar recursos al Fondo Fiduciario para Simposios de la CNUDMI, de ser posible en forma de contribuciones plurianuales, o de contribuciones para fines especiales, con objeto de facilitar la planificación y de facultar a la secretaría para atender al creciente número de solicitudes de capacitación y asistencia técnica en materia legislativa de países en desarrollo y de Estados con economía en transición. La Comisión expresó su agradecimiento a los Estados que habían contribuido al Fondo desde su 37º período de sesiones, a saber, México, Singapur y Suiza, y también a las organizaciones que habían contribuido al programa proporcionando fondos o personal o acogiendo seminarios.

198. 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 con objeto de ayudar a sufragar los gastos de viaje de los representantes de los países en desarrollo que eran miembros de la Comisión. Observó que desde su 37º período de sesiones no se había recibido ninguna contribución destinada a ese fondo fiduciario.

XI. Situación y promoción de los textos de rango legislativo de la CNUDMI

199. La Comisión examinó la situación de las convenciones y de las leyes modelos emanadas de su labor, así como la de la Convención de Nueva York, basándose en una nota de la Secretaría (A/CN.9/583). Tomó nota con reconocimiento de las nuevas medidas y actos de promulgación en su derecho interno que habían adoptado algunos Estados y territorios tras su 37º período de sesiones con respecto a los siguientes instrumentos:

a) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980). Nuevas medidas adoptadas en Chipre y el Gabón; número de Estados Parte: 65;

b) Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (Nueva York, 1988)[37]. Nueva medida en Gabón; número de Estados Parte: cuatro;

c) Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (Viena, 1991)[38]. Nueva medida en Gabón; número de Estados Parte: tres;

d) Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995)[39]. Nueva medida en Gabón; número de Estados Parte: siete;

e) Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958). Nueva medida en Afganistán; número de Estados Parte: 135;

f) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985). otros Estados que habían promulgado leyes basadas en la Ley Modelo: Chile y en Filipinas;

g) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996). Otros Estados y territorios que han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo[40]: Chile y los Estados Unidos, el estado de Wisconsin;

h) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza (1997)[41]. Nuevos Estados y territorios que han promulgado leyes basadas en esta Ley Modelo: Islas Vírgenes Británicas, territorio ultramarino del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos.

i) Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001). Otro Estado que había promulgado una ley basada en esta Ley Modelo: Corea del Sur.

200. Se señaló que un Estado que incorporó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (véase el párrafo 199 h) *supra*) en su derecho interno había cambiado el formato de su normativa legal aplicable a la insolvencia para dejar en claro que provenía del texto de la CNUDMI.

---

37 Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.16.

38 *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 a19 de abril de 1991* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.XI.3), primera parte, documento A/CONF.152/13, anexo.

39 Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.97.V.12.

40 La República de Corea hizo saber que la alusión a este país en el párrafo 9 del documento A/CN.9/583 debería haber ido acompañada por una nota de pie de página en que se explicara que en 1999 la República de Corea promulgó una ley por la que se daba curso interno al régimen de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, exceptuándose únicamente sus disposiciones concernientes a la certificación y a la firma electrónica.

41 Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.3.

201. Se señaló que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002)[42] se incluiría en la próxima revisión del informe sobre la situación y la promoción de los textos de la CNUDMI.

202. La Comisión pidió a los Estados que hubieran promulgado o que se dispusieran a promulgar leyes basadas en una ley modelo preparada por la Comisión, o que estudiaran la posibilidad de adoptar medidas legislativas sobre una convención dimanante de la labor de la Comisión, que informaran a la secretaría de la Comisión al respecto. La Comisión tomó nota con reconocimiento de los informes recibidos de varios Estados por los que se daba a conocer la adopción de medidas oficiales para adherirse a diversos convenios o convenciones y para promulgar leyes basadas en varias de las leyes modelo preparadas por la CNUDMI. Se informó a la Comisión de que, conforme a lo que había solicitado en su 37º período de sesiones[43], la Secretaría reproduciría en el sitio de la CNUDMI en Internet, en el idioma original, todo texto por el que se incorporara al derecho interno alguna ley modelo de la CNUDMI, y, de disponerse de una traducción, incluso oficiosa, a uno o más idiomas oficiales de las Naciones Unidas, se reproduciría igualmente su texto traducido.

203. Se informó a la Comisión de que en varios países se estaban celebrando una serie de conferencias para conmemorar el 25º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y el 20º aniversario de la Ley Modelo sobre Arbitraje; se agregó que se procuraría hacer públicas las actuaciones de dichas conferencias.

204. La Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría (A/CN.9/580 y Add.2) en que se esbozaban las novedades en el ámbito de la insolvencia transfronteriza, incluida la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y la interpretación que hacía la Unión Europea de ciertos conceptos comunes a esta Ley Modelo y al régimen aplicable en la Unión Europea. La Comisión tomó nota con satisfacción del informe sobre las novedades relativas a la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno. Se señaló que la Secretaría seguiría pendiente de las decisiones de los tribunales de la Unión Europea que fueran de interés para la interpretación de los conceptos empleados en la Ley Modelo.

XII. Resoluciones pertinentes de la Asamblea General

205. La Comisión tomó nota con reconocimiento de las resoluciones de la Asamblea General 59/39, relativa al informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 37º período de sesiones, y 59/40, relativa a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, ambas de 2 de diciembre de 2004.

206. La Comisión tomó nota en particular de las partes de la resolución 59/39 en las cuales la Asamblea General había expresado su preocupación por el hecho de que las actividades realizadas por otros órganos en el campo del derecho mercantil

---

[42] Publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.05.V.4.

[43] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/59/17), párr. 98.

internacional sin coordinación suficiente con la Comisión pudieran dar lugar a una indeseable duplicación del trabajo y no se prestaran al objetivo de fomentar la eficiencia, la uniformidad y la coherencia en la unificación y la armonización del derecho mercantil internacional, y en que la Asamblea reafirmó el mandato de la Comisión para que, en su carácter de órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, coordinara las actividades jurídicas en la materia. Se tomó nota con reconocimiento del párrafo 4 de la resolución, en el que la Asamblea aprobaba las disposiciones e iniciativas de la Comisión para aumentar la coordinación y la cooperación en las actividades jurídicas de las organizaciones internacionales y regionales que se ocupan del derecho mercantil internacional.

XIII. Coordinación y cooperación

A. Generalidades

207. La Comisión tuvo ante sí una nota de la Secretaría (A/CN.9/584) en la que se presentaba un breve examen de la labor de las organizaciones internacionales en relación con la armonización del derecho mercantil internacional, centrado en la labor en lo concerniente al derecho sustantivo, así como otras dos notas sobre esferas específicas de actividad, a saber, el comercio electrónico (A/CN.9/579) (véanse los párrafos 213 a 215 *infra*) y el régimen de la insolvencia (A/CN.9/580/Add.1). La Comisión elogió a la Secretaría por la preparación de esos informes, reconociendo su valor para la coordinación de las actividades de las organizaciones internacionales en la esfera del derecho mercantil internacional, y tomó nota con reconocimiento de que el estudio contenido en la nota de la Secretaría (A/CN.9/584) era el primero de una serie que se actualizaría y revisaría anualmente. Se formularon una serie de sugerencias relacionadas con información suplementaria. La Comisión tomó nota de que el primero de una serie de informes paralelos sobre las actividades de las organizaciones internacionales que prestaban asistencia técnica al servicio de la reforma legislativa en las esferas del derecho mercantil internacional que interesaban a la Comisión se prepararía para presentarlo al 39º período de sesiones de ésta en 2006.

208. Se recordó que la Comisión había convenido en general en su 37º período de sesiones en que adoptaría una actitud más dinámica, por conducto de su secretaría, para cumplir su función de coordinación[44]. La Comisión, recordando la declaración de la Asamblea General en su resolución 59/39 relativa a la importancia de la coordinación (véase el párrafo 206 *supra*), tomó nota con satisfacción de que la Secretaría estaba adoptando medidas para iniciar un diálogo, sobre actividades tanto de carácter legislativo como de asistencia técnica, con una serie de organizaciones, entre ellas el Banco Mundial, El Fondo Monetario Internacional (FMI) el Mercado Común del África Meridional y Oriental, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo, la Organización de los Estados Americanos (OEA) y Unidroit. La Comisión observó que la labor implicaba

[44] Ibíd., párr. 114.

a menudo la realización de viajes para asistir a las reuniones de esas organizaciones y egresos de fondos asignados para viajes oficiales. La Comisión reiteró la importancia de la labor de coordinación que estaba realizando la CNUDMI en su carácter de órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional y apoyó la utilización de fondos para viajes con ese fin.

B. Régimen de la insolvencia

1. Labor futura en materia de régimen de la insolvencia

209. La Comisión tuvo ante sí una serie de propuestas, sobre las que escuchó exposiciones, con respecto a la labor futura en materia de régimen de la insolvencia (A/CN.9/582 y Add.1 a 7), concretamente sobre el tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia, protocolos de insolvencia transfronterizos en casos transnacionales, financiación posterior a la apertura de un procedimiento de insolvencia en procesos de reorganización de una empresa de ámbito internacional, responsabilidades y obligaciones de los consejeros y altos cargos de la empresa en casos de insolvencia y preinsolvencia, y fraude comercial e insolvencia. La Comisión recordó que varios de esos temas se habían planteado en el contexto de la elaboración de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*[45], pero que su tratamiento en la *Guía Legislativa* se limitaba o bien a una breve introducción, como en el caso del tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia, o bien al régimen interno de la insolvencia, como en el caso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento. Se reconoció que la labor futura que se emprendiera sobre esos dos temas se basaría en la que ya había realizado la Comisión, y la complementaría. Del mismo modo, la Comisión convino en que la propuesta sobre los protocolos de insolvencia transfronterizos se relacionaba estrechamente con la promoción y la utilización de un texto ya aprobado por ella, la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, y lo complementaba. Se recordó también que la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) estaba realizando un estudio sobre el fraude comercial en cooperación con la secretaría de la CNUDMI y que además de cuestiones relacionadas con el derecho penal, esa labor incluía aspectos de derecho civil que serían pertinentes para el régimen de la insolvencia. La Comisión estimó que toda labor futura sobre el fraude comercial en la esfera del régimen de la insolvencia debería coordinarse con los resultados de ese estudio (véase el párrafo 218, *infra*). La Comisión observó que si bien el tema de la responsabilidad de los consejeros y altos cargos de una empresa era importante, podría entrañar cuestiones de derecho penal que no quedaban comprendidas en el mandato de la Comisión o cuestiones para las cuales tal vez resultara difícil encontrar soluciones armonizadas. Por esas razones, ese tema tal vez no se prestaría tanto como otros para una labor futura desde una perspectiva actual.

210. Tras un debate, se expresó cierta preferencia por los temas de los grupos de sociedades mercantiles, los protocolos transfronterizos y la financiación posterior a la apertura de un procedimiento de insolvencia, y la Comisión convino en que, para

---

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

facilitar el ulterior examen y recabar las opiniones y los servicios periciales de organizaciones internacionales y de expertos de renombre en materia de insolvencia, debería celebrarse un coloquio internacional, similar al Coloquio Mundial sobre la Insolvencia CNUDMI-INSOL International-Asociación Internacional de Abogados (Viena, 4 a 6 de diciembre de 2000), que había sido un factor fundamental para la elaboración de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* (véase A/CN.9/495). La Comisión convino en que al preparar el programa de ese coloquio, que se celebraría en Viena del 14 al 16 de noviembre de 2005, la Secretaría debería tener en cuenta las deliberaciones de la Comisión en materia de determinación de prioridades.

2. Coordinación con el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional

211. La Comisión recordó que, en la decisión adoptada su 37º período de sesiones por la que aprobó la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, había confirmado su intención de proseguir su labor de coordinación y cooperación con el Banco Mundial y el FMI para facilitar la preparación de una norma internacional unificada en materia de insolvencia[46]. Esa norma se estaba preparando en el contexto de la iniciativa conjunta del Banco Mundial y el FMI sobre los códigos y normas (Informes sobre la observancia de los códigos y normas, (ROSC), y el régimen de la insolvencia era una de las 12 esferas que se habían considerado útiles para la labor operacional del Banco Mundial y el FMI, y con respecto a la cual se estaban realizando y se seguirían llevando a cabo evaluaciones de normas. Esas evaluaciones estaban destinadas a valorar las prácticas institucionales de un país en comparación con normas internacionalmente reconocidas y, si procedía, proporcionar recomendaciones para su mejoramiento. Se realizaban sobre una base voluntaria y a solicitud del país interesado, y los resultados eran confidenciales a menos que el país accediera a la publicación de un resumen ejecutivo. La norma uniforme se basaría en un marco que incluiría tanto los Principios y líneas rectoras del Banco Mundial para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores y la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* como textos independientes. No estaba previsto que ambos se refundieran en una sola publicación.

212. Se informó a la Comisión de que funcionarios del Banco Mundial y del FMI recomendarían a sus respectivos directorios ejecutivos que reconocieran esos documentos como norma unificada para los regímenes de insolvencia y aplicables a los derechos de los acreedores, que se utilizaría en la labor operacional de ambas instituciones. El reconocimiento por los dos directorios ejecutivos permitiría que las evaluaciones de ROSC se realizaran sobre la base de la norma unificada para los regímenes de insolvencia y aplicables a los derechos de los acreedores. La norma unificada constituye la base de un documento sobre metodología que se está elaborando en el Banco Mundial, en coordinación con el FMI y la CNUDMI, dentro de los parámetros de la iniciativa conjunta del Banco Mundial y del FMI sobre códigos y normas.

---

[46] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 55.

C. Comercio electrónico

213. La Comisión consideró la posibilidad de emprender una labor futura en la esfera del comercio electrónico basándose en una nota presentada por la Secretaría en cumplimiento del mandato de la Comisión de coordinar las iniciativas internacionales para la armonización de la legislación en el ámbito del derecho mercantil internacional, nota en que la Secretaría resumió la labor realizada por otras organizaciones en diversas esferas relacionadas con el comercio electrónico (A/CN.9/579). Se señaló que la diversidad de cuestiones que abordaban en la actualidad distintas organizaciones eran una indicación de la variedad de elementos necesarios para instaurar un marco jurídico favorable al comercio electrónico. Las Leyes Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y las firmas electrónicas, así como el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, que la Comisión había aprobado en su presente período de sesiones, (véase el párrafo 166 *supra*) constituían una buena base para que los Estados facilitaran el comercio electrónico, pero sólo abordaban un número limitado de cuestiones. Se necesitaba hacer mucho más para aumentar la confianza y la fe en el comercio electrónico, por ejemplo normas apropiadas sobre la protección del consumidor y la vida privada, el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas y los métodos de autenticación, medidas para combatir los delitos informáticos y la ciberdelincuencia, seguridad de las redes e infraestructura fundamental para el comercio electrónico, y protección de los derechos de propiedad intelectual en relación con el comercio electrónico, entre otros aspectos. En la actualidad no existía ningún documento internacional que impartiera orientación y al que pudieran remitirse con carácter universal los legisladores y los encargados de definir las políticas aplicables al comercio electrónico si buscaban asesoramiento sobre esos diversos aspectos. La labor de unos y otros, en particular en los países en desarrollo, podría facilitarse mucho si se preparara dicho documento general de referencia.

214. La Comisión acogió con beneplácito la información suministrada en la nota de la Secretaría y confirmó la utilidad de esta visión panorámica multisectorial de las actividades, desde la perspectiva tanto de su labor de coordinación como del servicio de información que cabría prestar a los Estados Miembros. Hubo acuerdo general en que sería útil que la Secretaría preparase un estudio más detallado, en cooperación y consulta con las demás organizaciones internacionales interesadas, para someterlo al examen de la Comisión en su 39º período de sesiones, en 2006. Este panorama detallado, que podría contener propuestas sobre la forma y naturaleza del documento de consulta que se previera elaborar, sería útil para que la Comisión pudiera examinar posibles ámbitos en los que emprender iniciativas legislativas en el futuro, así como los campos en que los legisladores y los responsables de adoptar las políticas pudieran aprovechar una información global, que no debería adoptar necesariamente la forma de orientaciones legislativas concretas. Al examinar esta cuestión, la Comisión debía tener presente la necesidad de velar por que se tomaran medidas apropiadas de coordinación y consulta con otras organizaciones, y de evitar duplicaciones o redundancias de actividades. Además, se indicó que esa visión panorámica debía facilitar más detalles sobre la labor de algunas organizaciones regionales que los suministrados en la nota de la Secretaría.

215. Por lo que atañe a la gama de cuestiones que procede considerar en esa panorámica detallada, se propusieron los temas siguientes: la transferencia de derechos sobre bienes corporales u otros derechos mediante comunicaciones electrónicas, los derechos de propiedad intelectual, la seguridad de la información, el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas, la facturación electrónica y la solución de controversias en línea. Además, se señalaron a la atención de la Comisión las recomendaciones sobre la labor futura que había formulado el Grupo de Trabajo (véase el documento A/CN.9/571, párr. 12). Se convino en que se debían examinar también en el contexto del panorama detallado que ha de preparar la Secretaría, por cuanto algunas de ellas no quedarían reflejadas en las notas explicativas de la convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, (véase el párrafo 165 *supra*) ni en otras labores de información realizadas por la Secretaría, por ejemplo acerca de la supervisión de la aplicación de las Leyes Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y las firmas electrónicas, o la recopilación de resoluciones judiciales sobre las cuestiones abordadas en dichas Leyes Modelo.

D. Fraude comercial

216. La Comisión recordó el examen que había hecho de este tema en sus períodos de sesiones 35º a 37º, celebrados entre 2002 y 2004, respectivamente[47]. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión había estado de acuerdo en la conveniencia de que, cuando procediera, se estudiaran ejemplos de fraude comercial en el contexto particular de proyectos que estuvieran a su cargo a fin de que los delegados que se ocuparan de esos proyectos pudieran tener en cuenta ese problema en sus deliberaciones. Además, convino en la utilidad de preparar listas de los manejos o rasgos distintivos que tipificaban a las operaciones fraudulentas más comunes, que resultarían muy instructivas para los participantes en el comercio internacional y demás entidades que pudieran ser blanco de las estratagemas de fraude, en la medida en que les ayudarían a protegerse y a evitar los consiguientes perjuicios. Si bien no se propuso que la propia Comisión o sus grupos de trabajo intergubernamentales se ocuparan directamente del asunto, se convino en que la secretaría tuviera a la Comisión al corriente de esa actividad[48].

217. Al respecto, se señaló a la atención de la Comisión la resolución 2004/26 del Consejo Económico y Social, de 21 de julio de 2004, titulada "Cooperación internacional en materia de prevención e investigación del fraude, la falsificación de identidad y su uso indebido con fines delictivos y los delitos conexos y enjuiciamiento y castigo de sus autores", en la que el Consejo pidió al Secretario General que convocara un grupo intergubernamental de expertos para preparar un estudio sobre el fraude y la falsificación de la identidad y su uso indebido con fines delictivos y, sobre la base de ese estudio, para elaborar prácticas o directrices útiles

---

[47] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), párrs. 279 a 290; Ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párrs. 234 a 241; e Ibíd., *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párrs. 110 a 112.

[48] Ibíd., *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párrs. 110 a 112.

u otro material, teniendo en cuenta, en particular, la labor conexa de la CNUDMI, y recomendó al Secretario General que designara a la ONUDD para actuar como secretaría del grupo intergubernamental de expertos, en consulta con la secretaría de la CNUDMI.

218. En su 38º período de sesiones la Comisión escuchó un informe verbal de la Secretaría acerca de los resultados de la reunión del grupo intergubernamental de expertos organizada por la ONUDD y celebrada los días 17 y 18 de marzo de 2005, resultados que se presentaron a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en su 14º período de sesiones, (Viena, 23 a 27 de mayo de 2005; véase E/CN.15/2005/11). Se informó a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de que los participantes en la reunión del grupo de expertos habían señalado que el fraude era un problema grave para sus gobiernos y que estaba aumentando rápidamente, tanto en lo que respecta a la variedad de fraudes que se cometían como a su alcance geográfico y a su diversidad, debido, en parte, a ciertos avances de la tecnología. Los participantes habían convenido en que debía emprenderse un estudio del problema sobre la base de la información recibida de los Estados Miembros en respuesta a un cuestionario sobre el fraude y la falsificación de la identidad (fraude de identidad) y su uso indebido con fines delictivos que había de distribuir la ONUDD. Se informó a la Comisión de que su secretaría había participado en la reunión del grupo de expertos y que el grupo había tomado nota de la intención de la secretaría de la CNUDMI de prestar asistencia a la ONUDD en la preparación del estudio y en la redacción y difusión del cuestionario.

219. La Comisión tomó nota de la resolución del Consejo Económico y Social y estuvo de acuerdo en que su secretaría colaborara en el proyecto de la ONUDD. Se opinó que el tema del fraude tenía facetas mercantiles y penales que justificaban la cooperación de la secretaría de la CNUDMI con la ONUDD, ya que eso permitiría tratar el asunto de manera más acertada, particularmente ante la sugerencia de que las actividades fraudulentas podrían sacar ventaja de toda brecha que hubiera entre la respuesta mercantil y la respuesta penal que se diera a este delito. Sin embargo, como se había señalado en período de sesiones anteriores, varias delegaciones subrayaron que, habida cuenta del mandato de la Comisión en materia de armonización del derecho mercantil y profundización de los conocimientos especializados en ese ámbito, la labor pertinente debía mantenerse dentro de los parámetros del fraude comercial y no derivar hacia cuestiones de derecho penal, especialmente porque había muchas entidades internacionales que se ocupaban de la respuesta penal y policial a la delincuencia comercial. Otra opinión fue la de que los aspectos civiles o mercantiles del fraude comercial solían ser ignorados en la labor habitual de otros órganos internacionales. Se sugirió que el fraude comercial siguiera figurando como tema eventual de alguna futura tarea, a reserva de los resultados del estudio de la ONUDD y de las decisiones futuras de la Comisión al respecto.

220. En respuesta a una pregunta, se aclaró que en el coloquio sobre la insolvencia previsto para noviembre de 2005 (véase el párrafo 210 *supra*) se podría examinar el fraude comercial en el marco de la insolvencia, si bien únicamente en lo que concierne a la búsqueda de una respuesta legal contra las prácticas fraudulentas en supuestos de insolvencia, y no para alcanzar los objetivos de índole educativa y preventiva propios de una respuesta más general contra el fraude comercial.

La Comisión reiteró el mandato encomendado a su secretaría de que, dentro de los límites de los recursos existentes y en función de las necesidades operacionales, iniciara la preparación de una lista de los manejos o rasgos distintivos que tipificaban a las operaciones fraudulentas más comunes (véase el párrafo 216, *supra*) y pidió a su secretaría que estudiara la mejor manera de coordinar esa labor con la preparación del estudio encomendado por la ONUDD al grupo intergubernamental de expertos.

E. Informes de otras organizaciones internacionales

1. Consejo de Europa

221. La Comisión oyó una declaración efectuada en nombre del Consejo de Europa acerca de la Convención sobre el delito cibernético (Budapest, 2001)[49], que entró en vigor el 1º de julio de 2004. Se informó a la Comisión de que la Convención obligaba a sus Estados a introducir en sus ordenamientos jurídicos un concepto armonizado del delito informático, a establecer ciertos procedimientos armonizados de instrucción de la causa y procesamiento, a crear medios institucionales que permitan a los órganos judiciales combatir la delincuencia informática, a introducir las condiciones adecuadas para la cooperación directa entre las instituciones públicas así como entre ellas y las entidades del sector privado, implantar regímenes eficaces de asistencia judicial que permitan la cooperación transfronteriza directa, y crear un sistema intergubernamental de intervención urgente.

222. Se subrayó que la Convención sobre el delito cibernético no se limitaba al continente europeo; en su negociación había participado una serie de Estados no europeos y, además de ser firmada por 31 Estados miembros del Consejo de Europa, la habían suscrito Estados no miembros como el Canadá, los Estados Unidos, el Japón y Sudáfrica.

223. Tras señalarse que se habían aprobado declaraciones en apoyo de dicha Convención en varias organizaciones tales como la Asociación de Cooperación Económica en Asia y el Pacífico, el Commonwealth y la Organización de los Estados Americanos, y reiteradas en una Cumbre del Grupo de los Ocho, y tras recordar que dicha Convención constituía un complemento valioso del proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, se indicó en nombre del Consejo de Europa que la Comisión podría considerar oportuno sumarse a la iniciativa destinada a alentar a los Estados a adherirse a la Convención o a adoptar sus principios en su derecho interno aplicable.

224. La Comisión, tras agradecer al representante del Consejo de Europa su presentación de la Convención sobre el delito cibernético, recordó su plan de examinar en su próximo período de sesiones una propuesta referente a un documento coordinado de consulta legislativa sobre el comercio electrónico (véanse los párrafos 214 y 215, *supra*), y convino en que sería útil incluir en ese contexto la Convención en vista de la creciente vulnerabilidad del comercio internacional a la utilización abusiva o fraudulenta de la tecnología de Internet, y del potencial que

---

[49] Disponible en http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm.

entraña esa Convención para dotar a los Estados y al sector privado de medios útiles para combatir la ciberdelincuencia.

2. Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial

225. La Comisión oyó una declaración efectuada en nombre del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial sobre la importancia del apoyo judicial prestado al procedimiento arbitral, así como de las actividades emprendidas por el Consejo para prestar, por su parte, asistencia técnica a los jueces a este respecto. Se informó a la Comisión de que el Consejo estaba dispuesto a ayudar y cooperar con la CNUDMI en este campo de la asistencia técnica, incluso con la preparación de documentación que pudiera utilizarse para facilitar esa asistencia.

3. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

226. La Comisión oyó una declaración, efectuada en nombre de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en la que se dio cuenta de los progresos realizados en varios proyectos, en particular:

a) La conclusión de una conferencia diplomática en junio de 2005 junto con la aprobación de un nuevo convenio sobre los acuerdos de elección del foro[50], (se publicará un informe explicativo más adelante en 2005);

b) Un foro internacional, celebrado en mayo de 2005, sobre la notarización electrónica y las apostillas electrónicas, en particular con respecto a la aplicación del Convenio por el que se suprime el requisito de legalización de documentos públicos extranjeros (La Haya, 1961)[51]; y

c) Una conferencia, celebrada en octubre de 2004, sobre la influencia práctica recíproca de los instrumentos vigentes en derecho mercantil internacional y la solución de controversias con respecto a las operaciones electrónicas, cuyas actas se publicarán en 2005.

227. También se informó a la Comisión de que el Paraguay había pasado a ser miembro de la Conferencia de La Haya y de que el Estatuto de dicha conferencia[52] se había enmendado a fin de permitir la admisión de organizaciones de integración económica como miembros[53].

4. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

228. El Secretario General del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) informó sobre los progresos realizados en una serie de distintos proyectos, en particular:

---

[50] Disponible en http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98.

[51] Disponible en http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=41.

[52] Entró en vigor el 15 de julio de 1955. El texto está disponible en http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=29.

[53] Véase información acerca de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en http://www.hcch.net/index_en.php?act=home.splash.

a) La entrada en vigor prevista, dentro de unos pocos meses, del Protocolo del Convenio de la Ciudad del Cabo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico (Ciudad del Cabo, 2001)[54] así como la instauración, en la Organización de Aviación Civil Internacional, de la función de registro conforme a ese Convenio;

b) La propuesta de convocar en 2006 una conferencia diplomática sobre el segundo protocolo del Convenio de la Ciudad del Cabo, relativo a la financiación de material ferroviario rodante, la negociación en curso del tercer protocolo, relativo a bienes espaciales, y otras propuestas referentes a protocolos adicionales sobre equipo agrícola, de construcción y de minería;

c) La adición, en 2004, de seis capítulos de los Principios uniformes sobre los contratos comerciales internacionales[55] y propuestas de nuevas adiciones;

d) La aprobación en 2004 de los Principios fundamentales del procedimiento civil transnacional[56];

e) La negociación en curso de un proyecto de convenio sobre un régimen sustantivo de los valores bursátiles que obran en poder de intermediarios;

f) Elaboración de un régimen uniforme de los contratos destinado a los Estados Parte en el Tratado sobre la armonización de la legislación empresarial en África[57];

g) Planificación de proyectos futuros sobre una guía legislativa del régimen de los mercados de capitales y una ley modelo del arrendamiento financiero internacional, como seguimiento del Convenio sobre el arriendo financiero internacional (Ottawa, 1988)[58].

229. Se informó a la Comisión de que Unidroit solicitaría, en una fecha futura, el respaldo de la Comisión a los Principios sobre los contratos comerciales internacionales[59].

5. Fondo Monetario Internacional

230. La Comisión oyó una declaración formulada en nombre del Fondo Monetario Internacional acerca de la coordinación de su labor de índole jurídica, en particular de asistencia técnica, con otras organizaciones. Se señaló que la asistencia técnica se prestaba en general a petición de los Estados y que la demanda de asistencia sobrepasaba en general la capacidad de concederla. La mayor parte de esta

---

[54] Disponible en http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm.

[55] Disponible en http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm.

[56] Disponible en http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm.

[57] Disponible en http://www.ohada.com/traite.php?categorie=10.

[58] *Acts and Proceedings of the Diplomatic Conference for the adoption of the draft UNIDROIT Conventions on Internacional Factoring and Internacional Financial Leasing, Ottawa, 9-28 May 1988,* vol. I (Roma, Unidroit, 1991 a 1992) (también disponible en http://www.unidroit.org/english/conventions/1988leasing/main.htm).

[59] Véase información acerca de la labor del Unidroit, en http://www.unidroit.org.

asistencia se destinaba a ayudar a los Estados que hubieran emprendido alguna reforma al servicio de su desarrollo económico y de su estabilidad financiera, particularmente en lo concerniente a los bancos centrales y la reglamentación de su banca, y en cuestiones fiscales, de lucha contra el blanqueo de dinero y de financiación del terrorismo, y concerniente al régimen aplicable a los derechos de los acreedores, especialmente en casos de insolvencia y de operaciones garantizadas, o a la ejecutoriedad de los créditos financieros, así como a la buena gestión de las instituciones públicas. La asistencia técnica iba dirigida en general a la preparación de leyes y reglamentos, la celebración de seminarios y actividades de capacitación de letrados y jueces, y la formulación de buenas prácticas y normas óptimas internacionales, como la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*. La ejecución del programa de asistencia técnica del Fondo se hacía en coordinación con otras organizaciones activas en esos terrenos.

F. Congreso de 2007

231. La Comisión aprobó el plan de celebrar en Viena, en 2007, con ocasión de su 40º período de sesiones anual un congreso similar al Congreso sobre un Derecho mercantil uniforme para el siglo XXI (Nueva York, 18 a 22 de mayo de 1992)[60]. La Comisión tiene previsto que el futuro congreso examine los resultados del programa de actividades de la CNUDMI hasta la fecha, así como de la labor conexa de otras organizaciones activas en la esfera del derecho mercantil internacional), y sirva además para evaluar los programas de trabajo en curso, y para estudiar y evaluar los temas considerados para su futura labor.

XIV. Otros asuntos

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

232. Se tomó nota de que el Instituto de Derecho Comercial Internacional de la Facultad de Derecho de Pace University en White Plains (Nueva York) había organizado el 12º Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis en Viena del 18 al 24 de marzo de 2005. 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 12º Concurso se habían basado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional[61], la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI y la Convención de Nueva York. Participaron en el 12º Concurso unos 151 equipos de facultades de derecho de 46 países. El mejor equipo en la presentación verbal de su defensa (alegato verbal) fue el de Stetson University en Florida, seguido por el de la Universidad de Viena (Austria). La Comisión tomó nota de que su secretaría había organizado también conferencias relacionadas con su

---

[60] Véanse las actas del Congreso, en A/CN.9/SER.D/1; publicadas asimismo como publicación de las Naciones Unidas (núm. de venta S.94.V.14).

[61] Disponible en http://www.swissarbitration.ch/rules.php.

labor coincidiendo con el período en que había tenido lugar el Concurso. Se tomó nota de que el 13º Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis se celebraría en Viena del 7 al 13 de abril de 2006.

233. La Comisión escuchó un informe sobre la historia, la evolución y las características del Concurso. Se formularon declaraciones en las que se puso de relieve la importancia del Concurso como medio para dar a conocer la labor de la CNUDMI y sus textos de derecho legal uniformes entre los estudiantes de derecho, en particular en las esferas del derecho de los contratos y el arbitraje. La Comisión tomó nota del impacto positivo del Concurso en los estudiantes y en los profesores de derecho, así como en los profesionales de la abogacía de todo el mundo. Se estimó en general que el Concurso anual, con sus abundantes concursos verbales y escritos y su amplia participación internacional, constituía una excelente oportunidad para difundir información sobre la CNUDMI y sus textos de índole legal, así como para la enseñanza del derecho mercantil internacional. Se sugirió que la información acerca del Concurso se difundiera más ampliamente en las facultades de derecho y en las universidades y que el Concurso se considerara como una parte importante del programa de asistencia técnica de la CNUDMI.

234. La Comisión expresó su agradecimiento a los organizadores y a los patrocinadores del Concurso por los esfuerzos realizados para que éste culminara con éxito, y manifestó su esperanza en el sentido de que el alcance internacional y el impacto positivo del Concurso siguieran aumentando. Se agradeció especialmente al Sr. Eric E. Bergsten, antiguo Secretario de la Comisión, la organización y dirección del Concurso desde su creación en 1993-1994.

B. Fuentes de información de la CNUDMI

235. La Secretaría presentó a la Comisión un nuevo sitio de la CNUDMI en Internet (www.uncitral.org) lanzado en junio de 2005. La Comisión acogió con beneplácito del nuevo sitio web de la CNUDMI y tomó nota con agrado de la amplia aplicación del principio del plurilingüismo en dicho sitio, así como de su mayor funcionalidad, que facilitaba aún más el acceso de los delegados a los documentos. La Comisión estimó que el sitio web de la CNUDMI era un componente importante del programa general de actividades de información, capacitación y asistencia técnica de la Comisión, y alentó a la Secretaría a seguir manteniendo y perfeccionando dicho sitio de conformidad con las directrices vigentes.

C. Bibliografía

236. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la bibliografía de obras recientemente publicadas relativas a su labor (A/CN.9/581). 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 las autoridades competentes, a las instituciones académicas y a otras entidades que editaran esas obras, así como a sus autores, que enviaran a su secretaría ejemplares de las publicaciones pertinentes.

XV. Lugar y fecha de futuras reuniones

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

237. La Comisión recordó que, en su 36º período de sesiones, había convenido en que: a) los grupos de trabajo se reunieran normalmente dos veces al año en períodos de sesiones de una semana; b) de ser necesario, el tiempo no utilizado por algún grupo de trabajo pudiera asignarse a otro grupo de trabajo, siempre que con ello no se sobrepasara el límite total de 12 semanas anuales de servicios de conferencias para los períodos de sesiones de los seis grupos de trabajo de la Comisión; y c) en caso de que un grupo de trabajo solicitara tiempo suplementario con el que se rebasara el límite de las 12 semanas, la Comisión debería examinar la propuesta y el grupo de trabajo interesado habría de aducir razones por las que fuera necesario modificar la estructura de las reuniones[62].

238. En su 38º período de sesiones, y por las razones ya señaladas por la Comisión en su 36º período de sesiones[63], la Comisión decidió acceder de nuevo a la solicitud del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) de celebrar períodos de sesiones de dos semanas de duración, utilizando para ello el tiempo que tenía asignado el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico), para el cual no se habían previsto reuniones durante el segundo semestre de 2005 ni en 2006. Además, la Comisión señaló que el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) no tenía previsto reunirse antes del 39º período de sesiones de la Comisión. Por consiguiente, la semana del 1º al 5 de mayo de 2006, que este Grupo tenía reservada, podría asignarse a otro grupo de trabajo que tal vez precisara prorrogar su período de sesiones o celebrar otro suplementario.

B. 39º período de sesiones de la Comisión

239. La Comisión aprobó la celebración de su 39º período de sesiones en Nueva York, del 19 de junio al 7 de julio de 2006. Cabe la posibilidad de que se reduzca la duración de este período de sesiones si resulta aconsejable que la Comisión se reúna durante menos tiempo habida cuenta de los proyectos de texto que le presenten los diversos grupos de trabajo.

C. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo que se celebrarán antes del 39º período de sesiones de la Comisión

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

a) El Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) celebrará su octavo período de sesiones en Viena del 7 al 11 de noviembre de 2005, y su noveno período de sesiones tendrá lugar en Nueva York del 24 al 28 de abril de 2006;

---

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

[63] Ibíd., párr. 272.

b) El Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) celebrará su 43º período de sesiones en Viena del 3 al 7 de octubre de 2005, y su 44º período de sesiones tendrá lugar en Nueva York del 23 al 27 de enero de 2006;

c) El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) celebrará su 16º período de sesiones en Viena del 28 de noviembre al 9 de diciembre de 2005, y su 17º período de sesiones tendrá lugar en Nueva York del 3 al 13 de abril de 2006 (las Naciones Unidas estarán cerradas el 14 de abril);

d) Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico). No se prevé ningún período de sesiones para este Grupo de Trabajo;

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

f) El Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) celebrará su octavo período de sesiones en Viena del 5 al 9 de septiembre de 2005, y su noveno período de sesiones tendrá lugar en Nueva York del 30 de enero al 3 de febrero de 2006.

D. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo que se celebrarán en 2006, después del 39º período de sesiones de la Comisión

241. La Comisión señaló que se habían adoptado un calendario provisional para las reuniones que los grupos de trabajo celebrarían en 2006 después del 39º período de sesiones de la Comisión (ese calendario estaba sujeto a que la Comisión lo aprobara en dicho período de sesiones). Las fechas propuestas eran las siguientes:

a) El Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) celebraría su décimo período de sesiones en Viena del 4 al 8 de diciembre de 2006;

b) El Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) celebraría su 45º período de sesiones en Viena del 11 al 15 de septiembre de 2006;

c) El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) celebraría su 18º período de sesiones en Viena del 6 al 17 de noviembre de 2006;

d) Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico). No se prevén períodos de sesiones para este Grupo;

e) El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) celebraría su 31º período de sesiones en Viena del 11 al 15 de diciembre de 2006;

f) El Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) celebraría su décimo período de sesiones en Viena del 18 al 22 de septiembre de 2006.

ANEXOS

Los anexos I y II del informe de la CNUDMI sobre su 38º período de sesiones se reproducen en el 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 52º período de sesiones

(TD/B/52/10 Vol. I)

Desarrollo progresivo del derecho mercantil internacional: 38º informe anual de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

En su 975ª sesión plenaria, celebrada el 13 de octubre de 2005, la Junta tomó nota del informe de la CNUDMI sobre su 38º período de sesiones (A/60/17).

C. Asamblea General: Informe de Sexta Comisión sobre el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acerca de la labor realizada en su 38° período de sesiones (A/60/515)

Relatora: Sra. Shermain **Jeremy** (Antigua y Barbuda)

I. Introducción

1. En su 17ª sesión plenaria, celebrada el 20 de septiembre de 2005, la Asamblea General, por recomendación de la Mesa, decidió incluir en el programa de su sexagésimo 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 38° período de sesiones" y asignarlo a la Sexta Comisión.

2. La Sexta Comisión examinó el tema en sus sesiones primera, segunda, décima y 14ª, celebradas los días 3, 4, 21 y 26 de octubre de 2005. Las declaraciones formuladas en el curso del examen del tema constan en las actas resumidas correspondientes (A/C.6/60(SR.1, 2, 10 y 14).

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 38° período de sesiones[1].

4. En la primera sesión, celebrada el 3 de octubre, el Presidente de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 38° 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.6/60/L.7

5. En la décima sesión, celebrada el 21 de octubre, el representante de Austria presentó, en nombre de Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Azerbaiyán, Belarús, Bélgica, Belice, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Etiopía, ex República Yugoslava de Macedonia, Federación de Rusia, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Haití, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Irlanda, Israel, Italia, Japón, Jordania, Kenya, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Malasia, Marruecos, México, Mongolia, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, República Democrática del Congo, Rumania, Serbia y Montenegro, Sierra Leona, Singapur, Sri Lanka,

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/60/17).

Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Trinidad y Tabago, Túnez, Turquía, Ucrania, Uganda y Uruguay a los que después se unieron Bolivia, Gambia, Letonia y la República Dominicana, un proyecto de resolución titulado "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 38° período de sesiones" (A/C.6/60/L.7).

6. En la 14ª sesión, celebrada el 26 de octubre, la Comisión aprobó el proyecto de resolución A/C.6/60/L.7 sin proceder a votación (véase el párrafo 10, proyecto de resolución I).

B. Proyecto de resolución A/C.6/60/L.8

7. En la 10ª sesión, celebrada el 21 de octubre, el Presidente de la Comisión presentó un proyecto de resolución titulado "Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales" (A/C.6/60/L.8).

8. En la 14ª sesión, celebrada el 26 de octubre, la Comisión aprobó el proyecto de resolución A/C.6/60/L.8 sin proceder a votación (véase el párrafo 10, proyecto de resolución II).

9. Después de aprobado el proyecto de resolución, el representante de Francia intervino para explicar la posición de su país (véase A/C.6/60/SR.14).

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 fueron adoptados por la Asamblea General, con cambios de redacción, como resoluciones 60/20 y 60/21 (véase la sección D *infra*)]

D. Resoluciones 60/20 y 60/21 de la Asamblea General, de 23 de noviembre de 2005

Resoluciones adoptadas por la Asamblea General, sobre el informe de la Sexta Comisión (A/60/515)

60/20. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 38° 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 38° 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] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/60/17).

1. *Toma nota con reconocimiento* del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 38° período de sesiones[1];

2. *Encomia* a la Comisión por haber completado y aprobado el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales[2];

3. *Encomia también* a la Comisión por los avances realizados en la labor relativa a una revisión de su Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios[3], a disposiciones legislativas modelo sobre medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional, a un proyecto de instrumento sobre el derecho del transporte, y a un proyecto de guía legislativa sobre operaciones garantizadas;

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 la Comisión de asistencia técnica en materia de reforma y desarrollo del 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 asistencia técnica;

b) Expresa su reconocimiento a la Comisión por las actividades de asistencia técnica llevadas a cabo en Azerbaiyán, Brasil, China, Etiopía (para el Mercado Común para el África Oriental y Meridional), Serbia y Montenegro, Eslovenia, Sudáfrica (para la Asociación de Organismos de Reforma Legislativa de África Oriental y Meridional), y Tailandia;

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 asistencia técnica, en particular en países en desarrollo;

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

---

[2] Ibíd., cap. III y anexo I.

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

programa de asistencia técnica 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 36º 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[4], 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 sexagésimo 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* que la responsabilidad por la labor de la Comisión recae en las reuniones de la Comisión y sus grupos de trabajo intergubernamentales y subraya a este respecto que debe proporcionarse información sobre las reuniones de expertos, que aportan una contribución decisiva a la labor de la Comisión;

9. *Recuerda también* 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, alienta a la Comisión 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 asistencia técnica, de conformidad con los principios y las directrices aplicables y en cooperación y coordinación con otras oficinas competentes de la Secretaría, incluida la Oficina del Pacto Mundial;

10. *Reitera su solicitud* de que el Secretario General, de conformidad con las resoluciones de la Asamblea General que se refieren a cuestiones relativas a la documentación[6] 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, 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;

11. *Pide* al Secretario General que se sigan levantando actas resumidas de las sesiones de la Comisión dedicadas a la formulación de instrumentos normativos;

12. *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

---

[4] Resolución 48/32, párr. 5.
[5] Resoluciones 55/215, 56/76 y 58/129.
[6] Resoluciones 52/214, secc. B, 57/283 B, secc. III, y 58/250, secc. III.

que aún no lo hayan hecho a que consideren la posibilidad de firmar o ratificar esas convenciones o de adherirse a ellas;

13. *Toma nota con reconocimiento* de la preparación de un compendio de jurisprudencia relativa a los instrumentos de la Comisión, en particular un compendio jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías[7], y un compendio de jurisprudencia relativa a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional[8], que facilitará la difusión de información sobre esos instrumentos y promoverá su adopción, utilización e interpretación uniforme;

14. *Acoge complacida* la decisión de la Comisión de celebrar en Viena, en el contexto de su 40° período de sesiones, que tendrá lugar en 2007, un congreso sobre el derecho mercantil internacional, con el fin de examinar los resultados de la labor realizada por la Comisión en el pasado y la labor conexa de otras organizaciones que realizan actividades en materia de derecho mercantil internacional, evaluar los programas de trabajo actuales y considerar posibles temas y campos para la labor en el futuro, y reconoce la importancia de celebrar un congreso de ese tipo para la coordinación y promoción de actividades encaminadas a modernizar y armonizar el derecho mercantil internacional;

15. *Observa* que en 2006 se conmemorará el trigésimo aniversario de la aprobación por la Comisión del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional[9], que se utiliza en todo el mundo para resolver controversias sobre el comercio y las inversiones internacionales, y observa complacida a este respecto las iniciativas que se están adoptando para organizar conferencias y otras reuniones análogas que ofrezcan una tribuna para evaluar la experiencia extraída del Reglamento y examinar su posible revisión;

16. *Recuerda* sus resoluciones en que afirma la importancia que reviste disponer de sitios de las Naciones Unidas en internet de gran calidad, de fácil uso y eficaces en función de los costos y la necesidad del desarrollo, mantenimiento y enriquecimiento multilingües de esos sitios[10], encomia el sitio reestructurado de la Comisión en internet en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y observa con satisfacción la continua labor que realiza la Comisión para mantenerlo y mejorarlo de conformidad con las directrices aplicables.

53ª sesión plenaria
23 de noviembre de 2005

---

[7] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, núm. 25567.

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

[9] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.77.V.6.

[10] Resoluciones 52/214, secc. C, párr. 3, 55/222, secc. III, párr. 12, 56/64 B, secc. X, 57/130 B, secc. X, 58/101 B, secc. V, párrs. 61 a 76, y 59/126 B, secc. V, párrs. 76 a 95.

60/21. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales

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,

Considerando que los problemas creados por la incertidumbre en cuanto al valor jurídico de las comunicaciones electrónicas intercambiadas en el marco de los contratos internacionales constituyen un obstáculo para el comercio internacional,

Convencida de que la adopción de normas uniformes para eliminar los obstáculos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, incluidos los que pudieran derivarse de la aplicación de los instrumentos internacionales vigentes de derecho mercantil, aumentaría la certidumbre jurídica y la previsibilidad comercial de los contratos internacionales y podría ayudar a los Estados a obtener acceso a las rutas comerciales modernas,

Recordando que, en su 34° período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión decidió preparar un instrumento internacional relativo a cuestiones de la contratación electrónica, que debía tener también por finalidad la eliminación de los obstáculos al comercio electrónico en las convenciones y acuerdos comerciales uniformes existentes, y confió a su Grupo de Trabajo IV (comercio electrónico) la preparación de un proyecto[11],

Observando que el Grupo de Trabajo dedicó seis períodos de sesiones, de 2002 a 2004, a la preparación del proyecto de Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales y que la Comisión examinó el proyecto de Convención en su 38° período de sesiones, celebrado en 2005[12],

Consciente de que se invitó a todos los Estados y a todas las organizaciones internacionales interesadas a participar en la preparación del proyecto de Convención en todos los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo y en el 38° período de sesiones de la Comisión, en calidad de miembros o de observadores, con pleno derecho a intervenir o hacer propuestas,

Observando con satisfacción que el texto del proyecto de Convención fue distribuido antes del 38° período de sesiones a todos los gobiernos y organizaciones internacionales invitados a asistir a las sesiones de la Comisión y el Grupo de

---

[11] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y correcciones (A/56/17 y Corr.1 a 3), párr. 291 a 295.

[12] Íbid, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), capítulo III.

Trabajo en calidad de observadores y que las observaciones recibidas fueron presentadas a la Comisión en su 38° período de sesiones[13],

Tomando nota con satisfacción de la decisión adoptada por la Comisión en su 38° período de sesiones de presentar el proyecto de Convención a la Asamblea General para su examen[14],

Tomando nota del proyecto de Convención aprobado por la Comisión[15],

1. *Expresa su agradecimiento* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber preparado el proyecto de Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales[5];

2. *Adopta* la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, cuyo texto figura en el anexo de la presente resolución, y pide al Secretario General que la declare abierta a la firma;

3. *Hace un llamamiento* a todos los gobiernos para que consideren la posibilidad de hacerse partes en la Convención.

53ª sesión plenaria
23 de noviembre de 2005

Anexo
Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales

Los Estados Partes en la presente Convención,

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

Observando que una mayor utilización de comunicaciones electrónicas mejora la eficiencia de las actividades comerciales y los vínculos comerciales y brinda nuevas oportunidades de acceso a partes y mercados anteriormente considerados remotos, con lo cual desempeña un papel fundamental en lo que respecta a promover el comercio y el desarrollo económico en los planos nacional e internacional,

Considerando que los problemas creados por la incertidumbre en cuanto al valor jurídico de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales constituyen un obstáculo para el comercio internacional,

---

[13] A/CN.9/578 y Add.1 a 17.

[14] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento Núm. 17* (A/60/17), párr. 167.

[15] Íbid, anexo I.

Convencidos de que si se adoptaran normas uniformes para eliminar los obstáculos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, incluidos los que deriven de la aplicación de los instrumentos internacionales vigentes de derecho mercantil, aumentaría la certidumbre jurídica y la previsibilidad comercial de los contratos internacionales y se ayudaría a los Estados a obtener acceso a las rutas comerciales modernas,

Estimando que las normas uniformes deben respetar el derecho de las partes de escoger medios y tecnologías apropiados, teniendo en cuenta los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional, siempre y cuando los métodos escogidos por las partes cumplan el propósito de las normas jurídicas pertinentes,

Deseosos de encontrar una solución común para eliminar los obstáculos jurídicos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas de manera aceptable para los Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos,

Han convenido en lo siguiente:

Capítulo I
Esfera de aplicación

Artículo 1
Ámbito de aplicación

1. La presente Convención será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados.

2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en distintos Estados 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, o al concluirse éste.

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

1. La presente Convención no será aplicable a las comunicaciones electrónicas relacionadas con:

a) Contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos;

b) i) Operaciones en un mercado de valores reglamentado; ii) operaciones de cambio de divisas; iii) sistemas de pago interbancarios, acuerdos de pago interbancarios o sistemas de compensación y de liquidación relacionados con valores bursátiles u otros títulos o activos financieros; iv) la transferencia de garantías reales constituidas sobre valores bursátiles u otros títulos o activos financieros que obren en poder de un intermediario y que puedan ser objeto de un acuerdo de venta, de préstamo, de tenencia o de recompra.

2. La presente Convención no será aplicable a las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén, ni a ningún documento o título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero.

Artículo 3
Autonomía de las partes

Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o exceptuar o modificar los efectos de cualquiera de sus disposiciones.

Capítulo II
Disposiciones generales

Artículo 4
Definiciones

A los efectos de la presente Convención:

a) Por "comunicación" se entenderá toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes hayan de hacer o decidan hacer en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato;

b) Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos;

c) Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

d) Por "iniciador" de una comunicación electrónica se entenderá toda parte que haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar una comunicación electrónica antes de ser archivada, si ése es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario a su respecto;

e) Por "destinatario" de una comunicación electrónica se entenderá la parte designada por el iniciador para recibirla, pero que no esté actuando a título de intermediario a su respecto;

f) Por "sistema de información" se entenderá todo sistema que sirva para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma comunicaciones electrónicas;

g) Por "sistema automatizado de mensajes" se entenderá un programa informático o un medio electrónico o algún otro medio automatizado utilizado para iniciar una acción o para responder a operaciones o mensajes de datos, que actúe, total o parcialmente, sin que una persona física haya de intervenir o revisar la actuación cada vez que se inicie una acción o que el sistema genere una respuesta;

h) Por "establecimiento" se entenderá todo lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar.

Artículo 5
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 velar por 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 inspira su régimen o, en su defecto, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Artículo 6
Ubicación de las partes

1. Para los fines de la presente Convención, se presumirá que el establecimiento de una parte está en el lugar por ella indicado, salvo que otra parte demuestre que la parte que hizo esa indicación no tiene establecimiento alguno en ese lugar.

2. Si una parte no ha indicado un establecimiento y tiene más de un establecimiento, su establecimiento a efectos de la presente Convención será el que tenga la relación más estrecha con el contrato pertinente, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o al concluirse éste.

3. Si una persona física no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

4. Un lugar no constituye un establecimiento por el mero hecho de que sea el lugar: a) donde estén ubicados el equipo y la tecnología que sirvan de soporte para el sistema de información utilizado por una de las partes para la formación de un contrato; o b) donde otras partes puedan obtener acceso a dicho sistema de información.

5. El mero hecho de que una parte haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculados a cierto país no crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en dicho país.

Artículo 7
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, incompletas o falsas.

Capítulo III
Utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

Artículo 8
Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas

1. No se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica.

2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención hará que una parte esté obligada a utilizar o a aceptar información en forma de comunicación electrónica, pero su conformidad al respecto podrá inferirse de su conducta.

Artículo 9
Requisitos de forma

1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención obligará a que una comunicación o un contrato tenga que hacerse o probarse de alguna forma particular.

2. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta.

3. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una parte, o prevea consecuencias en el caso de que no se firme, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica:

a) Si se utiliza un método para determinar la identidad de esa parte y para indicar la voluntad que tiene tal parte respecto de la información consignada en la comunicación electrónica; y

b) Si el método empleado:

i) O bien es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive todo acuerdo aplicable; o

ii) Se ha demostrado en la práctica que, por sí solo con el respaldo de otras pruebas, dicho método ha cumplido las funciones enunciadas en el apartado a) *supra*.

4. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato se proporcione o conserve en su forma original, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, ese requisito se tendrá por cumplido respecto de una comunicación electrónica:

a) Si existe alguna garantía fiable de la integridad de la información que contiene a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, en cuanto comunicación electrónica o de otra índole; y

b) Si, en los casos en que se exija proporcionar la información que contiene, ésta puede exhibirse a la persona a la que se ha de proporcionar.

5. Para los fines del apartado a) del párrafo 4:

a) Los criterios para evaluar la integridad de la información consistirán en determinar si se ha mantenido completa y sin alteraciones que no sean la adición de algún endoso o algún cambio sobrevenido en el curso normal de su transmisión, archivo o presentación; y

b) El grado de fiabilidad requerido se determinará teniendo en cuenta la finalidad para la que se generó la información, así como todas las circunstancias del caso.

Artículo 10
Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas

1. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el momento en que salga de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste o, si la comunicación electrónica no ha salido de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste, en el momento en que esa comunicación se reciba.

2. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica que él haya designado. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en otra dirección electrónica del destinatario en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en esa dirección y en el momento en que el destinatario tenga conocimiento de que esa comunicación ha sido enviada a dicha dirección. Se presumirá que una comunicación electrónica puede ser recuperada por el destinatario en el momento en que llegue a la dirección electrónica de éste.

3. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar en que el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar en que el destinatario tenga el suyo, conforme se determine en función de lo dispuesto en el artículo 6.

4. El párrafo 2 del presente artículo será aplicable aun cuando el sistema de información que sirva de soporte a la dirección electrónica esté ubicado en un lugar distinto de aquel en que se tenga por recibida la comunicación en virtud del párrafo 3 del presente artículo.

Artículo 11
Invitaciones para presentar ofertas

Toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de una o más comunicaciones electrónicas que no vaya dirigida a una o varias partes determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda parte que haga uso de sistemas de información, así como toda propuesta que haga uso de aplicaciones interactivas para hacer pedidos a través de dichos sistemas, se considerará una invitación a presentar ofertas, salvo que indique claramente la intención de la parte que presenta la propuesta de quedar obligada por su oferta en caso de que sea aceptada.

Artículo 12
Empleo de sistemas automatizados de mensajes para la formación de un contrato

No se negará validez ni fuerza ejecutoria a un contrato que se haya formado por la interacción entre un sistema automatizado de mensajes y una persona física, o por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes, por la simple razón de que ninguna persona física haya revisado cada uno de los distintos actos realizados a través de los sistemas o el contrato resultante de tales actos ni haya intervenido en ellos.

Artículo 13
Disponibilidad de las condiciones contractuales

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a la aplicación de regla de derecho alguna por la que se obligue a una parte que negocie algunas o todas las condiciones de un contrato mediante el intercambio de comunicaciones electrónicas a poner a disposición de la otra parte contratante, de determinada manera, las comunicaciones electrónicas que contengan las condiciones del contrato, ni eximirá a una parte que no lo haga de las consecuencias jurídicas de no haberlo hecho.

Artículo 14
Error en las comunicaciones electrónicas

1. Cuando una persona física cometa un error al introducir los datos de una comunicación electrónica intercambiada con el sistema automatizado de mensajes de otra parte y dicho sistema no le brinde la oportunidad de corregir el error, esa persona, o la parte en cuyo nombre ésta haya actuado, tendrá derecho a retirar la parte de la comunicación electrónica en que se produjo dicho error, si:

a) La persona, o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona, notifica a la otra parte el error tan pronto como sea posible después de haberse percatado de éste y le indica que lo ha cometido; y si

b) La persona, o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona, no ha utilizado los bienes o servicios ni ha obtenido ningún beneficio material o valor de los bienes o servicios, si los hubiere, que haya recibido de la otra parte.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la aplicación de regla de derecho alguna que regule las consecuencias de un error cometido, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 1.

Capítulo IV
Disposiciones finales

Artículo 15
Depositario

El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario de la presente Convención.

Artículo 16
Firma, ratificación, aceptación o aprobación

1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York del 16 de enero de 2006 al 16 de enero de 2008.

2. La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios.

3. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios desde la fecha en que quede abierta a la firma.

4. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 17
Participación de organizaciones regionales de integración económica

1. Toda organización regional de integración económica que esté constituida por Estados soberanos y que ejerza competencia sobre ciertos asuntos que se rijan por la presente Convención podrá igualmente firmar, ratificar, aceptar o aprobar la presente Convención o adherirse a ésta. La organización regional de integración económica tendrá, en ese caso, los derechos y obligaciones de un Estado Contratante en la medida en que ejerza competencia sobre algún asunto que se rija por la presente Convención. En toda cuestión para la que sea pertinente, en el marco de la presente Convención, el número de Estados Contratantes que intervengan, la organización regional de integración económica no será contabilizable a título adicional respecto de aquellos de sus Estados miembros que sean Estados Contratantes.

2. La organización regional de integración económica deberá hacer, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, una declaración ante el depositario en la que se haga constar los asuntos que se rijan por la presente Convención respecto de los cuales sus Estados miembros hayan transferido su competencia a la organización. La organización regional de integración económica notificará con prontitud al depositario todo cambio en la distribución de las competencias indicada en dicha declaración, mencionando asimismo toda nueva competencia que le haya sido transferida.

3. Toda referencia que se haga en la presente Convención a “Estado Contratante” o “Estados Contratantes” será igualmente aplicable a una organización regional de integración económica, siempre que el contexto así lo requiera.

4. La presente Convención no prevalecerá sobre las normas de ninguna organización regional de integración económica con las que pueda entrar en conflicto y que sean aplicables a partes cuyos respectivos establecimientos se encuentren en Estados miembros de una organización de esa índole, conforme a una declaración formulada con arreglo al artículo 21.

Artículo 18
Aplicación a las unidades territoriales

1. Todo Estado Contratante integrado por dos o más unidades territoriales en las que sea aplicable un régimen jurídico distinto en relación con las materias objeto de la presente Convención podrá declarar en el momento de dar su firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a la presente Convención que ésta será aplicable a todas sus unidades territoriales, o sólo a una o varias de ellas, y podrá en cualquier momento sustituir por otra su declaración original.

2. En esas declaraciones, que deberán notificarse al depositario, se hará constar expresamente a qué unidades territoriales será aplicable la Convención.

3. Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, la presente Convención no se aplica a todas las unidades territoriales de un Estado Contratante, y si el establecimiento de una parte se encuentra en ese Estado, se considerará que ese establecimiento no se halla en un Estado Contratante, a menos que se encuentre en una unidad territorial a la que se haga aplicable la Convención.

4. Si un Estado Contratante no hace ninguna declaración conforme al párrafo 1 del presente artículo, la Convención será aplicable a todas las unidades territoriales de ese Estado.

Artículo 19
Declaraciones sobre el ámbito de aplicación

1. Todo Estado Contratante podrá declarar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21, que sólo aplicará la presente Convención:

a) Cuando los Estados mencionados en el párrafo 1 del artículo 1 sean Estados Contratantes de la presente Convención; o

b) Cuando las partes hayan convenido en que su régimen sea aplicable.

2. Todo Estado Contratante podrá excluir del ámbito de aplicación de la presente Convención todas las materias especificadas en una declaración efectuada de conformidad con el artículo 21.

Artículo 20
Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales

1. Las disposiciones de la presente Convención serán aplicables al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable cualquiera de los siguientes instrumentos internacionales en los que un Estado Contratante de la presente Convención sea o pueda llegar a ser parte:

Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958);

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);

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, 19 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).

2. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán, además, a las comunicaciones electrónicas relativas a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable otra convención, tratado o acuerdo internacional, no mencionado expresamente en el párrafo 1 del presente artículo, en el que un Estado Contratante sea o pueda llegar a ser parte, salvo que dicho Estado haya declarado, de conformidad con lo previsto en el artículo 21, que no quedará obligado por el presente párrafo.

3. Todo Estado que haga una declaración con arreglo al párrafo 2 del presente artículo podrá asimismo declarar que, a pesar de ello, aplicará las disposiciones de la presente Convención al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable algún convenio, tratado o acuerdo internacional en el que dicho Estado sea o pueda llegar a ser parte.

4. Todo Estado podrá declarar que no aplicará las disposiciones de la presente Convención al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable algún convenio, tratado o acuerdo internacional consignado en la declaración de dicho Estado y en el que ese Estado sea o pueda llegar a ser parte, incluidos los instrumentos internacionales mencionados en el párrafo 1 del presente artículo, aun cuando dicho Estado no haya excluido la aplicación del párrafo 2 del presente artículo mediante una declaración formulada de conformidad con lo previsto en el artículo 21.

Artículo 21
Procedimiento y efectos de las declaraciones

1. Las declaraciones previstas en el párrafo 4 del artículo 17, los párrafos 1 y 2 del artículo 19 y los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 20 podrán hacerse en cualquier momento. Las declaraciones hechas en el momento de firmar la presente Convención deberán ser confirmadas en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación.

2. Las declaraciones y sus confirmaciones han de hacerse por escrito y se notificarán oficialmente al depositario.

3. Una declaración surtirá efecto simultáneamente con la entrada en vigor de la presente Convención respecto del Estado en cuestión. No obstante, una declaración de la cual el depositario reciba notificación oficial después de la entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha de recepción de la notificación por el depositario.

4. Todo Estado que haga una declaración con arreglo a la presente Convención podrá modificarla o retirarla en cualquier momento mediante notificación oficial dirigida por escrito al depositario. La modificación o el retiro surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha de recepción de la notificación por el depositario.

Artículo 22
Reservas

No se podrán hacer reservas a la presente Convención.

Artículo 23
Entrada en vigor

1. La presente Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que se haya depositado el tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

2. Cuando un Estado ratifique, acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después de que se haya depositado el tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la presente Convención entrará en vigor respecto de ese Estado el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Artículo 24
Momento de aplicación

La presente Convención y toda declaración efectuada con arreglo a ella se aplicarán únicamente a las comunicaciones electrónicas que se cursen después de la fecha en que entre en vigor la Convención o surta efecto la declaración respecto de cada Estado Contratante.

Artículo 25
Denuncia

1. Todo Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención en cualquier momento mediante notificación hecha por escrito al depositario.

2. La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento del plazo de doce meses contado a partir de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo, la denuncia surtirá efecto al vencer dicho plazo, contado a partir de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario.

HECHA en Nueva York, el [...] de [...] de 2005, en un solo original, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso serán igualmente auténticos.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado la presente Convención.

Segunda parte

ESTUDIOS E INFORMES SOBRE TEMAS CONCRETOS

I. COMERCIO ELECTRÓNICO

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor realizada en su 44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)

(A/CN.9/571) [Original: inglés]

Índice

Capítulo		*Párrafos*
	Introducción	1-2
	Organización del período de sesiones	3-8
	Deliberaciones y decisiones	9-12
	Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención	13-206
	Artículo 1. Ámbito de aplicación	14-27
	Artículo 18 [X]. Reservas y declaraciones	28-46
	Artículo 19 [Y]. Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales	47-58
	Artículo 2. Exclusiones	59-69
	Artículo 3. Autonomía de las partes	70-77
	Artículo 4. Definiciones	78-89
	Artículo 5. Interpretación	90-91
	Artículo 6. Ubicación de las partes	92-114
	Artículo 7. Requisitos de información	115-116
	Artículo 8. Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas	117-122
	Artículo 9. Requisitos de forma	123-139
	Artículo 10. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas	140-166
	Artículo 11. Invitaciones para presentar ofertas	167-172
	Artículo 12. Empleo de sistemas de información automatizados para la formación del contrato	173-174
	Artículo 13. Disponibilidad de las condiciones contractuales	175-181
	Artículo 14. Error en las comunicaciones electrónicas	182-206
	Anexo. Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales	

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 obstáculos jurídicos presentes en los instrumentos internacionales en vigor que pudieran frenar el desarrollo del comercio electrónico.

2. El proyecto de instrumento se ha preparado provisionalmente en forma de anteproyecto de convención y se ha titulado "proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales". El resumen más reciente de las deliberaciones del Grupo de Trabajo al respecto se recoge en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.109 (párrafos 5 a 34).

II. Organización del período de sesiones

3. El Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 44º período de sesiones en Viena del 11 al 22 de octubre de 2004. Asistieron a él representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Colombia, Croacia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Marruecos, México, Nigeria, República Checa, República de Corea, Singapur, Suecia, Tailandia, Túnez, Turquía, Venezuela (República Bolivariana de) y Zimbabwe.

4. Asistieron al período de sesiones observadores de los Estados siguientes: Congo, Dinamarca, Egipto, Filipinas, Finlandia, Indonesia, Iraq, Irlanda, Nueva Zelandia, Perú, Rumania, Sudán, Ucrania y Yemen.

5. Asistieron asimismo al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: a) organizaciones intergubernamentales: Banco Africano de Desarrollo, Comisión Europea, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y Unión Asiática de Compensación; b) organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión: *American Bar Association*, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Cámara de Comercio Internacional y Centro de Estudios Jurídicos Internacionales.

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

Presidente: Jeffrey CHAN Wah Teck (Singapur);

Relator: Marco Antonio PÉREZ USECHE (Colombia).

7. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición una nueva versión revisada del anteproyecto de convención, en la que se reflejaba el resultado de las deliberaciones celebradas en su 43º período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.110). Dispuso asimismo de un documento con observaciones enviado por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas

(A/CN.9/WG.IV/WP.111), una propuesta de enmienda del párrafo 2 del artículo 10 del anteproyecto de convención (A/CN.9/WG.IV/WP.112) y una nota de la Secretaría en la que se reproduce el texto del documento titulado "Cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico (*ICC eTerms 2004*) y Guía de la CCI para la contratación electrónica" (A/CN.9/WG.IV/WP.113).

8. 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. Deliberaciones y decisiones

9. 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.110. Sus decisiones y deliberaciones al respecto se recogen en la sección IV del presente documento (véanse los párrafos 13 a 206 *infra*).

10. El Grupo de Trabajo examinó y aprobó los proyectos de artículo 1 a 14, 18 y 19 del proyecto de convención, que figuran en el anexo del presente informe. También sostuvo un intercambio inicial de opiniones sobre el preámbulo y las cláusulas finales del proyecto de convención, incluidas las propuestas de introducir disposiciones adicionales en el capítulo IV. A la luz de sus deliberaciones sobre los capítulos I, II y III y los artículos 18 y 19 del proyecto de convención, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que introdujera los cambios correspondientes en el proyecto de disposiciones finales del capítulo IV. Pidió también a la Secretaría que insertara entre corchetes en el proyecto definitivo que se presentaría a la Comisión los proyectos de disposición que se había propuesto añadir al texto examinado (A/CN.9/WG.IV/WP.110). Se pidió a la Secretaría que distribuyera la versión revisada a los gobiernos para que formularan observaciones al respecto, con miras a someter el proyecto de convención a la consideración y aprobación de la Comisión en su 38º período de sesiones.

11. El Grupo de Trabajo examinó una nota de la Secretaría en la que se reproducía el texto del documento titulado "Cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico y Guía de la CCI para la contratación electrónica" (A/CN.9/WG.IV/WP.113) y expresó su reconocimiento a la Cámara de Comercio Internacional por haber presentado ese documento para su información. Observó las diferencias entre la labor realizada por la CCI, que revestía la forma de asesoramiento en materia contractual a particulares, y su propia labor en lo que atañe al proyecto de convención, que era de carácter legislativo. El Grupo de Trabajo opinaba que la labor había sido complementaria, no conflictiva. Fundamentalmente, pese a las diferencias de terminología que existían entre las

cláusulas contractuales de la CCI y el proyecto de convención, entre ellas las disposiciones sobre tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas (véanse los párrafos 140 a 166 *infra*), no existían contradicciones sustanciales entre los dos instrumentos. No obstante, habida cuenta del escaso tiempo de que se disponía, no había que interpretar esas deliberaciones en el sentido de que el Grupo de Trabajo o la Comisión aprobaban esos documentos en esa ocasión.

12. A reserva de la aprobación de la Comisión, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara notas explicativas o un proyecto de observaciones oficiales sobre el proyecto de convención. También recomendó a la Comisión que considerara la posibilidad de preparar un proyecto de cláusulas contractuales para facilitar la decisión de las partes en lo que respecta a aplicar la Convención, decisión esta a que se hace referencia en el apartado c) del párrafo 1 del proyecto de artículo 18. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que siguiera de cerca las cuestiones relacionadas con los equivalentes electrónicos de los títulos negociables y no negociables con miras a formular recomendaciones, a su debido tiempo, para que eventualmente la Comisión emprendiera un examen al respecto y con objeto de garantizar que su labor fuera compatible con la del Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte. Pidió también a la Secretaría, a reserva de la disponibilidad de recursos, que vigilara la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y su Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, especialmente las cuestiones relacionadas con el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas, y que recopilara fallos judiciales sobre las cuestiones previstas en esas leyes modelo, pronunciados incluso en países que no las hubiesen adoptado, y publicara los resultados de su investigación con miras a formular recomendaciones a la Comisión respecto de una posible labor futura en esos sectores.

IV. Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención

Organización de las deliberaciones

13. El Grupo de Trabajo decidió que, habida cuenta de la relación lógica que existía entre los proyectos de artículo 1, 18 y 19, examinaría esas disposiciones en conjunto. También decidió examinar el preámbulo una vez que hubiese establecido la parte dispositiva del proyecto de convención.

Artículo 1. Ámbito de aplicación

14. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

> "1. La presente Convención se aplicará a la utilización de las comunicaciones electrónicas en relación con [la negociación] [la formación] o el cumplimiento de un contrato 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

c) Cuando las partes hayan convenido en que se aplique.

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.

[Variante A

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19 [Y], las disposiciones de la presente Convención no se aplicarán a las comunicaciones electrónicas relacionadas con la [negociación] [formación] o el cumplimiento de un contrato que se rija por una convención, un tratado o un acuerdo internacional que no se mencione en el párrafo 1 del artículo 19 [Y], o que no ha sido objeto de una declaración formulada por un Estado Contratante con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 19 [Y]].

[Variante B

4. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán además a las comunicaciones electrónicas relativas a la [negociación] [formación] o el cumplimiento de un contrato que se rige por una convención, un tratado o un acuerdo internacional, incluso aunque esa convención, tratado o acuerdo internacional no se mencione expresamente en el párrafo 1 del artículo 19 [Y], a menos que el Estado Contratante haya excluido esa disposición por vía de una declaración formulada en conformidad con el párrafo 3 del artículo 18 [X]]."

Párrafo 1 y proyecto de artículo 18

15. Con respecto a las palabras que figuraban entre corchetes, se sugirió que se conservaran los dos términos, "negociación" y "formación", con objeto de abarcar los casos en que la negociación no diera lugar a la formación de contratos. Otra opción era establecer en la primera oración que la Convención se aplicaría a la utilización de todas las comunicaciones electrónicas relativas al proceso del contrato, es decir, la negociación, la formación y el cumplimiento. No obstante, el Grupo de Trabajo convino en que se utilizara únicamente el término "formación" por considerar que era lo suficientemente amplio como para abarcar todas las etapas del contrato, entre ellas, la negociación y las invitaciones para presentar ofertas previstas en el proyecto de artículo 11. Se sugirió explicar en notas o en una observación oficial sobre el proyecto de convención que el término "formación" debía interpretarse en sentido amplio.

16. El Grupo de Trabajo no aceptó la sugerencia de suprimir la expresión "en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato" de la primera oración del párrafo por considerar que no era superflua, aunque figurara en la definición del término "comunicación" en el apartado a) del proyecto de artículo 4, ya que

ayudaba al lector a entender el ámbito de aplicación de la Convención ya desde su disposición inicial.

17. Se cuestionó la necesidad de conservar los proyectos de apartado a), b) y c), en vista del carácter habilitante del proyecto de convención. En apoyo de esa formulación se observó que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) ("la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa") era aplicable únicamente a los contratos internacionales cuando las dos partes estaban situadas en los Estados Contratantes de la Convención, o si las normas de derecho internacional privado preveían la aplicación de la ley de un Estado Contratante. A fin de que los dos textos fueran compatibles, se sugirió utilizar expresiones análogas. Se respondió que sería una incongruencia que un Estado utilizara el régimen del proyecto de convención para interpretar la ley aplicable únicamente si la operación cumplía los requisitos establecidos en el proyecto de párrafo, y otras normas si no los cumplía. Eso crearía una dualidad de criterios en el régimen aplicable a la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, lo que se consideró contrario al objetivo de uniformidad que se procuraba lograr con el proyecto de convención. En vista de esas observaciones, el Grupo de Trabajo convino en que existía una estrecha relación entre esos apartados y las exclusiones previstas en el proyecto de artículo 18, y decidió examinar el asunto en relación con este último.

18. El Grupo de Trabajo reanudó el examen del párrafo 1 del proyecto de artículo 1 después de haber concluido sus deliberaciones sobre el proyecto de artículo 18 (véanse los párrafos 28 a 46 *infra*). Posteriormente, convino en que todos los elementos relativos al ámbito de aplicación de la Convención, que hasta el momento figuraban en el párrafo 1 del proyecto de artículo 1, debían trasladarse al proyecto de artículo 18, cuyo texto debía ser:

> "La presente Convención será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados."

19. Se observó que con la nueva formulación la Convención se aplicaría a los mensajes electrónicos intercambiados entre partes cuyos establecimientos estuviesen en Estados diferentes, aun cuando uno de esos Estados no fuese Estado Contratante de la Convención, en la medida en que la ley de un Estado Contratante fuese aplicable a la operación de que se tratara.

20. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de párrafo revisado y remitió el texto al grupo de redacción.

Párrafo 2

21. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de párrafo y remitió el texto al grupo de redacción.

Párrafo 3

22. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de párrafo y remitió el texto al grupo de redacción.

Párrafo 4 y proyecto de artículo 19

23. El Grupo de Trabajo observó que en las variantes A y B se procuraba aclarar la relación entre los proyectos de artículo 1 y 19 a la luz de sus deliberaciones anteriores al respecto (A/CN.9/548, párrafos 42 a 46 y 72 a 81). En la variante A se reflejaba la idea de que la futura convención sólo se aplicaría al intercambio de comunicaciones electrónicas en relación con un contrato regulado por una convención o un convenio vigente de derecho uniforme que no fuera uno de los enumerados en el párrafo 1 del proyecto de artículo 19 si el convenio o convención pertinente hubiese sido objeto de una declaración formulada por un Estado Contratante en virtud del párrafo 2 del artículo 19. En cambio, en la variante B se procuraba ampliar el ámbito de aplicación aclarando que las disposiciones también se podían aplicar al intercambio de comunicaciones electrónicas relativas a contratos amparados por otros tratados que no fueran los enumerados específicamente en el párrafo 1 del proyecto de artículo 19. En esa variante se reflejaba la opinión de que la lista de instrumentos que figuraba en el párrafo 1 del artículo 19, o toda declaración formulada en virtud del párrafo 2 de ese artículo, se debía considerar una aclaración no exhaustiva encaminada a disipar cualquier duda acerca de la aplicación de la futura convención, y no una limitación efectiva de su alcance (véase A/CN.9/548, párrafo 75).

24. Se apoyó enérgicamente la idea de conservar la variante A. En particular, se indicó que:

a) La variante A creaba más certidumbre jurídica que la variante B, ya que las partes en un contrato regido por otro instrumento internacional inmediatamente sabrían si las disposiciones de la Convención se aplicaban a su contrato leyendo el párrafo 4 del artículo 1, el párrafo 1 del artículo 19 y las declaraciones presentadas por los Estados Contratantes en virtud del párrafo 2 del artículo 19; y

b) La variante A facilitaba la adhesión de los Estados a la futura convención, ya que obviaba la necesidad de que los servicios convencionales de los Estados determinaran la compatibilidad de sus disposiciones con las de otros instrumentos que hubiesen ratificado, sin excluir la posibilidad de que se aplicasen posteriormente a otros tratados de resultas de las declaraciones realizadas en virtud del párrafo 2 del artículo 19.

25. No obstante, la opinión predominante en el Grupo de Trabajo fue que había que conservar la variante B, principalmente por las siguientes razones:

a) La variante B ampliaba el ámbito de aplicación de la futura convención y permitía que las partes en un contrato regido automáticamente por otro instrumento jurídico se beneficiaran de la mayor certidumbre jurídica que creaba la Convención para el intercambio de comunicaciones electrónicas;

b) Habida cuenta del carácter habilitante de las disposiciones de la futura convención, los Estados probablemente estarían más dispuestos a aceptar que sus disposiciones se aplicaran a instrumentos relacionados con el comercio que a excluir su aplicación a otros instrumentos. En la medida en que lo dispuesto en la variante B se aplicaba automáticamente, sin la necesidad de hacer declaraciones individuales en virtud del párrafo 2 del proyecto de artículo 19, esa variante facilitaba la aplicación de la futura convención más que la variante A, en que se

exigía a los Estados presentar numerosas declaraciones de aceptación expresa para obtener el mismo resultado.

26. No obstante, se sugirió que, si se conservaba la variante B, el Grupo de Trabajo intentara calificar los tipos de contratos que se regirían por las disposiciones de la futura convención en virtud del párrafo 4 del artículo 1 añadiendo expresiones como "sobre cuestiones de derecho mercantil" o "en materia de comercio internacional", que figuraban entre corchetes en el párrafo 2 del proyecto de artículo 19. Sin embargo, no se aceptó esa sugerencia, en vista de la dificultad que entrañaba formular una definición de aceptación universal sobre la cuestión. Se consideró también que referirse a los contratos en ese artículo ya era suficiente para indicar la materia pertinente y que todo otro intento de aclarar la índole de los instrumentos previstos en el párrafo 4 podía limitar indebidamente la flexibilidad de los Estados para aplicar la Convención.

27. Después de haber convenido provisionalmente en conservar la variante B, el Grupo de Trabajo decidió pasar a examinar el proyecto de artículo 19 con objeto de determinar mejor si la variante B constituía una base sólida para abordar la relación entre el proyecto de convención y otros instrumentos. Tras concluir sus deliberaciones sobre el proyecto de artículo 19 (véanse los párrafos 47 a 58 *infra*), el Grupo de Trabajo confirmó que prefería conservar únicamente la variante B, si bien convino en que la disposición estaría mejor situada si se incluyese en un nuevo apartado del proyecto de artículo 19 (véase el párrafo 54 *infra*).

Artículo 18 [X]. Reservas y declaraciones

28. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

"1. No se podrán hacer reservas, salvo las autorizadas expresamente en este artículo.

2. Todo Estado podrá declarar por escrito en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no estará obligado por el apartado a) del párrafo 1 del artículo 1 de la presente Convención.

3. Todo Estado podrá declarar por escrito en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no estará obligado por el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 de la presente Convención.

4. Todo Estado podrá declarar por escrito en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no estará obligado por el párrafo 4 del artículo 1 de la presente Convención.

[5. Todo Estado podrá declarar por escrito en cualquier momento que no aplicará la presente Convención a los asuntos especificados en su declaración.]

6. El Estado que formule una reserva por escrito con arreglo a los párrafos 2, 3 y 4 del presente artículo no estará obligado por los asuntos especificados en esa reserva."

Observaciones generales

29. El Grupo de Trabajo tomó nota de las observaciones formuladas por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas sobre el proyecto de artículo 18 y las disposiciones finales (A/CN.9/WG.IV/WP.111), la mayoría de las cuales ya se habían tenido en cuenta al preparar el nuevo proyecto, particularmente lo relativo al cambio del título de dicho artículo. El Grupo de Trabajo tomó nota, en particular, de la observación en el sentido de que las declaraciones previstas en el proyecto de artículo eran, de hecho, reservas, por lo que procedía tratarlas como tales.

30. El Grupo de Trabajo tomó nota de que las observaciones estaban en consonancia con la práctica aplicada por el Secretario General en su calidad de depositario de tratados multilaterales. No obstante, el Grupo de Trabajo opinaba que, habida cuenta de las necesidades específicas de la futura convención, tal vez habría que pensar en una solución diferente de la que se preveía en ese momento en el proyecto de artículo. Se señaló que, a diferencia de la mayoría de los instrumentos negociados por las Naciones Unidas, que solían regular las relaciones entre los Estados y otros asuntos de derecho internacional público, la futura convención enunciaría un régimen aplicable a operaciones comerciales privadas, no a actos de los Estados. Al respecto, se indicó que si las cuestiones reguladas en los proyectos de artículo 18 y 19 se trataran como declaraciones y no como reservas se cumplirían mejor los propósitos del régimen de la futura convención, ya que esas declaraciones no desencadenarían un sistema formal de aceptación u objeción, lo que era habitual en los tratados internacionales respecto de toda reserva que se formulara, por ejemplo, conforme a lo dispuesto en los artículos 20 y 21 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Además, las declaraciones contribuirían a dotar de más flexibilidad al régimen del instrumento, lo que era un factor crucial en un sector como el del comercio electrónico, que todavía se estaba desarrollando. Ciertas disposiciones recientes que figuraban en instrumentos de la CNUDMI confirmaban esas conclusiones, entre ellas los artículos 25 y 26 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995) y los artículos 35 a 43 (excepto el artículo 38) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 2001), así como las disposiciones finales de los instrumentos de derecho internacional privado preparados por otras organizaciones internacionales, como los artículos 54 a 58 del Convenio del Unidroit relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Ciudad del Cabo, 2001) y los artículos 21 y 22 del Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario (La Haya, 2002), concertado en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

31. Por las razones expresadas, el Grupo de Trabajo en general estuvo de acuerdo en que se hiciera una distinción entre, por una parte, las declaraciones relativas al ámbito de aplicación, que eran admisibles y no estaban supeditadas a un sistema de aceptación u objeción por parte de los demás Estados Contratantes y, por la otra, las reservas, que no eran admisibles.

32. En general se sugirió que se permitiera presentar una declaración en cualquier momento y no únicamente al depositar el instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Se dijo que eso permitiría aplicar con más flexibilidad la

futura convención, ya que los Estados podrían excluir de su ámbito de aplicación otros instrumentos después de haber consentido en quedar vinculados a ella. En respuesta a esa sugerencia se indicó que el cambio propuesto daría una flexibilidad excesiva al régimen de la futura convención, lo que en última instancia obraría en detrimento de la certidumbre jurídica y neutralizaría la contribución que pudiera hacer el nuevo régimen a la armonización del derecho. No obstante, el Grupo de Trabajo aprobó la propuesta, ya que prevaleció el parecer de que, en una esfera tan cambiante como la del comercio electrónico, en que los avances tecnológicos modificaban continuamente los esquemas y prácticas comerciales, era esencial dotar a los Estados de la flexibilidad necesaria para aplicar debidamente el régimen de la nueva convención. Un sistema rígido de declaraciones que obligara a los Estados a adoptar ciertas decisiones antes de haber depositado sus instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión podría disuadirlos de adherirse a la Convención o inducirles a actuar con excesiva prudencia, excluyendo automáticamente determinadas esferas del ámbito de aplicación del nuevo régimen.

33. Al respecto, el Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia de que todo asunto relacionado con el momento y la forma en que habrían de hacerse las declaraciones previstas en el proyecto de convención podía abordarse de manera uniforme en el proyecto de artículo 20, y decidió que esa posibilidad se considerara una vez que hubiera concluido sus deliberaciones sobre todas las declaraciones autorizadas por el proyecto de convención.

Párrafo 1

34. En vista de sus deliberaciones generales sobre el proyecto de artículo, el Grupo de Trabajo convino en que se incorporara el texto del proyecto de párrafo 1, con los ajustes pertinentes, en una disposición separada que se colocaría a continuación del proyecto de artículo 20. También convino en que se modificara el título del artículo 18 en términos como los siguientes: “Declaraciones sobre el ámbito de aplicación”.

Párrafos 2 y 3

35. Se observó, en respuesta a una pregunta, que el resultado previsto de una declaración efectuada con arreglo al proyecto de párrafo 2 sería que, respecto de toda operación que se rigiera por el derecho de un Estado Contratante, el régimen de la futura convención sería aplicable al intercambio de mensajes de datos relativos a la formación o el cumplimiento de todo contrato entre partes cuyos establecimientos estuvieran situados en distintos Estados, aun cuando esos Estados no fueran parte en la Convención. Ahora bien, se indicó que cabría también dar una lectura restrictiva al texto del párrafo en examen, que restringiera el ámbito de aplicación del proyecto de convención. Según otro parecer, en cambio, esa posibilidad debía pasar a ser la regla general para determinar el ámbito de aplicación de la Convención con arreglo al proyecto de artículo 1, como se había sugerido en el 43º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/548, párrafo 86). En ese caso, los apartados a) y b) del párrafo 1 del proyecto de artículo 1 tal vez resultaran redundantes. Para los Estados en que un ámbito de aplicación más amplio pudiera plantear dificultades, cabría prever en el proyecto de artículo 18 una exclusión inversa, a saber, que un Estado pudiera declarar que sólo aplicaría la Convención si las dos partes estuvieran situadas en Estados Contratantes.

36. Respecto del proyecto de párrafo 3, se sugirió suprimir esa disposición a efectos de conservar la posible ventaja del apartado b) del párrafo 1 del proyecto de artículo 1. Se dijo que la norma enunciada en ese apartado abría una vía utilizable para ampliar el ámbito de aplicación de la Convención, ya que no se exigía que los dos Estados en que estuvieran situadas las partes en el contrato fueran Estados Contratantes de la Convención, siempre y cuando las leyes de un Estado Contratante fueran aplicables a la operación en cuestión. En respuesta a esa sugerencia se indicó que tal vez algunos Estados tuvieran dificultades para aplicar el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1, por lo que sería preferible facultar a esos Estados para excluir dicha disposición por medio de una declaración efectuada con arreglo al párrafo 3 del artículo 18. En la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa se preveía una exclusión similar, y convendría conservar ese proyecto de disposición por las mismas razones que se emplearon en relación con esa otra Convención.

37. Otra propuesta fue que se incluyera otra posibilidad de exclusión respecto del apartado c) del párrafo 1 del artículo 1. Se señaló que en ese apartado se preveía que la Convención fuera aplicable siempre que las partes lo hubieran decidido de común acuerdo, aun cuando no se cumplieran las demás condiciones enunciadas en esa disposición. Esa posibilidad no se preveía en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, aunque sí estaba prevista, por ejemplo, en el apartado e) del párrafo 2 del artículo 1 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (1978) y en el párrafo 2 del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995). Al respecto, se propuso introducir una declaración por la que se excluyera la aplicación del apartado c) del párrafo 1 del artículo 1. Con esa exclusión se atendería a la preocupación de algunos Estados cuyo derecho interno permitía que las partes estipularan que su contrato se regiría por el derecho interno de otro Estado y no por instrumentos internacionales como tales. Se sugirió la opción de que ese apartado se combinara con el proyecto de artículo 3, relativo a la autonomía de las partes, a fin de dejar claro que éstas podrían remitirse, en sus tratos, al régimen de la nueva convención a título de reglas contractuales mutuamente convenidas, pero no como texto legal vinculante para ellas.

38. El Grupo de Trabajo se detuvo a examinar las diversas sugerencias presentadas respecto de los proyectos de párrafo 2 y 3. Era cada vez más consciente de la dificultad de crear consenso en torno a la cuestión en el marco de la estructura que tenían en esos momentos el párrafo 1 del artículo 1 y el artículo 18. Reconoció que el artículo 1 imponía varias condiciones para la aplicación de la Convención que podrían limitar considerablemente su ámbito de aplicación, y de esa manera, privar a las relaciones comerciales de la certidumbre jurídica que se deseaba promover con el nuevo régimen. Además, con la posible excepción del proyecto de párrafo 2, el sistema de exclusiones previsto en el proyecto de artículo 18 podía limitar aún más el ámbito de aplicación de la Convención.

39. El Grupo de Trabajo convino finalmente en que tal vez el mejor criterio sería invertir la estructura de los proyectos de artículo 1 y 18 a fin de definir desde el principio un ámbito de aplicación lo más amplio posible y, al mismo tiempo, permitir a los Estados que no desearan un ámbito de aplicación tan amplio que hicieran declaraciones para limitarlo.

40. En consecuencia, el Grupo de Trabajo convino en que era preferible sustituir los proyectos de párrafo 2 y 3 por una disposición que reflejara los condicionamientos del ámbito de aplicación de la Convención enunciados a la sazón en el párrafo 1 del artículo 1, disposición que se redactaría en los siguientes términos:

> "1. Todo Estado podrá declarar por escrito, en cualquier momento, que sólo aplicará la presente Convención:
>
> a) Cuando los Estados mencionados en el párrafo 1 del artículo 1 sean Estados Contratantes de la presente Convención;
>
> b) Cuando las reglas de derecho internacional privado declaren aplicable la ley de un Estado Contratante; o
>
> c) Cuando las partes hayan convenido en que su régimen sea aplicable."

41. Se observó que, conforme a ese enfoque, que ya estaba previsto en la primera versión del proyecto de convención (A/CN.9/WG.IV/WP.95, anexo), se daría a la Convención un ámbito de aplicación amplio (véanse los párrafos 23 a 25 *supra*), si bien los Estados Contratantes todavía tendrían la posibilidad de limitar el ámbito de aplicación por medio de declaraciones. De esa forma, los Estados podrían elegir los elementos que consideraran apropiados y no estarían obligados a valerse de todos los requisitos mencionados en los apartados a) a c) del nuevo proyecto de párrafo 1 del artículo 18.

42. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la versión revisada del párrafo 1 y remitió el texto al grupo de redacción.

Párrafo 4

43. El Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo en que la exclusión prevista en el proyecto de párrafo 4 era necesaria en vista del acuerdo provisional al que había llegado en lo que respecta a retener la variante B del párrafo 4 del artículo 1. Ahora bien, el Grupo de Trabajo convino en que era importante ofrecer a todo Estado que excluyera la aplicación del párrafo 4 del artículo 1 la posibilidad de ampliar, caso por caso, el ámbito de aplicación del régimen de la futura convención a las comunicaciones electrónicas intercambiadas en relación con contratos regulados por otros instrumentos internacionales que hubieran sido expresamente señalados en las declaraciones de los Estados Contratantes. Así pues, el Grupo de Trabajo convino en que el proyecto de párrafo 4 se redactara en términos como los siguientes:

> "Todo Estado podrá declarar por escrito, en cualquier momento, que no estará obligado por [*ciertas disposiciones que reflejen la variante B del párrafo 4 actual del artículo 1*] de la presente Convención, a menos que se haya dispuesto otra cosa en una declaración presentada con arreglo al artículo 19."

44. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de párrafo en su forma revisada y remitió el texto al grupo de redacción. Convino en que sería preciso que el grupo de redacción examinara las remisiones efectuadas en esa disposición y en toda otra disposición que se hubiera enmendado, a la luz de la decisión definitiva

que adoptara el propio Grupo de Trabajo respecto de la ubicación de las diversas disposiciones, y particularmente de la ubicación del proyecto de párrafo 4.

Párrafo 5

45. El Grupo de Trabajo convino en que, para dotar de mayor flexibilidad al proyecto de convención, debería retenerse la posibilidad de efectuar exclusiones unilaterales, pese a que estaba previsto que la futura convención enunciara, en su artículo 2 (véanse los párrafos 59 a 69 *infra*) una lista común de exclusiones. En consecuencia, el Grupo de Trabajo convino en retener el párrafo 5, sin corchetes, y en remitir su texto al grupo de redacción.

Párrafo 6

46. El Grupo de Trabajo observó que el proyecto de párrafo 6 había pasado a ser redundante en vista de lo expresado en sus deliberaciones sobre el proyecto de párrafo 1, por lo que convino en que se suprimiera.

Artículo 19 [Y]. Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales

47. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

> "1. De no haberse declarado otra cosa en una declaración hecha de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo, [todo Estado Contratante declara que aplicará las disposiciones de la presente Convención] [las disposiciones de la presente Convención serán aplicables] al uso de comunicaciones electrónicas en relación con [la negociación] [la formación] o el cumplimiento de un contrato [o acuerdo] a que se aplique cualquiera de las convenciones internacionales siguientes, en las que el Estado es o pueda llegar a ser Estado Contratante:
>
> > [La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958)]
> >
> > 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 uso de mensajes de datos para el intercambio de toda

comunicación, declaración, requerimiento, notificación o solicitud que estuviera prevista en el marco de todo otro acuerdo o convención internacional [sobre cuestiones de derecho mercantil] [en materia de comercio internacional] en el que el Estado sea Parte Contratante [y que el Estado señale en su declaración].

3. Todo Estado podrá declarar por escrito en cualquier momento que no aplicará la presente Convención a los contratos internacionales que caigan dentro del ámbito de aplicación de [cualquiera de las convenciones mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo] [algún acuerdo, tratado o convención internacional, incluida cualquiera de las convenciones mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo, en el que el Estado sea Estado Contratante y que se determine en la declaración de ese Estado].”

Observaciones generales

48. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el proyecto de artículo tenía por objeto ofrecer una posible solución común a algunos de los obstáculos jurídicos presentes en los instrumentos internacionales en vigor que pudieran frenar el desarrollo del comercio electrónico, tema que había sido objeto de un estudio que se recogía en una nota anterior de la Secretaría (véase A/CN.9/WG.IV/WP.94). En su 40º período de sesiones el Grupo de Trabajo había convenido, en general, en proceder de esa manera, siempre que los problemas fueran comunes, como sucedía al menos con la mayoría de las cuestiones planteadas en relación con los instrumentos enumerados en el proyecto de párrafo 1 (véase A/CN.9/527, párrafos 33 a 48).

49. El proyecto de artículo, se observó, tenía por objeto disipar las dudas que la relación entre el régimen de la nueva convención y el de otros instrumentos internacionales pudiera suscitar; su finalidad no era enmendar instrumento internacional alguno. Basándose en ese proyecto de artículo, el Estado Contratante podría valerse de lo dispuesto en la nueva convención para eliminar los obstáculos jurídicos resultantes de la interpretación de esos instrumentos que pudieran frenar el desarrollo del comercio electrónico y para facilitar su aplicación cuando las partes efectuaran sus operaciones por medios electrónicos.

Párrafo 1

50. El Grupo de Trabajo convino en que, en aras de la certidumbre jurídica que se trataba de obtener con el proyecto de artículo, convendría que surtiera efecto automáticamente a raíz de un acto de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, sin que fuera menester una declaración particular del Estado Contratante (véase A/CN.9/548, párrafo 52). En consecuencia, decidió conservar la frase “las disposiciones de la presente Convención serán aplicables” sin corchetes y suprimir la frase “[todo Estado Contratante declara que aplicará las disposiciones de la presente Convención]”.

51. Se dijo que la relación entre el proyecto de convención y otros instrumentos internacionales no enumerados en el proyecto de párrafo no era totalmente clara, habida cuenta de que esa cuestión se trataba en dos partes distintas del proyecto de convención, a saber, el párrafo 4 del proyecto de artículo 1 y el proyecto de artículo 19. Se añadió que tal incertidumbre se acentuaba por la decisión provisional del Grupo de Trabajo de mantener la variante B del párrafo 4 del proyecto de

artículo 1. En atención a esos reparos, el Grupo de Trabajo estimó que sería útil incorporar la variante B del párrafo 4 del proyecto de artículo 1 como nuevo párrafo 2 del proyecto de artículo 19, con el siguiente texto:

> "Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán además a las comunicaciones electrónicas relativas a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable otra convención, tratado o acuerdo internacional que no se mencione expresamente en el párrafo 1 del artículo 19, a menos que el Estado Contratante haya dispuesto otra cosa por vía de una declaración formulada en conformidad con el párrafo 2 del artículo 18."

52. El Grupo de Trabajo convino asimismo en que la frase inicial del texto del párrafo 1 del proyecto de artículo 19 ("De no haberse declarado otra cosa en una declaración hecha de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo") sería innecesaria y podía suprimirse.

53. Se informó al Grupo de Trabajo de que el Grupo de Trabajo II (Arbitraje) se había pronunciado a favor de la inclusión de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras ("Convención de Nueva York de 1958") en la lista de instrumentos enumerados en el párrafo 1. Como en la Convención de Nueva York de 1958 se utilizaba la expresión "acuerdo de arbitraje", en vez de "contrato", el Grupo de Trabajo convino en suprimir los corchetes que encerraban las palabras "o acuerdo", así como los corchetes en torno al título de esa Convención. Ahora bien, el Grupo de Trabajo observó que, a fin de incluir el título de la Convención de Nueva York en el proyecto de artículo 19, quizá fuera necesario incorporar en el proyecto de convención una disposición sobre los equivalentes electrónicos de los "originales" de los documentos, dado que, en virtud del apartado b) del párrafo 1 del artículo IV de la Convención de Nueva York de 1958, la parte que pidiera el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera debería presentar, entre otras cosas, el original del acuerdo de arbitraje o una copia debidamente autenticada. El Grupo de Trabajo acordó aplazar la adopción de una decisión definitiva al respecto hasta que hubiera examinado los nuevos párrafos 4 y 5 del proyecto de artículo 9 (véanse los párrafos 129 a 139 *infra*).

Párrafo 2

54. El Grupo de Trabajo convino en que el texto del proyecto de párrafo pasaba a ser redundante ante su decisión provisional de mantener la variante B del párrafo 4 del proyecto de artículo 1 e incorporar ese párrafo en el proyecto de artículo 19. El proyecto de artículo 19 debería tener, en cambio, una disposición que estableciera un nexo con las declaraciones previstas en el texto revisado del párrafo 2 del proyecto de artículo 18, de modo que los Estados que formularan una declaración pudieran limitar sus efectos agregando determinadas convenciones o convenios a la lista de instrumentos internacionales a los que aplicarían las disposiciones de la futura convención. Se acordó que el texto de la nueva disposición podría ser el siguiente:

> "Todo Estado que haga una declaración con arreglo al párrafo 2 del artículo 18 podrá asimismo declarar que, a pesar de ello, aplicará la presente Convención a todo acuerdo, tratado o convención internacional que señale en su declaración y en el que sea Parte Contratante."

55. El Grupo de Trabajo se mostró conforme, en general, con el principio enunciado en el nuevo proyecto de disposición. Por razones de claridad y concisión, decidió que el contenido del nuevo proyecto de párrafo h) y del nuevo párrafo 2 del proyecto de artículo 18 (véanse los párrafos 43 y 44 *supra*) se fusionaran en una disposición única del proyecto de artículo 19. Gracias a esa modificación, todas las declaraciones referentes a la relación entre el proyecto de convención y otros instrumentos internacionales se tratarían en la misma parte del proyecto de convención.

Párrafo 3

56. El Grupo de Trabajo examinó extensamente la cuestión de determinar si una declaración presentada conforme a ese proyecto de párrafo tenía que excluir forzosamente la aplicación de la Convención a la utilización de las comunicaciones electrónicas en relación con todos los contratos que se rigieran por otro instrumento internacional, o si correspondía, en cambio, que un Estado pudiera excluir sólo ciertos tipos o categorías de contratos a los que se aplicara otro instrumento internacional. Se apoyó con firmeza la segunda propuesta y se adujo que un régimen de exclusiones limitadas fomentaría la utilización más extendida de la Convención y no supondría que los contratos regulados por otros instrumentos internacionales se vieran privados de la certidumbre jurídica dimanante de sus disposiciones sólo por el hecho de que un Estado considerara que el régimen de la Convención no se adaptaba a un tipo particular de contrato regulado por el mismo instrumento internacional. No obstante, prevaleció la opinión contraria, según la cual se sostuvo que tal régimen de exclusiones moduladas podría complicar demasiado la aplicación de la futura convención y comprometer los objetivos de certidumbre jurídica y previsibilidad que se pretendía alcanzar con el nuevo régimen.

57. A reserva de la supresión de la expresión "[cualquiera de las convenciones mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo]", de la eliminación de los corchetes de la frase inmediatamente siguiente y de la armonización del texto con el enunciado del proyecto de párrafo 1, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de párrafo 3.

Conclusión sobre el proyecto de artículo 19

58. A reserva de las enmiendas y adiciones indicadas anteriormente, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de artículo revisado y remitió el texto al grupo de redacción.

Artículo 2. Exclusiones

59. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

> "1. La presente Convención no será aplicable a las comunicaciones electrónicas relacionadas con los contratos celebrados con fines personales, familiares o domésticos.
>
> [2. La Convención no será aplicable a las comunicaciones electrónicas que se refieran a cualquiera de las siguientes operaciones:
>
> [a) i) Operaciones relativas a un intercambio regulado; ii) operaciones de cambio de divisas; iii) sistemas interbancarios de pagos,

acuerdos interbancarios de pago o sistemas de compensación y arreglos relacionados con valores u otros activos o instrumentos financieros; iv) la transferencia de derechos de garantía, compraventa, préstamo o tenencia o acuerdo de recompra de valores u otros activos o instrumentos financieros en poder de un intermediario;

[b) Contratos que creen o transfieran derechos sobre bienes inmuebles, salvo a los efectos de los derechos de alquiler;

[c) Contratos que requieran en virtud de la ley la participación de los tribunales, autoridades públicas o profesiones que ejerzan autoridad pública;

[d) Contratos de garantía otorgados por personas que actúan fuera del ámbito de su comercio, empresa o profesión, y sobre bienes de garantía proporcionados por ese tipo de personas;

[e) Contratos regidos por el derecho de familia o por el derecho sucesorio;

[f) Letras de cambio, pagarés y otros instrumentos negociables;

[g) Documentos relacionados con el transporte de mercaderías;

[*Todas las demás exclusiones que el Grupo de Trabajo pudiera decidir agregar.*]"

Párrafo 1

60. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de párrafo y remitió el texto al grupo de redacción.

Párrafo 2

61. Hubo firme apoyo a favor de las exclusiones propuestas en el apartado a) del proyecto de párrafo 2. Se dijo que el sector de los servicios financieros estaba sujeto a reglamentaciones y normas industriales bien definidas que resolvían con eficacia las cuestiones relacionadas con el empleo del comercio electrónico en el funcionamiento a escala mundial de dicho sector, por lo que su inclusión en el ámbito del proyecto de convención no reportaría ventaja alguna. Se dijo además que, dado el carácter transfronterizo inherente a las operaciones financieras, relegar la exclusión de dicho sector a declaraciones de ámbito nacional, en el marco del proyecto de artículo 18, no era fiel reflejo de la realidad. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del apartado a) y remitió su texto al grupo de redacción.

62. El Grupo de Trabajo pasó a examinar con cierto detenimiento lo dispuesto en los apartados b), c), d) y e).

63. Se abogó enérgicamente por que se suprimieran esos apartados. Todo Estado que opinara que no debía autorizarse el empleo de la vía electrónica para las comunicaciones concernientes a esos contratos siempre podría efectuar una declaración al respecto en el marco del proyecto de artículo 18. Se argumentó que eso permitiría que cada Estado limitara la aplicación del régimen de la Convención conforme lo estimara oportuno, mientras que la aprobación global de una lista de exenciones impondría esas exclusiones incluso a los Estados que tal vez no tuvieran

razón alguna para prohibir el empleo de la vía electrónica en las operaciones enunciadas en dichos apartados.

64. Se respondió con una firme muestra de apoyo para que se retuvieran las disposiciones, lo que se consideró justificado por razones de orden público de derecho interno. Varios Estados tenían reglamentos por los que se limitaba el recurso a la vía electrónica para comunicaciones concernientes a las operaciones mencionadas en los apartados b) a d). Además, algunas de esas materias eran claramente ajenas al mandato otorgado a la CNUDMI en la esfera del derecho mercantil, por lo que no procedía que se diera la impresión de que esas materias formaban parte del ámbito regulado por el régimen de la Convención. Dejar que el régimen aplicable a las operaciones mencionadas en esos párrafos quedara al arbitrio de una exclusión unilateral, que habría de efectuarse por vía de una declaración en el marco del proyecto de artículo 18, sería contrario al objetivo de dar certidumbre jurídica a dichas operaciones. Una lista de exclusiones explícitas no afectaría en absoluto al fomento del empleo de la vía electrónica para las comunicaciones intercambiadas en el comercio internacional, dado el impacto limitado de esas operaciones en el curso normal del comercio en general.

65. No obstante, predominó el parecer de que se suprimieran los apartados b), c), d) y e) de la lista de exclusiones, al considerarse que esos asuntos eran cuestiones que habrían de conformarse al derecho interno de cada territorio, por lo que deberían ser resueltos a nivel de cada Estado. Se dijo además que algunos Estados admitían ya el recurso a la vía electrónica para las comunicaciones intercambiadas en algunos, o tal vez en todos los ámbitos mencionados en dichos apartados. Mantener dichas reglas podría, no obstante, obstaculizar la evolución del régimen legal aplicable y su adaptación a los avances de la tecnología. Se cuestionó también la motivación de algunas de las exclusiones. Respecto del apartado c) se dijo, por ejemplo, que, de la manera en que estaba redactado, podía obstaculizar, entre otras cosas, el desarrollo de la contratación pública por vía electrónica en el ámbito internacional. También se objetó que se hablara, sin más, de "tribunales", ya que dicho término podía entenderse como referido también a los tribunales arbitrales. Se respondió a esta objeción que cabría resolver toda ambigüedad al respecto utilizando una expresión más descriptiva, por ejemplo, refiriéndose a "órganos judiciales internos".

66. Tras haber examinado los diversos pareceres expresados, el Grupo de Trabajo decidió suprimir los apartados b), c), d) y e) del párrafo 2 del artículo 2 y aplazar el examen de los apartados f) y g) del mismo párrafo para cuando se examinaran los párrafos 4 y 5 del artículo 9 (véanse los párrafos 129 a 139 *infra*).

Párrafo adicional propuesto y estructura del proyecto de artículo

67. Se propuso insertar un texto en el artículo 2 en el que se indicara que cabría excluir del régimen de la Convención otros asuntos y categorías de operaciones efectuando una declaración conforme a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 18. Ese texto podría ser:

> "Todo Estado podrá hacer una declaración, conforme a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 18 de la presente Convención, por la que excluya otros asuntos del ámbito de aplicación de su régimen."

68. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del nuevo párrafo propuesto y lo remitió al grupo de redacción. Se observó que se debería indicar, en alguna nota explicativa o comentario oficial del texto de la Convención, que toda exclusión que se hiciera podría referirse a asuntos que estuvieran habitualmente excluidos del régimen legal interno de las operaciones electrónicas, como los mencionados en los apartados que el Grupo de Trabajo había convenido en suprimir.

69. Se sugirió, además, fusionar los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 2 en un único párrafo. El Grupo de Trabajo convino en que se encomendara esa tarea al grupo de redacción.

Artículo 3. Autonomía de las partes

70. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

> "Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o establecer excepciones o modificar sus efectos [ya sea mediante una exclusión explícita o implícita, en términos contractuales que difieran de sus disposiciones]."

71. El Grupo de Trabajo tomó nota de que en el proyecto de artículo se enunciaba una cláusula ya habitual en los convenios internacionales por la que se reconocía el principio de la autonomía contractual de las partes conforme se había hecho en otros instrumentos de derecho uniforme. La oración entre corchetes respondía a una propuesta que se había hecho en el 43º período de sesiones del Grupo de Trabajo, en el sentido de que se indicara la manera en que las partes podrían sustraerse al régimen de la Convención (A/CN.9/548, párrafos 122 y 123).

72. Si bien hubo cierto apoyo a favor de que se retuvieran las palabras que estaban entre corchetes, el Grupo de Trabajo convino en que esas palabras aportaban muy poco a la regla enunciada en el proyecto de artículo y podrían suscitar incluso incertidumbre sobre la autonomía de las partes para sustraerse a lo dispuesto en el régimen de la futura convención por otros medios distintos de los expresamente mencionados en el texto del artículo.

73. Sin perjuicio de la validez general de la regla reflejada en el proyecto de artículo, se sugirió que convendría limitar la autonomía contractual de las partes respecto de ciertas reglas, o excluirla incluso por completo, dándose a dichas reglas el rango de derecho imperativo. Se citó, a título de ejemplo, el párrafo 2 del proyecto de artículo 8 y el proyecto de artículo 9. Se sugirió incluso que se declarara imperativo para las partes la totalidad del capítulo II del proyecto de convención.

74. Al respecto, se expresó el parecer de que no debía permitirse que, so pretexto de autonomía contractual, las partes se sustrajeran a ciertas reglas que estuvieran inspiradas en consideraciones de orden público de derecho interno, permitiéndoles, por ejemplo, sustituir ciertos requisitos legales de forma por métodos de autenticación de menor fiabilidad que la firma electrónica, que era la norma mínima de fiabilidad que se reconocía en el régimen de la futura convención. Se dijo, en general, que la autonomía contractual no significaba que el nuevo instrumento facultara a las partes para prescindir de ciertos requisitos legales de forma o de autenticación que fueran aplicables a los contratos o a ciertas operaciones.

75. Se dijo, además, que no cabía interpretar que en virtud de ese artículo se autorizaba a las partes a desatender ciertas disposiciones relativas al ámbito de aplicación del régimen de la Convención, haciéndolo aplicable a asuntos que el Estado Contratante interesado hubiera excluido formalmente. Se respondió que en otros instrumentos de la CNUDMI, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, figuraba una norma análoga sobre la autonomía contractual, si bien dicha autonomía se entendía en el sentido de que facultaba a las partes para prescindir de disposiciones que crearan derechos u obligaciones únicamente para ellas, no para hacer caso omiso de las disposiciones de un instrumento internacional que estuvieran dirigidas a los Estados Contratantes.

76. Prevaleció, no obstante, el parecer de que no debía restringirse el derecho de las partes a sustraerse al régimen de la Convención. Se observó que el proyecto de convención sólo tenía por objeto regular la cuestión de la equivalencia funcional necesaria para satisfacer ciertos requisitos generales de forma, por lo que no afectaba en modo alguno a ninguna norma jurídica imperativa que exigiera, por ejemplo, la utilización de ciertos métodos de autenticación en determinados contextos. En cualquier caso, el Estado podría efectuar la declaración que estimara oportuna al respecto, con arreglo a lo previsto en el proyecto de artículo 18 (véanse los párrafos 43 y 44 *supra*).

77. Tras haber escuchado los diversos pareceres que se expresaron sobre este asunto y tras reiterar su apoyo general al principio de la autonomía contractual de las partes, el Grupo de Trabajo decidió retener el proyecto de artículo, sin la oración que figuraba entre corchetes. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de artículo y remitió el texto al grupo de redacción.

Artículo 4. Definiciones

78. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

"A los efectos de la presente Convención:

[a) Por "comunicación" se entenderá toda exposición, declaración, solicitud, aviso o petición, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes han de hacer o escoger en relación con [la negociación] [la formación] o el cumplimiento de un contrato;

[b) Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos;]

c) Por "mensajes 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;

d) Por "iniciador" de una comunicación electrónica se entenderá toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar una comunicación electrónica antes de ser archivada, si ese es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario a su respecto;

e) Por “destinatario” de una comunicación electrónica se entenderá la persona designada por el iniciador para recibirla, pero que no esté actuando a título de intermediario a su respecto;

f) Por “sistema de información” se entenderá todo sistema para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma comunicaciones electrónicas;

g) Por “sistema de información automatizado” se entenderá un programa de computación o un medio electrónico u otro medio automatizado utilizado para iniciar una acción o responder a comunicaciones electrónicas o acciones en todo o en parte, sin revisión o intervención de una persona cada vez que se inicia una acción o el sistema genera una respuesta;

[h) Por “establecimiento” se entenderá [todo lugar de operaciones donde una persona ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios;] [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];]

[i) Por “persona” se entenderán solamente las personas naturales, en tanto que por “parte” se entenderán tanto las personas naturales como las jurídicas;]

[*Toda otra definición que el Grupo de Trabajo desee añadir.*]”

Apartado a): “comunicación”

79. Se observó que la nueva definición tenía por objeto evitar la enunciación reiterada en el texto del proyecto de convención de los diversos fines del intercambio de comunicaciones electrónicas (“declaración, solicitud, aviso o petición, incluida una oferta y la aceptación de una oferta”). El Grupo de Trabajo convino en suprimir el término “negociación ” y mantener sin corchetes la palabra “formación ”. Una vez precisada esa modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de definición y lo remitió al grupo de redacción.

Apartado b): “comunicación electrónica”

80. El Grupo de Trabajo observó que en la nueva definición se relacionaban los fines para los que las comunicaciones electrónicas podían servir con el concepto de “mensaje de datos”, que era importante conservar, ya que abarcaba una amplia variedad de técnicas de otra índole, además de las estrictamente “electrónicas”. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de definición y lo remitió al grupo de redacción.

Apartado c): “mensajes de datos”

81. Se sugirió intercalar el término “magnéticos” antes de la palabra “ópticos” y enumerar otros medios que sirvieran para generar, enviar, recibir o archivar información, como el facsímil y la Internet. En oposición a esa sugerencia se dijo que convenía suprimir la enumeración, habida cuenta de que algunos de los medios, como el telégrafo y el télex, eran sistemas de comunicación más antiguos y no estaban comprendidos en el ámbito de aplicación del proyecto de convención. Sin embargo, prevaleció la opinión de las delegaciones que se inclinaban por mantener

la enumeración como forma de indicar que la definición de "mensaje de datos" abarcaba no sólo el correo electrónico, sino otros sistemas de comunicación que, aunque parecieran anticuados, podían utilizarse todavía en la cadena de comunicación electrónica.

82. El Grupo de Trabajo convino en conservar la enumeración de sistemas de comunicación y en intercalar el término "magnéticos" antes de la palabra "ópticos". Una vez precisados esos puntos, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de definición y lo remitió al grupo de redacción. Consideró que podría puntualizarse, según procediera, mediante notas explicativas o un comentario oficial sobre el proyecto de convención, que la enumeración de medios era meramente ilustrativa y que la definición de "mensaje de datos" podía englobar otros sistemas de comunicación, como la Internet.

Apartados d) y e): "iniciador" y "destinatario"

83. El Grupo de Trabajo aprobó los proyectos de definición y los remitió al grupo de redacción.

Apartado f): "sistema de información"

84. El Grupo de Trabajo convino en aplazar el examen de esta definición hasta que hubiera examinado el párrafo 2 del proyecto de artículo 10 (véanse los párrafos 145 a 161 *infra*).

Apartado g): "sistema de información automatizado"

85. El Grupo de Trabajo convino en sustituir la expresión "sistema de información automatizado" por "sistema automatizado de mensajes" para evitar toda confusión con la definición del apartado f). Una vez precisada esa modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de definición y lo remitió al grupo de redacción.

Apartado h): "establecimiento"

86. Se opinó que cabría suprimir ese proyecto de definición y dejar en manos de los legisladores la tarea de definir el término "establecimiento". Sin embargo, predominó la opinión de que se definiera el concepto en el propio texto del proyecto de convención por la importancia que revestía, ya que figuraba en varios artículos. Con todo, las opiniones estuvieron divididas acerca de cuál de las dos opciones entre corchetes convenía escoger.

87. Con objeto de llegar a un consenso al respecto, se propuso mantener la segunda opción, sustituyendo en ella la frase "el lugar donde una parte mantiene" por "todo lugar donde una parte mantiene" y las palabras "establecimiento fijo" por "establecimiento no temporal". Si bien se apoyó firmemente esa propuesta, se señaló con preocupación que, al introducirse esas modificaciones la definición resultaría redundante, habida cuenta de que por "establecimiento" se entendería entonces un establecimiento "no temporal" que no se destinara al suministro "transitorio" de bienes y servicios. Se rebatió esa opinión negando que hubiera tal redundancia, ya que el concepto de "no transitorio", implícito en el adjetivo "fijo" de la segunda opción, calificaba al sustantivo "establecimiento", mientras que la expresión "distinta del suministro transitorio de bienes o servicios" se refería a las

palabras “actividad económica”. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con ese punto de vista.

88. A reserva de introducir esas modificaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de definición y lo remitió al grupo de redacción.

Apartado i): “persona” y “parte”

89. Las opiniones estaban divididas en cuanto a la conveniencia de incluir definiciones de los términos “persona” y “parte”. Se sugirió sustituir la palabra “persona” por “particular” y la palabra “parte” por “persona”, dado que este último término solía denotar en muchos ordenamientos tanto las personas físicas como las jurídicas. No obstante, prevaleció la opinión de suprimir ambas definiciones. Aún así, el Grupo de Trabajo convino en que podría utilizar eventualmente la expresión “persona física” en las disposiciones de fondo del proyecto de convención cuando procediera distinguir entre personas jurídicas y personas físicas.

Artículo 5. Interpretación

90. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

> “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 velar por 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].]”

“en virtud de las normas del derecho internacional privado”

91. El Grupo de Trabajo recordó que la frase final figuraba entre corchetes porque así lo había dispuesto en un período de sesiones anterior (véase A/CN.9/527 párrafos 125 y 126). El motivo era que enunciados similares de otros instrumentos habían dado lugar a que se malentendiera que, para interpretar una determinada convención, se permitía la remisión inmediata a la ley aplicable conforme a las reglas de conflicto de leyes del Estado del foro, sin tener en cuenta las reglas de conflicto de leyes previstas en la propia Convención. Se señaló al respecto que, como el texto del proyecto de convención no contenía tales reglas, en este caso no se corría ese riesgo y, por lo tanto, las palabras que figuraban entre corchetes podían retenerse. El Grupo de Trabajo convino en suprimir los corchetes. Una vez precisada esa modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de artículo y remitió el texto al grupo de redacción.

Artículo 6. Ubicación de las partes

92. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

> “1. Para los fines de la presente Convención, se presumirá que el establecimiento de una parte está en el lugar por ella indicado [, salvo que dicha parte 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 parte [no ha indicado un establecimiento o] tiene más de un establecimiento, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, su establecimiento a efectos de la presente Convención será el que tenga 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 parte no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta la residencia habitual de la persona.

4. El lugar de ubicación del equipo y la tecnología que mantienen un sistema de información empleado por una parte para la formación de un contrato o el lugar desde el que otras partes puedan obtener acceso a dicho sistema de información no constituyen de por sí un establecimiento [, salvo que esa parte no tenga un establecimiento [en el sentido del apartado h) del artículo 4]].

5. El mero hecho de que una parte 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."

Observaciones generales

93. Se observó que el proyecto de artículo ofrecía elementos que permitían que las partes se cercioraran de la ubicación del establecimiento de la otra parte. Se facilitaba así la determinación, entre otros factores, de la índole interna o internacional de una operación y del lugar en que el contrato podía darse por formado. El Grupo de Trabajo observó que este proyecto de disposición había sido objeto de prolongadas deliberaciones a lo largo de los años. En la versión actual ya no se obligaba a las partes a dar a conocer la ubicación de su establecimiento ni a facilitar ningún otro dato, sino que únicamente se creaba una presunción a favor de toda indicación que una parte diera del lugar de su establecimiento y se señalaban, además, las condiciones para poder rebatir dicha indicación, todo ello complementado por ciertas reglas de derecho supletorio que serían aplicables de no haberse dado ninguna indicación al respecto.

Párrafo 1)

94. El Grupo de Trabajo no aceptó la sugerencia de que se retuvieran las dos frases entre corchetes combinándolas con la conjunción "o". El Grupo de Trabajo escuchó argumentos a favor de que se suprimiera el segundo texto insertado entre corchetes, como se había sugerido en períodos de sesiones anteriores (A/CN.9/509, párrafo 48, y A/CN.9/528, párrafo 87), y se reiteraron algunos de los argumentos anteriormente aducidos para retener ese texto (véanse A/CN.9/509, párrafo 49, y A/CN.9/528, párrafo 88), que en esa oportunidad se centraron también en la necesidad de no dar la impresión de que el régimen de la nueva convención permitía que las partes se sustrajeran a la aplicación de una norma de rango legal que consideraran indeseable.

95. El Grupo de Trabajo estimó que los efectos jurídicos de que alguna de las partes hubiera hecho una declaración falsa o inexacta no era un asunto que incumbiera al régimen de la futura convención, y que en el proyecto de artículo 7 se disponía claramente que esas cuestiones, que estaban ya previstas en la mayoría de los ordenamientos, deberían quedar sujetas a toda norma, ajena al régimen de la Convención, que fuera por lo demás aplicable. En consecuencia, el Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera el segundo texto entre corchetes y procedió a examinar las palabras que aún quedaban entre corchetes.

96. En favor de la supresión del primer texto entre corchetes se adujeron principalmente los siguientes argumentos:

a) Esas palabras no añadían nada a la presunción enunciada, ya que se limitaban a precisar que no se tendría en cuenta lugar alguno en el que la parte interesada no tuviera un establecimiento;

b) Ese texto creaba cierto grado de incertidumbre acerca de la atribución de la carga de la prueba respecto de la exactitud o veracidad de la indicación que una parte hubiera dado de su propia ubicación.

97. Los principales argumentos aducidos para que se retuviera únicamente el primer texto entre corchetes fueron los siguientes:

a) Ese texto aclaraba que la presunción enunciada en el proyecto de párrafo no era de carácter absoluto, lo que, por lo demás, no se desprendía claramente del texto;

b) Sin esas palabras, cabría interpretar el proyecto de párrafo en el sentido de que se daba a las partes plena autonomía para seleccionar a su antojo la ubicación de sus establecimientos. Ese resultado era sumamente inconveniente, dado que no se debía facultar a ninguna parte para efectuar declaraciones temerariamente inexactas o carentes de veracidad.

98. Otro argumento para retener el primer texto entre corchetes fue que dicho texto contribuiría a facilitar ciertas prácticas comerciales, dado que permitiría confirmar la validez del establecimiento indicado por una empresa. Esa flexibilidad sería valiosa para toda empresa que dispusiera de más de un establecimiento, respecto de todo contrato con el que más de uno de esos establecimientos tuvieran alguna conexión. Por ejemplo, un vendedor por la Internet que disponga de varios almacenes, ubicados en distintos lugares, desde donde desee expedir diversas mercancías para atender a un único pedido efectuado por vía electrónica podría juzgar procedente indicar uno solo de esos lugares como establecimiento suyo respecto de determinado contrato. Ese texto le ofrecía esa posibilidad, y su indicación sólo podría ser impugnada si no dispusiera de establecimiento alguno en el lugar por él señalado. De no ser posible hacer esa indicación, las partes tal vez tendrían que indagar, respecto de cada contrato, cuál de los establecimientos del vendedor guardaba una relación más estrecha con el contrato de que se tratara a fin de poder determinar cuál sería el establecimiento del vendedor en ese caso en particular.

99. Tras examinar los diversos pareceres expresados, el Grupo de Trabajo convino en la conveniencia de retener el primer texto entre corchetes. Convino, no obstante, también, en que cabría mejorar la formulación del texto aclarando, por ejemplo, que para rebatir la presunción haría falta que la parte interesada (toda otra parte distinta

de la que dio la indicación) demostrara que la parte autora de la indicación no disponía de establecimiento alguno en el lugar indicado. Con ese cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de párrafo y remitió el texto al grupo de redacción.

Párrafo 2)

100. En general se consideró que, dada la estructura que tenía en esos momentos el proyecto de convención, la finalidad principal de este proyecto de párrafo era enunciar una regla de derecho supletorio para el supuesto de que una parte que tuviera más de un establecimiento no hubiera indicado su establecimiento en relación con determinada operación. Si una parte que tuviera un único establecimiento no indicara la ubicación del mismo, en la definición dada en el apartado h) del proyecto de artículo 4 ya se había previsto una respuesta. Así pues, el Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que se retuviera el texto entre corchetes, pero colocando la conjunción "y" en lugar de "o". Prevaleció también el parecer de que el párrafo enmendado ofrecería asimismo una regla supletoria para todo supuesto en el que una parte hubiera indicado más de un establecimiento.

101. El Grupo de Trabajo se mostró además de acuerdo con la sugerencia de que se suprimieran las palabras "y su cumplimiento", ya que el lugar donde se hubiera concertado el contrato era el habitualmente empleado para determinar el lugar del establecimiento. Se adujeron al respecto las siguientes razones:

a) Una expresión similar empleada en otros instrumentos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, había dado lugar a interpretaciones conflictivas en supuestos en los que el lugar de celebración del contrato no era el mismo que el lugar en que se había de cumplir el contrato, lo que sucedía a menudo (véase, además, A/CN.9/509, párrafo 51);

b) Ciertas inquietudes anteriormente expresadas sobre el riesgo de establecer una dualidad de regímenes aplicables si se utilizaba un lenguaje distinto del utilizado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (véase A/CN.9/509, párrafo 52) ya no eran válidas, en vista del alcance limitado que se estaba dando al régimen de la Convención.

102. Con los mencionados cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de párrafo y remitió el texto al grupo de redacción.

Párrafo 3)

103. Se observó que, en la forma que tenía en esos momentos, la disposición no resultaría aplicable a una persona jurídica, dado que únicamente una persona física podía tener un lugar de "residencia habitual". Se respondió que, efectivamente, la finalidad del proyecto de párrafo era que sólo fuera aplicable a las personas físicas, por lo que no sería prudente apartarse de ese lenguaje, que era ya usual en instrumentos de derecho uniforme, particularmente si el Grupo de Trabajo también deseaba formular reglas supletorias para determinar la ubicación de toda persona jurídica que no tuviera un establecimiento en el sentido del apartado h) del proyecto de artículo 4. El Grupo de Trabajo reconoció que podía haber ciertas personas jurídicas, como las denominadas "empresas virtuales", cuyo establecimiento no cumpliera los requisitos de la definición de "establecimiento". Convino, no

obstante, en que sería difícil intentar formular en una regla de derecho supletorio criterios universalmente aceptables para determinar la ubicación de la empresa en esos supuestos, dada la diversidad de opciones disponibles (por ejemplo, el lugar donde la empresa hubiera sido fundada, el principal centro de gestión, etc.). De todos modos, si una persona jurídica no tuviera un establecimiento, el régimen de la futura convención no sería aplicable a sus comunicaciones, ya que, en virtud del artículo 1, la Convención sólo regiría operaciones entre partes cuyos establecimientos estuvieran situados en Estados diferentes.

104. A reserva de que se sustituyera el término "parte" por las palabras "persona física", el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la disposición y remitió el texto al grupo de redacción.

Párrafo 4)

105. Se expresó apoyo por que se retuviera el primero de los dos textos que figuraban entre corchetes, principalmente por las siguientes razones:

a) Las empresas consideraban cada vez más su tecnología y su equipo como bienes esenciales, lo que hacía que no se pudiera descartar categóricamente, como posible factor para determinar el lugar del establecimiento, el lugar en que estuviera situado el equipo, que tal vez fuera el principal activo de una empresa;

b) Se debería enunciar una regla de derecho supletorio para determinar la ubicación del establecimiento de una persona jurídica que no dispusiera de un establecimiento en el sentido del apartado h) del artículo 4, como se hacía en el proyecto de párrafo 3 respecto de las personas físicas. La ubicación del equipo y de la tecnología de apoyo a un sistema de información constituía un factor de conexión optativo que cabría utilizar para determinar el establecimiento de una persona jurídica.

106. A esa propuesta se objetó lo siguiente:

a) Tal vez resultaría difícil determinar un factor de conexión adecuado -entre los numerosos factores teóricamente utilizables- que justificara establecer un vínculo entre una "empresa virtual" y determinado lugar. La ubicación del equipo y la tecnología podía ser uno de esos factores, pero no necesariamente el más importante;

b) Sería contradictorio que el Grupo de Trabajo hubiera convenido en determinar cierto número de factores para definir la noción de "establecimiento" y luego procediera a formular otros criterios para determinar la ubicación en todo supuesto en que no estuvieran presentes dichos factores. Se dijo que la definición de establecimiento que figuraba en el proyecto de convención no era compatible con la índole de las denominadas empresas virtuales.

107. El Grupo de Trabajo concluyó que no procedía incluir una disposición por la que se creara una presunción sobre el establecimiento atribuible a una empresa virtual, ya que, dada la relativa novedad de estas empresas, el asunto debía dejarse, de momento, librado a la jurisprudencia incipiente en la materia. El Grupo de Trabajo convino en que sería preferible sustituir el texto del proyecto de párrafo por una disposición que indicara que la ubicación del equipo y de la tecnología que sirviera de soporte para el funcionamiento de un sistema de información no constituía un criterio suficiente para la determinación del lugar del establecimiento.

El Grupo de Trabajo aprobó una nueva fórmula, que remitió al grupo de redacción, redactada en los siguientes términos:

> "Un lugar no constituye un establecimiento por el mero hecho de que sea el lugar: a) donde estén ubicados el equipo y la tecnología que sirvan de soporte para el sistema de información utilizado por una persona para la formación de un contrato; o b) donde otras partes puedan obtener acceso a dicho sistema de información."

108. Se sugirió, al respecto, sustituir las palabras "el equipo y la tecnología que sirvan de soporte para el sistema de información" por "el equipo y la tecnología que sirvan de soporte para las comunicaciones entre las partes". Se sugirió que el lenguaje propuesto se centraría así en la funcionalidad del sistema (es decir, en habilitar una vía de comunicación entre las partes) y no en el sistema como tal.

109. El Grupo de Trabajo convino, no obstante, en que la referencia a un sistema de información tenía la ventaja de centrar la atención en los medios utilizados por una empresa para negociar contratos y suministrar bienes y servicios, por lo que se prestaba más para determinar la ubicación del establecimiento de la empresa. Sustituyendo esa noción por la noción más amplia de "comunicaciones entre las partes" se englobaría a todos los sistemas utilizados en el curso de una comunicación, por ejemplo, los proveedores de servicios de información y los servidores *web*, aun cuando no guardaran relación alguna con las partes que hubieran negociado el contrato. Además, el texto en examen estaba basado en el lenguaje utilizado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, por lo que debería retenerse, en aras de la uniformidad deseable entre el lenguaje del proyecto de convención y el de toda norma jurídica interna ya promulgada que se inspirara en el texto de la Ley Modelo.

110. A reserva de las anteriores enmiendas, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de párrafo y remitió el texto al grupo de redacción.

Párrafo 5)

111. Se observó que, a diferencia de la presunción de hecho básica mencionada en el proyecto de párrafo, en algunos países no se reconocía un nombre de dominio o dirección de Internet sin haber verificado previamente la exactitud de los datos facilitados por el solicitante, particularmente la ubicación del solicitante en el país al que dicho nombre de dominio estuviera vinculado. Respecto de esos países, procedería tal vez fiarse, al menos en parte, de los datos incorporados al nombre de dominio para los fines del artículo 7 (véase también A/CN.9/509, párrafo 58).

112. El Grupo de Trabajo no aceptó esa propuesta principalmente por las siguientes razones:

a) Las divergencias entre las normas y los procedimientos que habían de aplicarse en muchos países para la asignación de un nombre de dominio hacían que dicho factor no fuera adecuado para crear una presunción;

b) Los procedimientos que se aplicaban para la asignación de nombres de dominio no siempre resultaban transparentes para los usuarios, lo que dificultaba la determinación del grado de fiabilidad de la práctica aplicada en cada país.

113. Además, el proyecto de párrafo se limitaba a impedir que un tribunal judicial o arbitral dedujera la ubicación de una de las partes basándose únicamente en el criterio del nombre de dominio o de la dirección de correo electrónico que la parte hubiera dado. Ahora bien, nada de lo dispuesto en el proyecto de párrafo impedía que el tribunal judicial o el tribunal arbitral tuviera en cuenta la asignación de un nombre de dominio como posible criterio, entre otros, para determinar la ubicación de una de las partes, si lo juzgaba oportuno.

114. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de párrafo y remitió el texto al grupo de redacción.

Artículo 7. Requisitos de información

115. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

> "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."

116. A la luz de sus deliberaciones anteriores y del hecho de que el texto reflejaba la transacción a la que se había llegado para obtener consenso sobre este punto (véase A/CN.9/456, párrafos 88 a 105), el Grupo de Trabajo decidió no aceptar una propuesta de que se añadiera al proyecto de artículo un nuevo párrafo por el que se obligara a las partes a dar a conocer la ubicación de su establecimiento. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de artículo y remitió el texto al grupo de redacción.

Artículo 8. Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas

117. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

> "1. No se negará validez ni fuerza obligatoria a un contrato u otro tipo de comunicación por la sola razón de haberse utilizado para dicho fin una forma de comunicación electrónica.
>
> [2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención hará que una persona esté obligada a utilizar o a aceptar información en forma de comunicación electrónica, pero su conformidad al respecto podrá inferirse de su conducta.]"

118. El Grupo de Trabajo no aceptó una propuesta de que se condicionara la validez del contrato a la utilización de una firma electrónica, ya que la mayoría de los ordenamientos no habían impuesto un requisito general de firma para la validez de todo tipo de contrato.

119. Tampoco se apoyó la sugerencia de que se añadiera un nuevo párrafo por el que se dispusiera que las partes podrían recurrir válidamente al tipo de tecnología que desearan para comunicarse en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato. Si bien se apreciaba la importancia de que se reconociera el principio de la neutralidad del nuevo régimen ante las diversas vías o dispositivos tecnológicos disponibles, el Grupo de Trabajo consideró que:

a) Enunciar explícitamente ese principio, en la forma sugerida, podría interferir con el funcionamiento de toda norma jurídica por la que se exigiera, por

ejemplo, la utilización de determinado método de autenticación para la concertación de ciertos tipos de contrato;

b) La estructura y la formulación del proyecto de artículo reflejaban el principio general de la no discriminación entre las diversas vías o dispositivos de comunicación disponibles, ya enunciado en el artículo 5 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, y las razones que motivaron la formulación que se dio a dicho principio en la Ley Modelo eran igualmente aplicables en ese caso.

120. Se indicó que la formulación del proyecto de párrafo 1 podía inducir al lector a pensar que el propio contrato era una comunicación, lo que resultaría incongruente a la luz del lenguaje utilizado y de las definiciones dadas en el proyecto de convención, en que se consideraba al contrato el producto de un intercambio de comunicaciones. Ahora bien, se observó también que no todas las comunicaciones cursadas por vía electrónica darían lugar al nacimiento de un contrato, por lo que procedía referirse expresamente tanto al contrato como a las comunicaciones, ya que la validez de la forma electrónica utilizada habría de ser confirmada respecto de una y otra noción.

121. El Grupo de Trabajo consideró las diversas sugerencias por las que se trataba de precisar que el principio de no discriminación enunciado en el proyecto de texto sería aplicable en dos supuestos: a) el supuesto concreto del contrato formado por el intercambio de comunicaciones electrónicas; y b) el supuesto general del recurso a la vía electrónica para hacer llegar al destinatario toda declaración, exposición, reclamación, aviso o solicitud concerniente a un contrato. El Grupo de Trabajo convino en que la lectura del texto en examen, a la luz de las definiciones que se daban, en los apartados a) y b) del artículo 4, de las nociones de “comunicación” y “comunicación electrónica”, ya abarcaba ambos supuestos.

122. A reserva de que se eliminaran los corchetes del párrafo 2, cuyo texto no había sido objeto de ninguna observación de fondo, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de artículo y remitió el texto al grupo de redacción.

Artículo 9. Requisitos de forma

123. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

“[1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención obligará a que un contrato o cualquier otra comunicación tenga que hacerse o probarse de alguna forma particular.]

2. Cuando la ley requiera que un contrato o cualquier otra comunicación conste por escrito, se cumplirá ese requisito si la comunicación electrónica contiene información accesible para su ulterior consulta.

3. Cuando la ley requiera que un contrato o cualquier otra comunicación sea firmado por una parte o prevea consecuencias de la falta de firma se considerará que se reúne ese requisito en relación con una comunicación electrónica si:

a) Se utiliza algún método para identificar a esa parte y para indicar que esa parte aprueba la información que figura en la comunicación electrónica; y

b) El método utilizado es fiable según corresponda a los fines para los que se generó o se notificó la comunicación electrónica atendidas todas las circunstancias del caso, así como de cualquier acuerdo pertinente.

[4. En los casos en que la ley requiera que un contrato o cualquier otro tipo de comunicación se presente o conserve en su forma original en el texto, o prevea consecuencias de la falta de un original, se reunirá ese requisito respecto de una comunicación electrónica si:

a) existe seguridad fidedigna de la integridad de la información que contiene a partir del momento en que se generó en forma definitiva, en tanto comunicación electrónica o de otra manera; y

b) en los casos en que se requiera que la información que contiene se presente, esa información se pueda exhibir a la persona a la que se ha de presentar.

5. Para los fines del apartado a) del párrafo 4:

a) los criterios para evaluar la integridad consistirán en si la información se ha mantenido completa y sin alteraciones, aparte de la adición de todo endoso o cambio que surja en el curso normal de la comunicación, almacenamiento y exhibición; y

b) la norma de fiabilidad requerida se evaluará atendiendo el propósito para el cual se generó la información y atendidas todas las circunstancias pertinentes.]"

Párrafo 1

124. A la luz de sus deliberaciones anteriores acerca de lo dispuesto en este proyecto de párrafo (véase A/CN.9/546, párrafo 49), el Grupo de Trabajo convino en que se retuviera su texto una vez suprimidos los corchetes.

Párrafo 2

125. Respondiendo a una pregunta, se observó que el término "ley" tenía, en ese párrafo y en otros lugares del proyecto de convención, el mismo significado que en las disposiciones correspondientes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, y designaba toda norma que fuera aplicable, de índole legal, reglamentaria o jurisprudencial. El Grupo de Trabajo convino, no obstante, en que no se tratara de dar definición alguna del término "ley" en el texto del proyecto de convención, sino que se aclarara en alguna nota explicativa u observación oficial del texto de la futura convención, al igual que se hacía en el párrafo 46 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

126. Respondiendo a otra pregunta, el Grupo de Trabajo observó que el proyecto de artículo 9 sería en general aplicable a todo requisito de forma previsto por la norma de derecho interno que fuera por lo demás aplicable. Se explicó que toda regla de orden público de derecho interno aplicable que fuera contraria al empleo de las comunicaciones electrónicas podría ser soslayada, ya fuera por medio de una exclusión con arreglo a lo previsto en el texto del artículo 2, o por medio de una declaración de exclusión efectuada con arreglo a lo previsto en el artículo 18.

Párrafo 3

127. Se sugirió que se suprimiera el apartado b) del párrafo 3, cuyo texto enunciaba los requisitos para la fiabilidad de una firma electrónica. Se adujeron, básicamente, las siguientes razones:

a) La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico cumplía, en su artículo 7, dicho cometido, al regular la cuestión de la fiabilidad de la firma junto con las condiciones requeridas para la atribución de un mensaje de datos;

b) Básicamente, los artículos 7 y 13 de la Ley Modelo permitían dar por válida una firma electrónica y atribuir un mensaje a su iniciador, con tal de que el destinatario utilizara un método convenido con el iniciador para comprobar la autenticidad del mensaje, sin que hubiera de comprobarse también la autenticidad de la propia firma;

c) Ahora bien, en el proyecto de convención, según lo convenido anteriormente por el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/546, párrafo 127), no se abordaba la cuestión de la atribución de los mensajes de datos. A tenor del apartado b) del párrafo 3, aun cuando no se pusiera en tela de juicio la identidad del iniciador de la comunicación ni la firma, un tribunal podía invalidar la totalidad del contrato si estimaba que la tecnología o el método utilizado no bastaba, en principio, para probar la operación.

128. Si bien en cierta medida se apoyó la sugerencia de que se eliminara el apartado b), el Grupo de Trabajo optó por que se retuviera. Se opinó que la retención del apartado a) entrañaba el mismo riesgo, dado que el tribunal competente tal vez se sentiría inclinado a considerar únicamente el grado de fiabilidad del método utilizado para la firma, a fin de establecer la identidad de una persona, sin tener en cuenta la necesidad de tomar en consideración otros factores distintos de la tecnología, tales como la finalidad para la que se hubiera creado o transmitido la comunicación electrónica, o todo acuerdo que pudieran haber concertado las partes al respecto.

Párrafos 4 y 5: "en su forma original"

129. El Grupo de Trabajo observó que en las versiones anteriores del proyecto de convención no se regulaba en modo alguno la noción del equivalente electrónico de "un original" consignado sobre papel, dado que básicamente se abordaban asuntos relacionados con la formación del contrato, no las normas probatorias aplicables. Se había sugerido que sería ahora necesaria una disposición relativa a la noción de "original", dado que el proyecto de artículo 19 había extendido la aplicabilidad del nuevo régimen a los acuerdos de arbitraje que se regían por la Convención de Nueva York de 1958. Se informó al Grupo de Trabajo de que esa cuestión había sido examinada por el Grupo de Trabajo II (Arbitraje) en su 42º período de sesiones (Viena 13 a 17 de septiembre de 2004) y había sido bien acogida (véase el párrafo 53 *supra*). El Grupo de Trabajo examinó conjuntamente los textos de los párrafos 4 y 5 del artículo 9, dada la conexión existente entre ellos, y observó que esas disposiciones eran nuevas en el proyecto de convención.

130. Se adujo, a favor de que se retuvieran dichos párrafos, que era esencial disponer de una norma relativa a los equivalentes electrónicos de los originales

consignados sobre papel, a fin de dar un respaldo eficaz al empleo de la vía electrónica al servicio de la concertación de un acuerdo de arbitraje, dado que, a tenor de los artículos II y IV de la Convención de Nueva York de 1958, sólo sería posible la ejecución de un laudo arbitral y la remisión de la controversia entre las partes a la vía arbitral si la parte que invocara un acuerdo de arbitraje presentaba el texto original de dicho acuerdo o una copia debidamente certificada del mismo. Sin las disposiciones adicionales del proyecto de artículo 9, persistirían las dudas sobre el valor probatorio de un acuerdo de arbitraje concertado por vía electrónica, lo que induciría a las partes a optar por el método más seguro de un contrato consignado sobre papel.

131. Ahora bien, se hicieron también ciertas objeciones al texto propuesto para los nuevos párrafos por las siguientes razones:

a) De la manera en que estaban redactadas las disposiciones, no se circunscribían a los acuerdos de arbitraje, por lo que podrían tener repercusiones que el Grupo de Trabajo tal vez no podría prever;

b) La norma para establecer la equivalencia funcional de un mensaje electrónico no ofrecía el grado de certeza jurídica deseable, en vista de la norma flexible de fiabilidad enunciada en el apartado b) del párrafo 5, que permitía adaptar dicha norma a cada caso;

c) Aun cuando se restringiera su alcance al supuesto de los acuerdos de arbitraje, los párrafos eran improcedentes, ya que se excedían del marco puramente contractual e interferían con el funcionamiento de las normas de derecho procesal de la ley del foro, al imponer al tribunal competente una norma de equivalencia funcional que podía ser distinta de la norma reconocida por la ley del foro.

132 El Grupo de Trabajo observó que, si bien los párrafos 4 y 5 tenían por objeto resolver determinado problema planteado por los acuerdos de arbitraje, esas normas no dejarían de ser útiles en otros campos, donde cabía prever obstáculos para el comercio electrónico imputables a otros requisitos legales de presentación de un texto en su "forma original". Pese a los pareceres divergentes expresados sobre el acierto de esa conclusión, el Grupo de Trabajo no se mostró de acuerdo en que se limitara el ámbito de aplicación de los proyectos de párrafo 4 y 5 a los acuerdos de arbitraje.

133. El Grupo de Trabajo pasó a examinar otras posibles soluciones para responder a dichas inquietudes. Una de ellas fue que se suprimiera el apartado b) del párrafo 5 y la palabra "fidedigna" del apartado a) del párrafo 4 a fin de enunciar claramente la idea de que se había de obtener una certeza absoluta acerca de la integridad de la información consignada para que un mensaje electrónico cumpliera plenamente la función de un original consignado sobre papel. El Grupo de Trabajo rechazó dicha sugerencia, al opinar que el texto resultante sería ambiguo y no enunciaría necesariamente una norma de integridad más estricta, ya que cabría argumentar a favor de la suficiencia de toda "garantía" que se diera de la integridad, cualquiera fuera su "fiabilidad".

134. Otra sugerencia fue que se aclarara que las nuevas disposiciones no tenían por objeto interferir con las normas aplicables de derecho procesal civil interno, por lo que el Grupo de Trabajo debería considerar la conveniencia de reinsertar en el proyecto de artículo 9 o, mejor aún, en el proyecto de artículo 2, una exclusión

aplicable a todo acto o contrato para el que la ley exigiera la intervención de un tribunal judicial o de alguna otra autoridad pública, o de algún miembro diplomado de una profesión legalmente reconocida a la que se hubiera asignado alguna función pública respecto de dicho acto o contrato. El Grupo de Trabajo no se mostró de acuerdo con dicha sugerencia y reiteró su decisión anterior al respecto (véanse los párrafos 63 a 66 *supra*). Toda excepción inspirada en razones de orden público de derecho interno debería ser formulada, en caso de ser necesaria, por el Estado interesado por medio de una declaración con arreglo al artículo 18.

135. El Grupo de Trabajo decidió retener los proyectos de párrafo 4 y 5 y eliminar los corchetes del texto.

136. Posteriormente el Grupo de Trabajo reanudó el examen de los apartados f) y g) del párrafo 2 del artículo 2 (véase el párrafo 66 *supra*). Se observó también que las posibles consecuencias de la duplicación no autorizada de un documento de titularidad o de un título negociable, así como, en general, de todo título transferible que facultara a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero, hacía necesario que se previeran mecanismos para garantizar la singularidad u originalidad de un documento. Se recordó, además, que encontrar una solución para dicho problema obligaría a combinar una serie de mecanismos jurídicos, tecnológicos y comerciales, ninguno de los cuales había sido plenamente desarrollado ni ensayado hasta ese momento. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que las cuestiones suscitadas por los títulos negociables y otros documentos similares, particularmente la necesidad de salvaguardar su unicidad, trascendían de la mera cuestión de garantizar la equivalencia funcional entre un documento consignado sobre papel y ese mismo tipo de documento consignado en forma electrónica, razón por la cual lo dispuesto en los párrafos 4 y 5 no bastaría para que el régimen de la futura convención regulara adecuadamente esos documentos. En consecuencia, el Grupo de Trabajo convino en que se retuviera el contenido esencial de lo dispuesto en los apartados f) y g) del artículo 2 en una sola disposición redactada en los siguientes términos:

> "La presente Convención no será aplicable a las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén ni a ningún otro título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero."

137. Se sugirió que se añadiera el siguiente párrafo al proyecto de artículo:

> "Los párrafos 4 y 5 no serán aplicables cuando una parte esté obligada, ya sea por ley o por los términos del contrato, a presentar ciertos documentos originales a efectos de reclamar el pago de una carta de crédito, una garantía bancaria u otro instrumento análogo."

138. Se explicó que la adición propuesta tenía por objeto aclarar que las cartas de crédito y las operaciones que entrañaban no quedaban excluidas en su totalidad del ámbito de aplicación del proyecto de convención, sino únicamente de las disposiciones relativas a los documentos originales. Era preferible utilizar esa opción, en vez de permitir que se hicieran exclusiones unilateralmente por medio de las declaraciones previstas en el proyecto de artículo 18, habida cuenta del carácter internacional de las cartas de crédito y demás instrumentos análogos. No obstante, la propuesta se rechazó rotundamente por considerarse más apropiado abordar las

exclusiones en los proyectos de artículo 2 ó 18. También se propuso dar a los Estados la posibilidad de excluir la aplicación de los párrafos 4 y 5 del proyecto de artículo. El Grupo de Trabajo no tuvo tiempo para examinar a fondo la propuesta de enmienda ni las objeciones que se le hicieron, por lo que decidió someter a consideración de la Comisión el párrafo adicional propuesto entre corchetes.

139 El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de los proyectos de párrafo 4 y 5 y remitió el texto al grupo de redacción.

Artículo 10. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas

140. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

> "1. La comunicación electrónica se habrá expedido en el momento en que [entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la parte que envió la comunicación electrónica en nombre del iniciador] [salga de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envió 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 parte que envió la comunicación electrónica en nombre del iniciador] [salido de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que envió la comunicación electrónica en nombre del iniciador], en el momento en que se reciba esa comunicación electrónica.
>
> 2. La comunicación electrónica se habrá recibido en el momento en que sea susceptible de ser recuperada por el destinatario o por cualquier otra parte designada por éste. Se presumirá que una comunicación electrónica es susceptible de ser recuperada por su destinatario cuando entre en el sistema de información del destinatario, salvo que no sea razonable que el iniciador haya optado por ese sistema de información para enviar su comunicación electrónica, habida cuenta del contenido de la comunicación electrónica y de las circunstancias del caso [, incluida la designación por el destinatario de determinado sistema de información con objeto de recibir comunicaciones electrónicas].
>
> 3. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibida 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."

Párrafo 1

141. Se observó que la salida de una comunicación de un sistema de información que estuviera bajo el control del iniciador y su entrada en otro sistema de información que no estuviera bajo el control del iniciador eran las dos caras de una misma moneda, dado que una comunicación siempre salía de un sistema para entrar en otro. Se dijo que el primer texto entre corchetes, que se utilizaba igualmente en el párrafo 1 del artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio

Electrónico, era preferible por estar centrado en un elemento probatorio de fácil acceso para las partes, dado que el protocolo de transmisión de todo mensaje de datos solía indicar la hora de entrega del mensaje en el sistema de destino o en cualquier sistema intermedio de transmisión, y no indicaba, en cambio, el momento en que el mensaje salía del sistema del iniciador.

142. Prevaleció, no obstante, el parecer de que sería preferible el lenguaje utilizado en el segundo texto entre corchetes. Se dijo que sería más lógico disponer que se tendría por expedido un mensaje en el momento en que saliera de la esfera de control del iniciador o, en términos del propio texto del proyecto de convención, al salir del sistema de información que estuviera bajo el control del iniciador. Esa formulación correspondía prácticamente a la noción de "envío" o "expedición" en un entorno no electrónico.

143. Respecto del lenguaje utilizado en el segundo texto entre corchetes, se dijo que la comunicación salía del control del iniciador en el momento de ser expedida, por lo que toda regla sobre las comunicaciones transmitidas en el interior de un "mismo" sistema sería irrelevante. Ahora bien, se observó también que algunas comunicaciones electrónicas tal vez no abandonaran nunca el sistema del iniciador, como sucedería, por ejemplo, respecto de toda información que se presentara en un sitio *Web* administrado por el propio iniciador. La regla enunciada en la segunda parte del proyecto de párrafo era importante, ya que, de lo contrario, esos supuestos no estarían previstos.

144. El Grupo de Trabajo decidió retener el segundo y el cuarto textos entre corchetes y suprimir el primero y el tercero, y remitió el texto al grupo de redacción.

Párrafo 2

145. El Grupo de Trabajo observó que ninguna otra disposición del proyecto de convención había dado lugar a un debate tan prolongado entre sus miembros como el texto del proyecto de párrafo 2 (véanse A/CN.9/509, párrafos 94 a 98; A/CN.9/528, párrafos 141 a 151, y A/CN.9/546, párrafos 61 a 80). Se recordó que el texto en examen era el fruto de un intento de llegar a una solución de avenencia entre las delegaciones que estaban a favor de una norma basada en el momento en que la comunicación se pudiera recuperar y las que propugnaban el criterio más objetivo de la entrada del mensaje en el sistema de información del destinatario (A/CN.9/548, párrafos 73 y 74).

146. Se expresó el parecer de que los problemas con que se seguía tropezando dimanaban de las diversas interpretaciones dadas a la expresión "sistema de información" (véase también A/CN.9/546, párrafos 68 y 69). El hecho de que esa expresión no se entendiera de la misma forma hacía que resultara imprudente establecer una norma general basada en el momento de la recepción de una comunicación electrónica, ya que no quedaba clara la relación jurídica existente entre el destinatario y el sistema de información previsto en el proyecto de párrafo (es decir, si se trataba de una relación de titularidad o de algún otro tipo de relación similar). Toda norma que hiciera obligatoria la existencia de esa relación limitaría indebidamente el tipo de sistema de información que cabría utilizar para enviar una comunicación electrónica al destinatario por medios válidos. Se sugirió, para evitar ese problema, que se modificara la segunda oración del proyecto de párrafo con objeto de disponer que se presumiría que una comunicación electrónica podía ser

recuperada por el destinatario al entrar en un sistema de información que éste hubiera aceptado utilizar. Se dijo que con esa enmienda se aclararía que el consentimiento del destinatario era el único criterio pertinente, independientemente de la relación entre el destinatario y el sistema de información que hubiera aceptado utilizar. La propuesta tenía por objeto, además, eliminar la falsa impresión de que el proyecto de párrafo daba lugar a que un sistema de información fuera plenamente equiparable a una dirección postal. Esa equiparación no resultaría razonable, desde el momento en que no se imponía, por ejemplo, al titular de una dirección electrónica la misma obligación de verificar la entrada de correo en su dirección electrónica que la que se imponía al propietario de un establecimiento de recoger el correo que fuera llegando a su dirección postal.

147. Pese a que hubo ciertas expresiones de apoyo a favor de la enmienda propuesta, prevaleció el parecer contrario. Se dijo que la enmienda propuesta no reportaría ninguna ventaja apreciable respecto del texto en examen, en que la expresión "no sea razonable" ya daba a entender claramente que un iniciador que eligiera una dirección sin haber obtenido el consentimiento del destinatario no podía invocar presunción alguna a favor de que el mensaje hubiera sido recibido. Además, imponer un requisito expreso o implícito de consentimiento previo del destinatario para cada operación no sería la mejor manera de fomentar el comercio electrónico, ya que resultaría demasiado oneroso imponer al iniciador la obligación de demostrar que el destinatario consintió en que se utilizara determinada dirección para una comunicación.

148. En el curso de las deliberaciones del Grupo de Trabajo se fueron perfilando tres posturas firmemente respaldadas:

a) En primer lugar, la principal dificultad creada por el texto en examen dimanaba de que ya no se distinguía entre un sistema de información designado y un sistema no designado, distinción que era preciso restablecer a la luz de las prácticas comerciales vigentes (véase también A/CN.9/546, párrafo 70);

b) En segundo lugar, la formulación del texto en examen era aceptable, ya que sentaba una base sólida para llegar a una solución de avenencia que evitara la distinción entre sistemas de información designados y no designados y los diversos problemas que esa distinción causaba (véase A/CN.9/528, párrafo 148);

c) En tercer lugar, el texto debería abordar, a lo sumo, los sistemas designados y, aun así, habría que abstenerse de enunciar una norma general basada en el criterio de la recepción, dado que las medidas introducidas por las empresas y los particulares para preservar la integridad, la seguridad y el buen funcionamiento de sus sistemas de información (por ejemplo, dispositivos para bloquear el correo "basura" o para evitar la propagación de virus) habían dado lugar, en la práctica, a la pérdida reiterada de comunicaciones.

149. El Grupo de Trabajo se detuvo a examinar esas tres posturas, particularmente la última, que introducía un nuevo elemento en el debate. El Grupo de Trabajo reconoció el hecho de que ciertas medidas de seguridad, como los filtros o los cortafuegos, podían efectivamente impedir la llegada a su destino de ciertas comunicaciones electrónicas. No se llegó a un acuerdo, sin embargo, en relación con la sugerencia de que el iniciador corriera con la totalidad del riesgo de la pérdida de un mensaje. A lo sumo, la solución que se diera debería limitarse a sentar

el principio de que no cabía presumir que un mensaje bloqueado fuera "susceptible de ser recuperado".

150. Se sugirió, al respecto, que una de las inquietudes expresadas concernía a la índole aparentemente absoluta de la regla enunciada en el proyecto de párrafo. A la luz de las crecientes inquietudes del mundo comercial respecto de la seguridad de la información y de las comunicaciones electrónicas, toda regla basada en el momento de la recepción debería estar necesariamente vinculada al consentimiento dado por el destinatario con respecto a utilizar determinado sistema de información, y no debería obligar a ninguna persona que no hubiera aceptado asumir el riesgo de la pérdida de las comunicaciones. Se sugirió que un mejor enfoque sería reformar el proyecto de párrafo en los siguientes términos: "Se presumirá que una comunicación electrónica ha sido recibida por su destinatario en el momento en que pase a ser recuperable en la dirección electrónica por él designada, salvo que su recuperación no haya sido razonablemente factible, habida cuenta de las medidas de seguridad adoptadas". Se argumentó que el empleo combinado de esa presunción y de la regla de una dirección designada constituía fiel reflejo de la práctica actual, por lo que respondería mejor a las necesidades del comercio, gracias a su inherente flexibilidad.

151. Si bien se expresaron diversos pareceres favorables al principio básico reconocido en esa propuesta, se formularon también varias objeciones importantes. La nueva formulación no sólo se alejaba de modo notable del texto del artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, sino que restaría certeza jurídica a las operaciones, al convertir la regla actual en una presunción rebatible y al trasladar al iniciador la totalidad del riesgo de la pérdida del mensaje. Además, el nuevo texto propuesto se fundaba en elementos sumamente subjetivos, al haberse eliminado el criterio objetivo de la entrada de una comunicación o mensaje en un sistema de información. Se dijo que tal vez fuera preferible no enunciar regla alguna al respecto, en vez de introducir un factor de incertidumbre en una disposición tan importante.

152. El Grupo de Trabajo deliberó largamente sobre el fondo de la propuesta y todas las posibles variantes encaminadas a mejorar el texto. En el curso del debate se fue llegando a un acuerdo, en general, sobre los siguientes aspectos:

a) Era importante que el proyecto de convención abordara la cuestión de la recepción de las comunicaciones electrónicas, preferiblemente mediante una regla general y previendo las presunciones que se estimaran oportunas para facilitar la determinación de todo hecho significativo;

b) Sería preferible que el proyecto de párrafo vinculara la recepción de una comunicación electrónica a la entrega o entrada de dicha comunicación en algún lugar que fuera definible en términos más precisos que la amplia noción de "sistema de información". Se apoyó firmemente la utilización, en su lugar, de la expresión "dirección electrónica", pese a ciertas inquietudes de que esa expresión no estaba definida en el proyecto de convención, por lo que no resultaría necesariamente más clara que la noción de "sistema de información";

c) Siempre y cuando se previeran bien las consecuencias, cabría establecer una distinción entre el supuesto de que una parte expresamente solicitara o exigiera el empleo de determinada dirección electrónica y el supuesto de que una

comunicación electrónica se enviara simplemente a una dirección electrónica que se supiera que una parte utilizaba o de la que dicha parte fuera titular.

153. Tras prolongadas consultas, se propuso sustituir el proyecto de párrafo por la siguiente versión revisada:

> "La comunicación electrónica se tendrá por recibida en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica que él haya designado.
>
> La comunicación electrónica que haya sido expedida a otra dirección del destinatario se tendrá por recibida en el momento en que esa comunicación pueda ser recuperada por el destinatario en dicha dirección y al llegar a su conocimiento que el envío se hizo a la misma.
>
> Se presumirá que una comunicación electrónica puede ser recuperada por el destinatario al llegar a su dirección electrónica.
>
> El presente párrafo no será aplicable a una comunicación electrónica cuya recuperación o cuya llegada a la dirección electrónica de destino se haya visto impedida [o notablemente demorada] por el funcionamiento de medidas tecnológicas razonablemente introducidas para preservar la integridad, la seguridad o el buen funcionamiento del sistema de comunicaciones electrónicas del destinatario."

154. Si bien la propuesta obtuvo considerable apoyo como nueva hipótesis de trabajo, se formularon serias objeciones al texto, particularmente a la segunda y la cuarta oraciones.

155. En cuanto a la segunda oración, se indicó que significaría volver a introducir la noción de sistema designado, por lo que dejaría de ser congruente con el artículo 24 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, en que no se hacía distinción alguna por razón de que se hubiera designado o no un establecimiento o una dirección. Se expresaron también inquietudes respecto de la posibilidad de recuperar una comunicación expedida a una dirección electrónica no designada, dado que el efecto combinado de la segunda y la tercera oraciones impondría una carga excesiva al destinatario, que se vería obligado a controlar con regularidad diversas direcciones electrónicas que tal vez no estuvieran en uso a la sazón. La nueva oración propuesta facilitaría además toda tentativa de alguna parte que obrara de mala fe de enviar un mensaje a una dirección no designada por el destinatario a fin de que éste quedara obligado por el contenido de un mensaje que de otra forma probablemente habría rechazado.

156. Se respondió que la regla propuesta sólo surtiría efecto si el destinatario era consciente de que la comunicación había sido enviada a determinada dirección, lo que limitaba considerablemente el alcance de dicha regla, particularmente si se la comparaba con la disposición enunciada en el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. La regla enunciada en la segunda oración, por la que se exigía que el destinatario estuviera al corriente de la existencia de la comunicación electrónica, era sin duda la más favorable para su receptor.

157. Se expresaron asimismo inquietudes acerca del empleo de la expresión "dirección electrónica". Se sugirió que se añadiera una definición al proyecto de artículo 4 que pusiera en claro que no se refería únicamente a la noción de dirección

de correo electrónico, sino a todo avance tecnológico pertinente que surgiera en el futuro. Se dijo que, en el sentido utilizado por el proyecto de disposición, la expresión "dirección electrónica" se refería a alguna "porción, sitio o lugar de un sistema de información que una persona utilizara para recibir mensajes electrónicos". El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con esa idea, pero prefirió no dar una definición en el proyecto de artículo 4, a fin de dejar que el concepto fuera aclarado en alguna nota explicativa u observación oficial sobre el proyecto de convención.

158. El Grupo de Trabajo no se mostró de acuerdo con una propuesta de que se insertara cierto texto adicional por el que se dispusiera que una comunicación expedida a una dirección electrónica que no hubiera sido designada por el receptor o destinatario de la misma sólo se tendría por recibida si el destinatario optaba por no darle curso. Se observó que el texto adicional propuesto abordaba la cuestión de la validez de las comunicaciones, lo que era ajeno al ámbito de aplicación del proyecto de convención.

159. El Grupo de Trabajo tampoco aceptó una propuesta de que se insertaran las palabras "durante horas de oficina" en la tercera oración del nuevo texto propuesto para el proyecto de párrafo 2. Se observó que, al igual que el artículo 24 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, el proyecto de párrafo no debería abordar la cuestión de la incidencia de los días festivos o del horario usual de trabajo de cada país, factores que no dejarían de suscitar problemas y de dar lugar a cierta incertidumbre jurídica en un instrumento aplicable a las operaciones internacionales. Además, los efectos jurídicos de la recuperación del mensaje no estaban comprendidos en el ámbito de aplicación de la futura convención, sino que se dejaban al arbitrio del derecho interno aplicable. Se recordó, asimismo, que la presunción sería rebatible si la comunicación no podía ser recuperada.

160. Pese a que se expresó cierto apoyo a favor de la cuarta oración de la nueva versión propuesta para el proyecto de párrafo, prevaleció ampliamente el parecer de que dicha oración no era necesaria y debía ser suprimida. Se observó que la presunción establecida en la tercera oración de la nueva versión propuesta para el proyecto de párrafo 2 era rebatible en todo supuesto en el que algún dispositivo de seguridad o de otra índole hubiera impedido que la comunicación fuera recuperada. Se adujo, además, que en la práctica dicha presunción dotaría de mayor flexibilidad a la evaluación que habría de hacerse de los hechos, en el supuesto de que se discutiera si la comunicación había sido recibida o no. El Grupo de Trabajo convino, no obstante, en la necesidad de hacer hincapié, en las notas explicativas o en las observaciones oficiales sobre el proyecto de convención, en la cuestión mencionada en esa oración.

161. A reserva de lo expresado en sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió aprobar el contenido de la nueva versión revisada del proyecto de párrafo 2 y remitió el texto al grupo de redacción.

Párrafo 3

162. Se expresó la inquietud de que la disposición en examen se prestaba, en última instancia, para que se reconociera la validez jurídica de todas las comunicaciones electrónicas considerándolas recibidas en el establecimiento del destinatario, aun cuando hubieran sido enviadas a una dirección electrónica no designada por él. Se sugirió enmendar el texto del proyecto de párrafo a fin de limitar su alcance a las comunicaciones electrónicas entregadas o depositadas en una dirección electrónica que hubiera sido designada para dicho fin.

163. Se respondió que la finalidad de la disposición era evitar la dualidad de establecimientos en el supuesto de que una comunicación fuera recuperada en un lugar que no fuera el establecimiento que se hubiera tomado en consideración para determinar la aplicabilidad del régimen de la futura convención. Se observó que la disposición se limitaba a aclarar que la ubicación de un sistema de información que sirviera de soporte a una dirección electrónica era un factor totalmente irrelevante para determinar el lugar en que se recibía la comunicación. Esa aclaración era útil en un entorno electrónico, y resultaba aún más importante a la luz de las enmiendas introducidas en el proyecto de párrafo 2, dado que las comunicaciones electrónicas eran recuperables en cualquier lugar desde el que una parte pudiera tener acceso a su propia dirección electrónica, a diferencia de la situación habitual en un entorno de comunicaciones transmitidas por correo, que habitualmente serían entregadas y recuperadas en el propio lugar de la dirección postal designada por la parte que fuera titular de dicha dirección.

164. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de párrafo y remitió el texto al grupo de redacción.

Párrafo 4

165. El Grupo de Trabajo convino en insertar la frase “que sirva de soporte a una dirección electrónica” a continuación de las palabras “sistema de información” y remitió el texto de este párrafo al grupo de redacción.

Conclusión

166. A reserva de las enmiendas anteriormente mencionadas, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de artículo y remitió el texto al grupo de redacción.

Artículo 11. Invitaciones para presentar ofertas

167. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

> “Toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de una o más comunicaciones electrónicas que no vaya dirigida a una o varias partes determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda parte que haga uso de un sistema de información, así como toda propuesta que haga uso de una aplicación interactiva para hacer pedidos a través de dicho sistema, se considerará como una invitación a presentar ofertas, salvo que indique claramente la intención de la parte que presenta la propuesta de quedar obligada por su oferta en caso de que sea aceptada.”

168. Se recordó que ese proyecto de disposición se había redactado de manera de reflejar el consenso que había surgido al respecto en el Grupo de Trabajo tras un prolongado debate (véanse A/CN.9/509, párrafos 74 a 85; A/CN.9/528, párrafos 109 a 120, y A/CN.9/546, párrafos 106 a 116).

169. Se expresó la opinión de que en algunos ordenamientos jurídicos no se conocía el concepto de invitación para presentar ofertas y, por consiguiente, sería preferible reemplazar ese concepto por una frase como "la propuesta no será una oferta". Se respondió que el concepto de invitación para presentar ofertas era muy común en los textos uniformes de derecho mercantil internacional y que se utilizaba en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.

170. Se propuso reemplazar el término "partes", que podía dar a entender que existía un contrato, por el término "personas", que era más neutro. Se indicó, sin embargo, que en el proyecto de artículo 11 el término "partes" se refería claramente a las partes en una comunicación, independientemente de que con el tiempo se formara o no un contrato. El término "personas" no era adecuado en ese contexto, dado que en el proyecto de convención significaba "personas físicas".

171. El Grupo de Trabajo consideró que no era necesario formular normas que regularan específicamente las ofertas de bienes presentadas en subastas por la Internet y otras operaciones análogas, que en muchos ordenamientos jurídicos se habían considerado ofertas vinculantes para la venta de bienes al mejor postor. Se consideró que esa posibilidad ya estaba prevista en la frase "salvo que indique claramente la intención de la parte que presenta la propuesta de quedar obligada por su oferta en caso de que sea aceptada".

172. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 11 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 12. Empleo de sistemas de información automatizados para la formación del contrato

173. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

> "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 los sistemas o el contrato resultante de tales actos."

174. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 12 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 13. Disponibilidad de las condiciones contractuales

175. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

"[Variante A

> 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 alguna o todas las condiciones de un contrato mediante el intercambio de

comunicaciones electrónicas deba poner a disposición de la otra parte contratante de una determinada manera las comunicaciones electrónicas que contengan las condiciones del contrato, ni eximirá a una parte que no lo haga de las consecuencias jurídicas de su incumplimiento.]

[Variante B

Toda parte 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] la o las comunicaciones electrónicas que contengan las condiciones del contrato, y deberá hacerlo de alguna forma que permita su archivo y reproducción.]"

176. El Grupo de Trabajo observó que la Variante A se había añadido para atender a la solicitud que había formulado en vista de la controversia planteada en torno al proyecto de artículo (véase A/CN.9/546, párrafos 130 a 135). Observó también que la Variante B se había puesto entre corchetes porque no había surgido consenso entre sus miembros acerca de la necesidad de la disposición (véase A/CN.9/509, párrafos 123 a 125, y A/CN.9/546, párrafos 130 a 135).

177. Se apoyó en cierta medida la supresión del proyecto de artículo 13 por considerarse que, en cualquiera de sus variantes, impondría a las Partes Contratantes requisitos más rigurosos que los que se aplicaban en la esfera de la documentación en papel, y que no había razón alguna para establecer un trato diferente. Se indicó que la disposición no era necesaria, ya que los artículos 14 y 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa constituirían el marco reglamentario necesario en los casos en que la propuesta no estuviese bien definida y en que sus términos se modificaran con posterioridad, respectivamente. Se indicó también que el texto de la Variante B se hacía eco de disposiciones encaminadas a proteger a los consumidores, que claramente escapaban al alcance del proyecto de convención.

178. No obstante, también se apoyó enérgicamente la adopción de la Variante B. Se argumentó que ese texto promovería la buena práctica comercial. Se indicó también que la finalidad del artículo de aumentar la transparencia de los términos contractuales y la certidumbre jurídica se lograría sin imponer una carga excesiva a las Partes Contratantes. Por otra parte, la disposición sería igualmente provechosa para las relaciones de las empresas entre sí y de éstas con los consumidores. Se sugirió que se ampliara la norma para que también abarcara los cambios posteriores de las condiciones contractuales.

179. Se sostuvo, no obstante, que la determinación de las consecuencias de quebrantar la norma era de competencia del derecho interno. Se indicó también que la aplicación de la Variante B podía invalidar disposiciones expresamente convenidas por las partes.

180. En último término, prevaleció la opinión en favor de la adopción de la Variante A. Se indicó que una disposición de "salvaguardia" como esa sería útil para recordar las normas internas e internacionales aplicables, al tiempo que se evitaba crear una norma sustantiva que escaparía al ámbito de aplicación del proyecto de convención.

181. El Grupo de Trabajo aprobó la supresión de los corchetes del texto de la Variante A y también la del texto entre corchetes de la Variante B, y remitió el texto del proyecto de artículo 13 al grupo de redacción.

Artículo 14. Error en las comunicaciones electrónicas

182. El texto del proyecto de artículo era el siguiente:

"[1. En los casos en que una persona cometa un error en una comunicación electrónica intercambiada con el sistema de información automatizado de otra parte y el sistema de información automatizado no brinde a la persona la oportunidad de corregir el error, esa persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, tendrá el derecho a retirar la comunicación electrónica en que se cometió el error si:

a) La persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, notifica a la otra parte del error tan pronto como resulte práctico hacerlo tras haber conocido el error e indica que la persona cometió el error en la comunicación electrónica;

b) La persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, adopta medidas razonables, incluidas medidas que se ajusten a las instrucciones de la otra parte, de devolver los bienes o servicios recibidos, si los hubiere, como consecuencia del error, o si se le ordena hacerlo, de destruir los bienes o servicios; y

c) La persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona no ha utilizado los bienes o servicios ni recibido ningún provecho material o valor de los bienes o servicios, si los hubiere, recibidos de la otra parte.]

[2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará la aplicación de una norma de derecho que pueda regir las consecuencias de un error cometido durante la [negociación][formación] o cumplimiento del tipo de contrato en cuestión distinto de un error que ocurra en las circunstancias señaladas en el párrafo 1.]"

Observaciones generales

183. Se recordaron las deliberaciones anteriores sostenidas por el Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo (A/CN.9/509, párrafos 104 a 111, y A/CN.9/548, párrafos 14 a 26).

184. A la luz de esas deliberaciones (véase, en particular, el párrafo 108 del documento A/CN.9/509), el Grupo de Trabajo no aceptó las propuestas de modificar el texto del artículo a efectos de que se impusiera la obligación de disponer de un método para corregir errores antes de despachar la comunicación. Al igual que en sesiones anteriores, se consideró que una disposición preceptiva de esa índole era incompatible con el carácter habilitante del proyecto de convención. El Grupo de Trabajo reafirmó su decisión anterior en el sentido de que, en caso de conservarse el proyecto de artículo, únicamente debía prever las consecuencias de que no se dispusiera de un medio para rectificar los errores cometidos al introducir los datos (A/CN.9/548, párrafo 19).

185. Hubo fuertes objeciones en cuanto a mantener el proyecto de artículo, incluso con el texto que tenía, principalmente por razones que ya se habían expuesto en otras ocasiones:

a) La futura convención no debía regular una cuestión sustantiva tan compleja como la de los errores y las faltas, ya que podía entrar en conflicto con principios consagrados del derecho general de los contratos (A/CN.9/548, párrafo 15; véase también A/CN.9/509, párrafo 106);

b) El proyecto de artículo correspondía más a la esfera de la protección del consumidor que a la de regular los requisitos prácticos de las operaciones comerciales, operaciones estas que no resultarían favorecidas con una disposición que facultara a las partes para retirar posteriormente su oferta o su aceptación alegando que había sido el resultado de un error (A/CN.9/548, párrafo 16; véase también A/CN.9/509, párrafo 110);

c) Las disposiciones que permitieran retirar la comunicación debido a errores cometidos al introducir los datos crearían graves dificultades a los tribunales, ya que la única prueba del error sería la afirmación de la parte interesada de que había cometido una equivocación en la comunicación electrónica.

186. Pese a esas objeciones, predominó el parecer de que era necesario conservar una disposición del tenor de ese artículo, principalmente por las siguientes razones:

a) El proyecto de artículo abordaba una clase de error que era propio del comercio electrónico, ya que existía un riesgo relativamente mayor de que se produjeran errores cometidos por la mano del hombre en las comunicaciones enviadas por sistemas automatizados de mensajes (A/CN.9/509, párrafo 105, y A/CN.9/548, párrafo 17);

b) El proyecto de artículo constituiría una norma uniforme muy necesaria en vista de las diferentes y tal vez conflictivas soluciones que podían preverse en el derecho interno de los países;

c) El proyecto de artículo no agravaba de ninguna manera las dificultades que ya se planteaban en materia probatoria cuando se utilizaban documentos en papel, situaciones en las cuales, de todas formas, los tribunales habían de investigar cuidadosamente toda denuncia de error a la luz de las circunstancias del caso, entre ellas, la credibilidad general de las afirmaciones de una parte.

187. Tras haber decidido, en última instancia, conservar el proyecto de artículo, el Grupo de Trabajo pasó a examinar sus diversos elementos.

Párrafo 1: concepto de error y momento de retirar la comunicación

188. Se expresaron preocupaciones con respecto a lo que se entendía por error en el proyecto de artículo, principalmente porque:

a) En la forma en que estaba redactada la disposición, ésta parecía abarcar una variedad excesivamente amplia de situaciones, no todas ellas relacionadas con la utilización de comunicaciones electrónicas;

b) Como el sustantivo “error” no estaba calificado, podía abarcar cualquier tipo de equivocación, incluso la de malentender las condiciones contractuales o, simplemente, una decisión comercial desacertada; y

c) Las partes podían usar indebidamente el proyecto de disposición si actuaban de mala fe, ya que podían retirar una oferta contractual o una aceptación si ya no estaban interesadas en la operación, simplemente aduciendo que habían cometido un error.

189. Se respondió que el proyecto de disposición tenía por objeto regular los casos en que se hubiesen cometido errores al introducir datos o en que se hubiese pulsado una tecla por equivocación en una comunicación electrónica intercambiada con un sistema automatizado de mensajes de otra parte. Se indicó que, en esa situación, el derecho a retirar la comunicación sólo existía si el sistema no permitía rectificar los errores, lo que, de por sí, ya limitaba considerablemente el ámbito de aplicación del proyecto de artículo.

190. A efectos de atender a las inquietudes expresadas, se sugirió que se calificara el término "error" con la expresión "al introducir los datos", ya que eso reflejaría mejor el objetivo de la disposición, que era facilitar un medio para rectificar errores relativos a la introducción de datos en las comunicaciones intercambiadas con un sistema automatizado de mensajes. Se añadió que esa frase también aclararía que el proyecto de artículo no se refería a otros tipos de errores, que debían regirse por la doctrina general de derecho interno relativa al error.

191. No obstante, se sostuvo que, en ese caso, también debía disponerse claramente que el derecho a retirar la comunicación sólo existía en el momento de revisarla, antes de despacharla, y que la parte no podía retirar su comunicación después de haberla confirmado. La opinión contraria, que en definitiva fue aceptada por el Grupo de Trabajo, fue que esa limitación no era apropiada. En la práctica, la parte tal vez se daría cuenta de su equivocación más adelante, por ejemplo, cuando recibiera una clase o una cantidad de mercancías diferentes de las que se proponía encargar originalmente.

192. El Grupo de Trabajo decidió que, para más claridad, se utilizara la expresión "persona física" cuando procediera.

Párrafo 1: "retiro de la comunicación" o "corrección del error"

193. Se apoyó la sugerencia de reemplazar el término "retirar" por el término "corregir" porque: a) el término "corregir" denotaría mejor el proceso de rectificar la comunicación viciada por un error cometido al introducir datos; b) al limitar el recurso a la corrección de errores cometidos al introducir datos, la enmienda propuesta también limitaría la posibilidad de que la parte invocara el hecho de haber cometido un error como excusa para retirarse de un contrato desfavorable. También se propuso utilizar los términos "corregir o retirar", lo que abarcaría tanto las situaciones en que la corrección era la manera apropiada de rectificar el error (por ejemplo, una cantidad en un pedido) como las situaciones en que era mejor retirar la comunicación (por ejemplo, cuando la persona, por error, hubiera pulsado una tecla o elegido una opción de aceptación y hubiese cursado un mensaje sin proponérselo).

194. Si bien esas propuestas recibieron cierto apoyo, predominó el parecer de que debía utilizarse el término "retirar" porque:

a) En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la consecuencia normal del error era que la parte que lo había cometido quedara facultada para evitar el efecto

de la operación resultante de su equivocación, sin restablecer necesariamente la intención original ni realizar una nueva operación (véase A/CN.9/548, párrafo 25);

b) Retirar la comunicación equivalía a anularla, en tanto que la corrección entrañaba la posibilidad de modificar la comunicación previa. Si en la disposición se reconocía el derecho a corregir el error, se impondría un costo adicional a los proveedores de sistemas y se establecerían recursos que no existían en la esfera de la documentación en papel, resultado éste que el Grupo de Trabajo había decidido evitar; y

c) La enmienda propuesta podía causar dificultades prácticas, ya que los operadores de los sistemas automatizados de mensajes estarían más dispuestos a dar la oportunidad de anular una comunicación ya registrada que a dar la posibilidad de corregir errores una vez que hubiese concluido la operación.

Párrafo 1: retiro de la comunicación "total o parcialmente"

195. Se sugirió que, si el sistema de información lo permitía, se diera la posibilidad de retirar sólo la parte de la declaración en que se hubiese cometido el error. Se indicó que la propuesta tenía la doble finalidad de ofrecer a las partes la posibilidad de rectificar errores en las comunicaciones electrónicas cuando no hubiese medios para hacerlo y de preservar, en lo posible, la validez del contrato rectificando únicamente la parte viciada por el error, en consonancia con el principio general de salvaguardia de la validez de los contratos. Se indicó, sin embargo, que si se añadía esa expresión se limitaría el derecho de retirar la comunicación, que de otra forma sería incondicional incluso en el caso de haberse cometido errores menores.

196. En última instancia, no se aceptaron las adiciones propuestas por considerarse que la posibilidad de retirar únicamente la parte viciada de la comunicación estaba implícita -por lo menos así se podía interpretar- en el derecho de retirar la comunicación en su totalidad. Además, sería difícil distinguir la parte errónea de la comunicación dentro del texto.

Apartado a) del párrafo 1

197. Se sugirió que en los apartados a), b) y c) del párrafo 1 se suprimiera la expresión "o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona", ya que: a) se refería, implícitamente, al régimen de derecho interno aplicable en materia de agencia o representación u otras doctrinas análogas, cuestiones que escapaban al ámbito de aplicación del proyecto de convención, y b) no era pertinente en absoluto para calificar a la equivocación de "error humano".

198. El Grupo de Trabajo aceptó la opinión contraria, a saber, que el texto era útil porque únicamente aclaraba que la persona que cometió el error podía no ser necesariamente la misma parte a la que se atribuía la operación. Además, ya se había convenido en que el texto reflejara el principio de que, en esos casos, el derecho a rectificar el error cometido correspondía a la parte en cuyo nombre hubiese actuado la persona que introdujo los datos (véase A/CN.9/548, párrafo 22).

199. También se indicó que la frase en cuestión era demasiado ambigua y podía socavar la certidumbre jurídica al facultar a la parte para invocar el hecho de haber cometido un error algún tiempo después de haber despachado la comunicación. En consecuencia, debía condicionarse la expresión añadiendo, por ejemplo, "pero no

después de que se haya celebrado el contrato" o "antes de la confirmación de un pedido". Esas propuestas no recibieron suficiente apoyo, ya que el Grupo de Trabajo consideró que podía suceder que la persona no se percatara del error hasta que se entregaran las mercancías y, en ese caso, la limitación del plazo para retirar la declaración anularía el recurso.

200. El Grupo de Trabajo aceptó una sugerencia de redacción en el sentido de que se reemplazara la expresión "tan pronto como resulte práctico hacerlo" por la expresión "tan pronto como sea posible".

Apartados b) y c) del párrafo 1

201. Se apoyó enérgicamente la supresión de los apartados b) y c) del párrafo 1, ya que se apartaban de lo previsto en algunos ordenamientos jurídicos con respecto a las consecuencias de la anulación de un contrato y creaban obstáculos para que la parte que hubiese cometido el error anulara el contrato (véase A/CN.9/548, párrafo 23). En esencia, en el derecho interno ya existía una solución para los casos que se procuraban abordar en esas disposiciones, por ejemplo, aplicando principios como la teoría del enriquecimiento injusto.

202. No obstante, predominó la opinión de que debían conservarse esas disposiciones, ya que a) ofrecían una solución armonizada para el problema concreto que se abordaba en el proyecto de artículo, que podía ser más común cuando se utilizaban comunicaciones electrónicas, y b) era preferible abordar ese problema en particular en el proyecto de convención que dejar la cuestión librada a conceptos que podían variar en los diversos ordenamientos jurídicos.

203. Otro argumento para mantener esas disposiciones fue que ofrecían un recurso útil en los casos en que el sistema automatizado de mensajes procediera a entregar bienes o servicios físicos o virtuales inmediatamente después de la celebración del contrato, sin posibilidad de detener el proceso. Los apartados b) y c) del párrafo 1 servían de base para ejercer el derecho de retirar la comunicación y también podrían contribuir a poner coto a los abusos de las partes que actuaran de mala fe.

Párrafo 2

204. Se sugirió modificar la redacción del proyecto de párrafo con objeto de aclarar que se refería a normas jurídicas relativas no sólo a las consecuencias de los errores, sino también a las condiciones necesarias para invocar el hecho de haber cometido un error. El Grupo de Trabajo no estuvo de acuerdo con esa sugerencia, ya que consideró que el texto del proyecto de párrafo, tal como estaba redactado, abarcaba los dos aspectos.

205. El Grupo de Trabajo decidió suprimir el término "negociación" y conservar únicamente el término "formación", además de suprimir los corchetes que lo rodeaban. También decidió insertar la expresión "cometido al introducir los datos" después de la frase "que no sea un error" a fin de hacer hincapié en el alcance limitado del proyecto de artículo. Por último, decidió suprimir los corchetes que rodeaban el proyecto de párrafo 2.

Conclusión

206. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo con las enmiendas mencionadas *supra* y lo remitió al grupo de redacción. Se convino en aclarar el concepto de "error al introducir los datos" y otros conceptos básicos del proyecto de artículo en notas explicativas o en observaciones oficiales sobre el proyecto de convención.

Anexo

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

CAPÍTULO I. ESFERA DE APLICACIÓN

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. La presente Convención será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados.

2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en distintos Estados 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, o al concluirse el 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

1. La presente Convención no será aplicable a las comunicaciones electrónicas relacionadas con:

a) Contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos;

b) i) Operaciones en un mercado bursátil reglamentado; ii) operaciones de cambio de divisas; iii) sistemas de pago interbancarios, acuerdos de pago interbancarios o sistemas de compensación y de liquidación o saldo relacionados con valores bursátiles u otros títulos o activos financieros; iv) la transferencia de garantías reales constituidas sobre valores bursátiles u otros títulos o activos financieros que obren en poder de un intermediario y que puedan ser objeto de un acuerdo de venta, de préstamo, de tenencia o de recompra.

2. La presente Convención no será aplicable a las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén, ni a ningún documento o título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero.

Artículo 3. Autonomía de las partes

Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o exceptuar o modificar los efectos de cualquiera de sus disposiciones.

CAPÍTULO II. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 4. Definiciones

A los efectos de la presente Convención:

a) Por “comunicación” se entenderá toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes hayan de hacer o decidan hacer en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato;

b) Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos;

c) Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

d) Por “iniciador” de una comunicación electrónica se entenderá toda parte que haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar una comunicación electrónica antes de ser archivada, si ese es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario a su respecto;

e) Por “destinatario” de una comunicación electrónica se entenderá la parte designada por el iniciador para recibirla, pero que no esté actuando a título de intermediario a su respecto;

f) Por “sistema de información” se entenderá todo sistema que sirva para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma comunicaciones electrónicas;

g) Por “sistema automatizado de mensajes” se entenderá un programa informático o un medio electrónico o algún otro medio automatizado utilizado para iniciar una acción o para responder a operaciones o mensajes de datos, que actúe, total o parcialmente, sin que una persona haya de intervenir o revisar la actuación cada vez que se inicie una acción o que el sistema genere una respuesta;

h) Por “establecimiento” se entenderá todo lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar.

Artículo 5. 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 velar por 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 inspira su régimen o, en su defecto, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Artículo 6. Ubicación de las partes

1. Para los fines de la presente Convención, se presumirá que el establecimiento de una parte está en el lugar por ella indicado, salvo que otra parte demuestre que la parte que hizo esa indicación no tiene establecimiento alguno en ese lugar.

2. Si una parte no ha indicado un establecimiento y tiene más de un establecimiento, su establecimiento a efectos de la presente Convención será el que tenga la relación más estrecha con el contrato pertinente, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o al concluirse el contrato.

3. Si una persona física no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

4. Un lugar no constituye un establecimiento por el mero hecho de que sea el lugar: a) donde estén ubicados el equipo y la tecnología que sirvan de soporte para el sistema de información utilizado por una de las partes para la formación de un contrato; o b) donde otras partes puedan obtener acceso a dicho sistema de información.

5. El mero hecho de que una parte haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculada a cierto país no crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en dicho país.

Artículo 7. 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.

CAPÍTULO III. UTILIZACIÓN DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Artículo 8. Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas

1. No se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica.

2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención hará que una parte esté obligada a utilizar o a aceptar información en forma de comunicación electrónica, pero su conformidad al respecto podrá inferirse de su conducta.

Artículo 9. Requisitos de forma

1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención obligará a que una comunicación o un contrato tenga que hacerse o probarse de alguna forma particular.

2. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta.

3. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una parte, o prevea consecuencias en el caso de que no se firme, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica:

a) Si se utiliza algún método para identificar a esa parte y para indicar que esa parte aprueba la información consignada en la comunicación electrónica; y

b) Si el método utilizado es fiable según corresponda a los fines para los que se generó o se notificó la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, así como todo acuerdo que sea aplicable.

4. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato se presente o conserve en su forma original, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica:

a) Si existe alguna garantía fiable de la integridad de la información que contiene a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, en tanto comunicación electrónica o de otra índole; y

b) Si, en los casos en que se exija presentar la información que contiene, ésta puede exhibirse a la persona a la que se ha de presentar.

5. Para los fines del apartado a) del párrafo 4:

a) Los criterios para evaluar la integridad de la información consistirán en determinar si se ha mantenido completa y sin alteraciones que no sean la adición de algún endoso o algún cambio sobrevenido en el curso normal de su transmisión, archivo o presentación; y

b) El grado de fiabilidad requerido se determinará a la luz de la finalidad para la que se generó la información y de todas las circunstancias del caso.

[6. Los párrafos 4 y 5 no serán aplicables cuando alguna regla de derecho o el acuerdo concertado entre las partes requiera que una de ellas presente cierto documento original con objeto de reclamar el pago de una carta de crédito, una garantía bancaria u otro instrumento similar.]

Artículo 10. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas

1. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el momento en que salga de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste o, si la comunicación electrónica no ha salido de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste, en el momento en que esa comunicación se reciba.

2. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica que él haya designado. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en otra dirección electrónica del destinatario en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en esa dirección y en el momento en que el destinatario tenga conocimiento de que esa comunicación ha sido enviada a dicha dirección. Se presumirá que una comunicación electrónica puede ser recuperada por el destinatario en el momento en que llegue a la dirección electrónica del destinatario.

3. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar en que el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar en que el destinatario tenga el suyo, conforme se determine a la luz de lo dispuesto en el artículo 6.

4. El párrafo 2 del presente artículo será aplicable aun cuando el sistema de información que sirva de soporte a la dirección electrónica esté ubicado en un lugar distinto de aquél en que se tenga por recibida la comunicación conforme al párrafo 3 del presente artículo.

Artículo 11. Invitaciones para presentar ofertas

Toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de una o más comunicaciones electrónicas que no vaya dirigida a una o varias partes determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda parte que haga uso de sistemas de información, así como toda propuesta que haga uso de una aplicación interactiva para hacer pedidos a través de dichos sistemas, se considerará una invitación a presentar ofertas, salvo que indique claramente la intención de la parte que presenta la propuesta de quedar obligada por su oferta en caso de que sea aceptada.

Artículo 12. Empleo de sistemas automatizados de mensajes para la formación de un contrato

No se negará validez ni fuerza ejecutoria a un contrato que se haya formado por la interacción entre un sistema automatizado de mensajes y una persona física, o por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes, por la simple razón de que ninguna persona física haya revisado cada uno de los distintos actos realizados por los sistemas o el contrato resultante de tales actos.

Artículo 13. Disponibilidad de las condiciones contractuales

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a la aplicación de regla de derecho alguna por la que se obligue a una parte que negocie algunas o todas las condiciones de un contrato mediante el intercambio de comunicaciones electrónicas a poner a disposición de la otra parte contratante, de determinada manera, las comunicaciones electrónicas que contengan las condiciones del contrato, ni eximirá a una parte que no lo haga de las consecuencias jurídicas de no haberlo hecho.

Artículo 14. Error en las comunicaciones electrónicas

1. Cuando una persona física cometa un error al introducir los datos de una comunicación electrónica intercambiada con el sistema automatizado de mensajes de otra parte y dicho sistema no brinde a la persona iniciadora la oportunidad de corregir el error, esa persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, tendrá derecho a retirar la comunicación electrónica en que se produjo dicho error, si:

a) La persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, notifica a la otra parte el error tan pronto como sea posible después de haberse percatado de éste y le indica que lo ha cometido;

b) La persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, adopta toda medida razonable, así como toda medida que se ajuste a las instrucciones de la otra parte, para devolver los bienes o servicios recibidos, si los hubiere, como consecuencia del error o, si se le ordena hacerlo, para destruir los bienes o servicios; y

c) La persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, no ha utilizado los bienes o servicios ni recibido ningún provecho material o valor de los bienes o servicios, si los hubiere, que haya recibido de la otra parte.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la aplicación de norma jurídica alguna que regule las consecuencias de un error cometido durante la formación o el cumplimiento del tipo de contrato en cuestión que no sea un error cometido al introducir los datos y que se produzca en las circunstancias señaladas en el párrafo 1.

CAPÍTULO IV. DISPOSICIONES FINALES

...

Artículo 18. Declaraciones sobre el ámbito de aplicación

1. Todo Estado podrá declarar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20, que sólo aplicará la presente Convención:

a) Cuando los Estados mencionados en el párrafo 1 del artículo 1 sean Estados Contratantes de la presente Convención;

b) Cuando las reglas de derecho internacional privado declaren aplicable la ley de un Estado Contratante; o

c) Cuando las partes hayan convenido en que su régimen sea aplicable.

2. Todo Estado podrá excluir del ámbito de aplicación de la presente Convención todo asunto que haya señalado en una declaración efectuada de conformidad con el artículo 20.

Artículo 19. Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales

1. Las disposiciones de la presente Convención serán aplicables al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato o acuerdo al que sea aplicable cualquiera de los siguientes instrumentos internacionales en los que un Estado Contratante de la presente Convención sea o pueda llegar a ser parte:

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958);

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);

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, 19 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).

2. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán, además, a las comunicaciones electrónicas relativas a la formación o el cumplimiento de un contrato o acuerdo al que sea aplicable otra convención, tratado o acuerdo internacional, no mencionado expresamente en el párrafo 1 del presente artículo, en el que un Estado Contratante sea o pueda llegar a ser parte, salvo que dicho Estado haya declarado, de conformidad con lo previsto en el artículo 20, que no quedará obligado por el presente párrafo.

3. Todo Estado que haga una declaración con arreglo al párrafo 2 del presente artículo podrá asimismo declarar que, a pesar de ello, aplicará las disposiciones de la presente Convención al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato o acuerdo al que sea aplicable algún convenio, tratado o acuerdo internacional en el que dicho Estado sea o pueda llegar a ser parte.

4. Todo Estado podrá declarar que no aplicará las disposiciones de la presente Convención al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato o acuerdo al que sea aplicable algún convenio, tratado o acuerdo internacional consignado en la declaración de dicho Estado y en el que ese Estado sea o pueda llegar a ser parte, incluidos los instrumentos internacionales mencionados en el párrafo 1 del presente artículo, aun cuando dicho Estado no haya excluido la aplicación del párrafo 2 del presente artículo mediante una declaración formulada de conformidad con lo previsto en el artículo 20.

B. Nota de la Secretaría sobre los aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: Disposiciones para un proyecto de convención, presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 44º período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.110) [original: inglés]

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). Las deliberaciones del Grupo de Trabajo desde esa fecha se resumen en el programa provisional de su 44º período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.109). 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]

Proyecto de convención[2] sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en el contexto de los contratos internacionales

Los Estados Parte en la presente Convención[3],

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

Observando que el aumento del uso de las comunicaciones electrónicas mejora la eficiencia de las actividades comerciales, así como las conexiones comerciales, y permite nuevas oportunidades de acceso a partes y mercados anteriormente considerados remotos, con lo que desempeña un papel fundamental en la promoción del comercio y el desarrollo económico, tanto en el plano interno como en el internacional,

Considerando que los problemas creados por la incertidumbre en cuanto al contenido y la elección del régimen jurídico aplicable a las comunicaciones

---

[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.108, anexo).

[2] La forma de convención se ha escogido como hipótesis de trabajo (véase A/CN.9/484, párrafo 124), en tanto el Grupo de Trabajo adopta una decisión definitiva acerca del carácter del instrumento.

[3] Las disposiciones del preámbulo son nuevas. Los párrafos primero y tercero se basan en los párrafos primero y segundo del preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 12 de diciembre de 2001). El cuarto párrafo se basa en parte en el cuarto párrafo de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. El quinto párrafo refleja una propuesta formulada en el 43º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/548, párrafo 82).

electrónicas en los contratos internacionales constituyen un obstáculo para el comercio internacional,

Convencidos de que la adopción de normas uniformes para eliminar obstáculos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas aumentaría la certidumbre jurídica y la previsibilidad comercial de los contratos internacionales y podría ayudar a los Estados a obtener acceso a las modernas rutas comerciales,

Estimando que las normas uniformes deben respetar la libertad de las partes para escoger medios y tecnologías apropiados, tomando en cuenta su posibilidad de intercambio, en el grado en que las medidas escogidas por las partes sirvan al propósito de las normas correspondientes de derecho,

Deseosos de dar una solución común a los obstáculos jurídicos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas, incluidos los obstáculos que pudieran derivar de la vigencia de los instrumentos internacionales de comercio internacional vigentes, de manera aceptable a Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos,

Han convenido en lo siguiente:

CAPÍTULO I. ESFERA DE APLICACIÓN

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. La presente Convención se aplicará a la utilización de las comunicaciones electrónicas[4] en relación con [la negociación] [la formación][5] o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en Estados diferentes:

a) Cuando los Estados sean Estados Contratantes[6];

---

[4] Se ha introducido en todo el texto la expresión “comunicaciones electrónicas” a fin de ajustar la tecnología utilizada en diversas disposiciones (A/CN.548, párrafo 85) y evitar la repetición de oraciones extensas como “comunicaciones, declaraciones, peticiones, avisos o solicitudes por medio de mensajes de datos”. Se han agregado definiciones de “comunicaciones” y “comunicaciones electrónicas” en los apartados a) y b) del proyecto de artículo 4.

[5] En su 43º período de sesiones el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que ofreciera una redacción alternativa de la expresión “contrato existente o previsto” que figuraba en la versión anterior del proyecto de artículo (véase A/CN.9/WG.IV/WP.108, anexo) para evitar la impresión de que el proyecto de artículo se refería a contratos ya existentes en el momento de entrar la Convención en vigor (A/CN.9/548, párrafo 84).

[6] El párrafo 2 del proyecto de artículo 18 [X] permite a los Estados Contratantes excluir la aplicación de este párrafo. Respecto de las transacciones sujetas a las leyes de un Estado que haya formulado una declaración de ese tipo, las disposiciones del proyecto de convención se aplicarían a las comunicaciones electrónicas intercambiadas entre partes cuyos establecimientos estuvieran situados en Estados diferentes, aunque esos Estados no fueran partes en la convención. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si una posibilidad de ese tipo debiera o no pasar a ser la norma general para determinar la aplicación de la convención con arreglo al proyecto de artículo 1, como se sugirió en el 43º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/548, párrafo 86). En tal caso, los apartados a) y b) del párrafo 1 podrían ser innecesarios. Respecto de los Estados en que el mayor ámbito de aplicación de ese tipo pudiera crear dificultades, el proyecto de artículo 18 [X] podría prever una exclusión a la inversa, es decir, que un Estado pudiera declarar que aplicaría la convención solamente si ambas partes estuvieran situadas en Estados Contratantes.

b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante[7]; o

c) Cuando las partes hayan convenido en que se aplique[8].

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.

[*Variante A*[9]

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19 [Y], las disposiciones de la presente Convención no se aplicarán a las comunicaciones electrónicas relacionadas con la [negociación] [formación] o el cumplimiento de un contrato que se rija por una convención, un tratado o un acuerdo internacional que no se mencione en el párrafo 1 del artículo 19 [Y], o que no ha sido objeto de una declaración formulada por un Estado Contratante con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 19 [Y][10]].

---

[7] Este párrafo reproduce una norma que figura en otros instrumentos de la CNUDMI. El Grupo de Trabajo ha considerado que la disposición es útil para permitir la ampliación del ámbito geográfico de aplicación del proyecto de convención por cuanto no requiere que los Estados en que estén situadas las partes en el contrato sean ambos Estados Contratantes de la convención. Si bien ha habido objeciones en el sentido de que esa norma fue objetada ya en períodos de sesiones anteriores (véase A/CN.9/509, párrafo 38), el Grupo de Trabajo ha convenido hasta ahora en conservar el párrafo 1 b) (véase A/CN.9/528, párrafo 42 y A/CN.9/528, párrafos 91 y 92). Respecto de aquellos Estados que pudieran tener dificultades para aplicar el párrafo 1 b), sería posible excluir su aplicación en virtud de una declaración formulada con arreglo al párrafo 3 del proyecto de artículo 18 [X]. Una declaración de ese tipo daría como resultado que la convención no fuera aplicable si las normas de derecho internacional privado de un Estado Contratante harían que la aplicación de la ley de un Estado que hubiera hecho una declaración de ese tipo de exclusión.

[8] Esta posibilidad se prevé por ejemplo en el párrafo 2 e) del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías y 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 tal vez desee examinar si existe la posibilidad de que los Estados Contratantes excluyan esta disposición mediante una declaración hecha con arreglo a lo dispuesto en el proyecto de artículo 18 [X].

[9] Las variantes A y B tienen por objeto aclarar las relaciones entre los proyectos de artículo 19 [Y].

[10] La variante A refleja el entendimiento de que los proyectos de artículo 1 y 19 [Y] distinguen entre tres grupos de contratos internacionales. El primer grupo abarca los contratos internacionales que no están cubiertos por ninguna convención que constituya un informe vigente. El segundo grupo abarca los contratos que caen dentro del ámbito de las convenciones internacionales vigentes distintas de las enumeradas en el proyecto de artículo 19 [Y], párrafo 1, o mencionadas expresamente por un Estado Contratante en una declaración formulada con arreglo al párrafo 2 de ese artículo. El último grupo abarca los contratos que se rigen por alguna de las convenciones enumeradas en el párrafo 1 o mencionadas en la declaración hecha con arreglo al párrafo 2, del proyecto de artículo 19 [Y]. El primer grupo de contratos correspondería al ámbito de aplicación del proyecto de convención si reunieran las condiciones

[*Variante B*

4. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán además a las comunicaciones electrónicas relativas a la [negociación] [formación] o el cumplimiento de un contrato que se rige por una convención, un tratado o un acuerdo internacional, incluso aunque esa convención, tratado o acuerdo internacional no se mencione expresamente en el párrafo 1 del artículo 19 [Y], a menos que el Estado Contratante haya excluido esa disposición por vía de una declaración formulada en conformidad con el párrafo 3 del artículo 18 [X][11]].

Artículo 2. Exclusiones

1. La presente Convención no será aplicable a las comunicaciones electrónicas relacionadas con los contratos celebrados con fines personales, familiares o domésticos[12].

[2. La Convención no será aplicable a las comunicaciones electrónicas que se refieran a cualquiera de las siguientes operaciones:[13]

[a) i) Operaciones relativas a un intercambio regulado; ii) operaciones de cambio de divisas; iii) sistemas interbancarios de pagos, acuerdos interbancarios de pago o sistemas de compensación y arreglos relacionados con valores u otros activos o instrumentos financieros; iv) la transferencia de derechos de garantía, compraventa, préstamo o tenencia o acuerdo de recompra de valores u otros activos o instrumentos financieros en poder con un intermediario;

---

del proyecto de artículo 1. El tercer grupo de contratos beneficiaría también de las disposiciones del proyecto de convención con arreglo a los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 19 [Y]. No obstante, las comunicaciones electrónicas intercambiadas en relación con contratos pertenecientes al segundo grupo no estarían comprendidos dentro del proyecto de convención (A/CN.9/548, párr. 43).

[11] Esta variante tiene por objeto ampliar el ámbito de aplicación del proyecto de convención dejando en claro que sus disposiciones podrían ligarse también al intercambio de comunicaciones electrónicas abarcadas por otros tratados además de los enumerados expresamente en el párrafo 1 del proyecto de artículo 19 [Y]. La variante refleja la opinión de que la lista de instrumentos prevista en el párrafo 1 del proyecto de artículo 19 [Y], o cualquier declaración formulada con arreglo al párrafo 2 de ese artículo, debe considerarse una declaración no exhaustiva con la finalidad de eliminar dudas en cuanto a la aplicación del proyecto de convención, pero no como una limitación efectiva de su alcance (véase A/CN.9/548, párrafo 75). Si se conserva esta variante el Grupo de Trabajo tal vez desee conservar el párrafo 4 del proyecto de artículo 18 [X], que brinda a los Estados Contratantes la posibilidad de excluir la aplicación de esta disposición.

[12] La última versión del presente párrafo contenía entre corchetes 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”. El Grupo de Trabajo en su 43º período de sesiones acordó, tras un extenso debate, suprimir esas palabras por cuanto prefería que la exclusión de las operaciones de consumidores no estuvieran condicionadas al conocimiento efectivo o presunto de una de las partes (véase A/CN.9/548, párrafos 99 a 105 y 111 a 114).

[13] Los apartados a) a g) del párrafo 2 constituyen propuestas que se hicieron en períodos de sesiones anteriores del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/548, párrafos 108 y 109). La redacción del apartado a) del párrafo 1 se basa en la formulación utilizada respecto de las exclusiones correspondientes en el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional.

[b) Contratos que creen o transfieran derechos en bienes inmuebles, salvo los efectos de los derechos de alquiler;

[c) Contratos que requieran en virtud de la ley la participación de los tribunales, autoridades públicas o profesiones que ejerzan autoridad pública;

[d) Contratos de garantía otorgados por personas que actúan fuera de su comercio, empresa o profesión, y sobre bienes de garantía proporcionados por ese tipo de personas;

[e) Contratos regidos por el derecho de familia o por el derecho de sucesión;

[f) Letras de cambio, pagarés y otros instrumentos negociables;

[g) Documentos relacionados con el transporte de mercaderías;

[*Todas las demás exclusiones que el Grupo de Trabajo pudiera decidir agregar.*]

Artículo 3 [4]. Autonomía de las partes

Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o establecer excepciones o modificar sus efectos [ya sea mediante una exclusión explícita o implícita, en términos contractuales que difieran de sus disposiciones][14].

CAPÍTULO II. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 4 [5]. Definiciones[15]

A los efectos de la presente Convención:

[a) Por "comunicación" se entenderá toda exposición, declaración, solicitud, aviso o petición, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes han de hacer o escoger en relación con [la negociación] [la formación] o el cumplimiento de un contrato[16];

[b) Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos[17];]

---

[14] Las palabras entre corchetes reflejan una propuesta que se hizo en el 43º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/548, párrafo 122).

[15] Las definiciones que figuran en los apartados c) a f) se han derivado del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. La definición de "firma electrónica" que apareció en la versión anterior del proyecto de Convención se ha suprimido, por cuanto ya no se utiliza la expresión "firma electrónica" en el proyecto de artículo 9.

[16] La presente definición es nueva. Tiene por objeto simplificar el texto y evitar la repetición en otras partes del proyecto de convención de los diversos propósitos para los cuales se intercambian comunicaciones electrónicas ("declaración, solicitud, aviso, petición, incluida una oferta o la aceptación de una oferta").

[17] Esta definición también es nueva. Varias aplicaciones nacionales de la Ley Modelo de la CNUMDI sobre Comercio Electrónico han preferido utilizar palabras simples como "comunicaciones electrónicas" o "registros electrónicos" en lugar de la expresión más técnica "mensajes de datos". El proyecto revisado utiliza la expresión "comunicación electrónica" (que se utiliza, por ejemplo, en Australia e Irlanda), en lugar de "registro electrónico" (que se utiliza, por ejemplo, en los Estados Unidos de América) en razón de las dificultades de hallar un equivalente apropiado a esta expresión en otros idiomas. La definición establece un vínculo en que los propósitos para los cuales puede utilizarse mensajes de datos y el concepto de "mensajes

c) Por "mensajes 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)[18], el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax;

d) Por "iniciador" de una comunicación electrónica se entenderá toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar una comunicación electrónica antes de ser archivada, si ese es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario a su respecto[19];

e) Por "destinatario" de una comunicación electrónica se entenderá la persona designada por el iniciador para recibirla, pero que no esté actuando a título de intermediario a su respecto;

f) Por "sistema de información" se entenderá todo sistema para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma comunicaciones electrónicas[20];

g) Por "sistema de información automatizado" se entenderá un programa de computación o un medio electrónico u otro medio automatizado utilizado para iniciar una acción o responder a comunicaciones electrónicas o acciones en todo o en parte, sin revisión o intervención de una persona cada vez que se inicia una acción o el sistema genera una respuesta[21];

[h) Por "establecimiento"[22] se entenderá [todo lugar de operaciones donde una persona ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios

---

de datos" que es importante mantener por cuanto abarca muy diversas técnicas más allá de las técnicas puramente "electrónicas".

[18] Las versiones anteriores del proyecto de convención contenían una definición de "intercambio electrónico de datos (EDI)", que se basaba en la definición correspondiente del apartado b) del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si sería necesaria esa definición, que se ha suprimido del texto actual, atendido al hecho de que la única referencia al EDI en el proyecto de convención figura en la definición de "mensajes de datos".

[19] La redacción de esta definición está tomada del apartado c) del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Se han eliminado las palabras "a tenor del mensaje" que figuraban en versiones anteriores del proyecto de Convención.

[20] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si esta definición requiere mayor aclaración, atendidas las preguntas que se han planteado respecto al párrafo 2 del anterior artículo 11 (actual artículo 10) (véase A/CN.9/528, párrafos 148 y 149, y A/CN.9/546, párrafos 59 a 80).

[21] Esta definición se basa en la definición de "agente electrónico" que figura en el párrafo 6 de la sección 2 de la Ley de Transacciones Electrónicas de los Estados Unidos de América (*Uniform Electronic Transactions Act*); se utiliza una definición semejante también en la sección 19 de la Ley de Comercio Electrónico Uniforme del Canadá (*Uniform Electronic Commerce Act*). Esta definición se incluyó dado el contenido del proyecto de artículo 14.

[22] 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, párrafos 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

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) Por "persona" se entenderán solamente las personas naturales, en tanto que por "parte" se entenderán tanto las personas naturales como las jurídicas[25];]

[*Toda otra definición que el Grupo de Trabajo desee añadir.*]

Artículo 5 [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 velar por 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[26]].

Artículo 6 [7]. Ubicación de las partes

1. Para los fines de la presente Convención, se presumirá que el establecimiento de una parte está en el lugar por ella indicado [, salvo que dicha parte 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][27].

---

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 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.

[24] Esta opción se ajusta al sentido que se da a este término en la Unión Europea (véase el párrafo 19 del preámbulo de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea).

[25] Esta definición se ha enmendado a fin de aclarar el significado de esas expresiones, que no son sinónimas, por ejemplo en el contexto del proyecto de artículo 14.

[26] 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, párrafos 125 y 126).

[27] 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

2. Si una parte [no ha indicado un establecimiento o, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, una parte[28]] tiene más de un establecimiento, su establecimiento a efectos de la presente Convención será el que tenga 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 parte no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta la residencia habitual de la persona.

4. El lugar de ubicación del equipo y la tecnología que mantienen un sistema de información empleado por una parte para la formación de un contrato o el lugar desde el que otras partes puedan obtener acceso a dicho sistema de información no constituyen de por sí un establecimiento [, salvo que esa parte no tenga un establecimiento [en el sentido del apartado h) del artículo 4[29]]].

5. El mero hecho de que una parte 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[30].

---

proyecto de párrafo se han fusionado, (véase A/CN.9/528, párrafos 87 a 91). 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).

[28] 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 por cuanto la presunción prevista en el proyecto de artículo se ha utilizado en otros instrumentos de la CNUDMI únicamente en relación con establecimientos múltiples.

[29] 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/WG.IV/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. Si el Grupo de Trabajo descartara la posibilidad contemplada en la frase entre corchetes y prefiriera en cambio aclarar que la ubicación del equipo y la tecnología que mantienen un sistema de información nunca es un criterio relevante, el Grupo de Trabajo tal vez desee reformular de la siguiente manera el proyecto de párrafo: "Un lugar no constituye un establecimiento por el mero hecho de que sea allí donde: a) estén ubicados el equipo y la tecnología que mantienen un sistema de información empleado por una persona para la formación de un contrato; o b) otras personas puedan tener acceso a dicho sistema de información."

[30] 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, párrafos 44 a 46; véase también A/CN.9/WG.IV/WP.104, párrafos 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

Artículo 7 [7 bis]. 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.

CAPÍTULO III. UTILIZACIÓN DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Artículo 8. Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas

1. No se negará validez ni fuerza obligatoria a un contrato u otro tipo de comunicación por la sola razón de haberse utilizado para dicho fin una forma de comunicación electrónica.

[2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención hará que una persona esté obligada a utilizar o a aceptar información en forma de comunicación electrónica, pero su conformidad al respecto podrá inferirse de su conducta[31]].

Artículo 9. Requisitos de forma

[1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención obligará a que un contrato o cualquier otra comunicación tenga que hacerse o probarse de alguna forma particular[32].]

2. Cuando la ley requiera que un contrato o cualquier otra comunicación conste por escrito, se cumplirá ese requisito si la comunicación electrónica contiene información accesible para su ulterior consulta[33].

3. Cuando la ley requiera que un contrato o cualquier otra comunicación sea firmado por una parte o prevea consecuencias de la falta de firma se considerará que se reúne ese requisito en relación con una comunicación electrónica si:

---

proyecto de párrafo (véase A/CN.9/509, párr. 58). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si las normas propuestas deberían ampliarse para tratar de esas situaciones.

[31] 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).

[32] 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).

[33] Esta disposición enuncia los criterios para la equivalencia funcional entre los mensajes de datos y los documentos que figuran en papeles de la misma manera que el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar el significado de las palabras "la ley" y "por escrito" y si habría necesidad de incluir definiciones de esas expresiones (véase A/CN.9/509, párrafos 116 y 117).

a) Se utiliza algún método para identificar a esa parte y para indicar que esa parte aprueba la información que figura en la comunicación electrónica; y

b) El método utilizado es fiable según corresponda a los fines para los que se generó o se notificó la comunicación electrónica atendidas todas las circunstancias del caso, así como de cualquier acuerdo pertinente[34].

[4. En los casos en que la ley requiera que un contrato o cualquier otro tipo de comunicación se presente o conserve en su forma original[35] en el texto, o prevé consecuencias de la falta de un original, se reunirá ese requisito respecto de una comunicación electrónica si:

[a) existe seguridad fidedigna de la integridad de la información que contiene a partir del momento en que se generó en forma definitiva, en tanto comunicación electrónica o de otra manera; y

[b) en los casos en que se requiera que la información que contiene se presente, esa información se pueda exhibir a la persona a la que se ha de presentar.

[5. Para los fines del apartado a) del párrafo 4:

[a) los criterios para evaluar la integridad consistirán en si la información se ha mantenido completa y sin alteraciones, aparte de la adición de todo endoso o cambio que surja en el curso normal de la comunicación, almacenamiento y exhibición; y

[b) la norma de fiabilidad requerida se evaluará atendiendo el propósito para el cual se generó la información y atendidas todas las circunstancias pertinentes.]

---

[34] 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.

[35] En las versiones anteriores del proyecto de convención no figuraban disposiciones relativas a los equivalentes electrónicos de documentos de papel “originales”. La razón de la ausencia de una disposición de ese tipo era que el proyecto de convención se refería esencialmente a los asuntos relacionados con la formación del contrato y no con las normas de la prueba. No obstante, podría resultar necesaria una disposición relativa a los “originales” si en el proyecto de artículo 19 [Y] figurara una disposición del proyecto de convención aplicable a los acuerdos de arbitraje que se rigen por la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (la “Convención de Nueva York de 1958”). Se someterá este asunto a la consideración del Grupo de Trabajo II (Arbitraje) en su 42º período de sesiones (Viena, 13 a 17 de septiembre de 2004). La Secretaría informará al Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) de las recomendaciones formuladas por el Grupo de Trabajo II (Arbitraje) al respecto (véase también la llamada a pie de página 55).

Artículo 10. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas[36]

1. La comunicación electrónica se habrá expedido en el momento en que la comunicación electrónica [entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la parte que envió la comunicación electrónica en nombre del iniciador] [salga de un sistema de información que este bajo el control del iniciador][37] o, cuando el mensaje no haya [entrado en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la parte que envió la comunicación electrónica en nombre del iniciador] [salido de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que envió la comunicación electrónica en nombre del iniciador], en el momento en que se reciba esa comunicación electrónica.

2. La comunicación electrónica se habrá recibido en el momento en que sea susceptible de ser recuperada por el destinatario o por cualquier otra parte designada por éste. Se presumirá que una comunicación electrónica es susceptible de ser recuperada por su destinatario cuando entre en el sistema de información del destinatario, salvo que no sea razonable que el iniciador haya optado por ese sistema de información para enviar su comunicación electrónica, habida cuenta del contenido de la comunicación electrónica y de las circunstancias del caso [inclusive toda designación por el destinatario de un determinado sistema de información a efectos de recibir comunicaciones electrónicas].

3. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibida 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.

---

[36] Versiones anteriores del proyecto de artículos se ceñían de manera más estrecha a la formulación del artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, con algunos ajustes para armonizar el estilo de las disposiciones con el estilo utilizado en otros lugares del proyecto de convención. La formulación actual corresponde a las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 42º período de sesiones (véase A/CN.9/546, párrafos 59 a 86). El Grupo de Trabajo tal vez desee revisar la nueva formulación, en particular el proyecto de párrafo 2, con miras a velar por su compatibilidad en cuanto a resultado con el artículo 15 de la Ley Modelo.

[37] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la norma relativa a los primeros corchetes es efectivamente apropiada atendido el hecho de que es más probable que el iniciador tenga un registro del momento en que un mensaje de datos sale de un sistema de información que un registro del momento en que el mensaje entra en algún sistema de información intermedio. La oración que se halla en el segundo conjunto de corchetes toma en cuenta esa situación de hecho.

Artículo 11. Invitaciones para presentar ofertas[38]

Toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de una o más comunicaciones electrónicas que no vaya dirigida a una o varias partes determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda parte que haga uso de un sistema de información, así como toda propuesta que haga uso de una aplicación interactiva[39] para hacer pedidos a través de dicho sistema, se considerará como una invitación a presentar ofertas, salvo que indique claramente la intención de la parte que presenta la propuesta de quedar obligado por su oferta en caso de que sea aceptada.

Artículo 12. Empleo de sistemas de información automatizados para la formación del contrato[40]

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 los sistemas o el contrato resultante de tales actos.

---

[38] 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 subastas por Internet y otras operaciones similares que, en muchos ordenamientos jurídicos, son consideradas como ofertas vinculantes para la venta de bienes al mejor postor.

[39] 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).

[40] 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. Disponibilidad de las condiciones contractuales*

[Variante A[41]

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 algunas o todas las condiciones de contrato mediante el intercambio de comunicaciones electrónicas deba poner a disposición de la otra parte contratante de una determinada manera las comunicaciones electrónicas que contengan las condiciones del contrato, ni eximirá a una parte que no lo haga de las consecuencias jurídicas de su incumplimiento.]

[Variante B[42]

Toda parte 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[43], deberá poner a disposición de la otra parte [por un período razonable de tiempo] la o las comunicaciones electrónicas que contengan las condiciones del contrato[44], y deberá hacerlo de alguna forma que permita su archivo y reproducción.]

---

[41] 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, párrafos 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.

[42] 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, párrafos 123 a 125 y A/CN.9/546, párrafos 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.

[43] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si esas palabras describen apropiadamente los tipos de situaciones que el Grupo de Trabajo se propone abordar en el proyecto de artículo.

[44] 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. Error en las comunicaciones electrónicas[45]

1. En los casos en una persona cometa un error en una comunicación electrónica intercambiada con el sistema de información automatizada de otra parte y el sistema de información automatizado no brinde a la persona la oportunidad de corregir el error, esa persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, tendrá el derecho a retirar la comunicación electrónica en que se cometió el error si:

[a) La persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, notifica a la otra parte del error tan pronto como resulte práctico hacerlo tras haber conocido el error e indica que la persona cometió el error en la comunicación electrónica;

[b) La persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, adopta medidas razonables, incluidas medidas que se ajusten a las instrucciones de la otra parte, de devolver los bienes o servicios recibidos, si los hubiere, como consecuencia del error, o si se le ordena hacerlo, de destruir los bienes o servicios; y

[c) La persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona no ha utilizado los bienes o servicios ni recibido ningún provecho material o valor de los bienes o servicios, si los hubiere, recibidos de la otra parte][46].

[2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará la aplicación de una norma de derecho que pueda regir las consecuencias de un error cometido durante la [negociación][formación] o cumplimiento del tipo de contrato en cuestión distinto de un error que ocurra en las circunstancias señaladas en el párrafo 1.]

---

[45] El presente párrafo trata de la cuestión de los errores en las operaciones automatizadas (véase A/CN.9/WG.IV/WP.95, párrafos 74 a 79). Versiones anteriores del proyecto de artículo contenían, en el párrafo 1 de la variante A, una norma basada en el párrafo 2 del artículo 11 de la Directiva 2000/31/EC de la Unión Europea, que crea una obligación para las personas que ofrecen bienes o servicios por medio de sistemas automatizados de información de ofrecer medios para corregir los errores de insumo y requería que esos medios fueran "apropiados, eficaces y accesibles". El proyecto de artículo fue objeto esencialmente de dos tipos de objeciones: una objeción consistía en que el proyecto de convención no debía ocuparse de una cuestión sustantiva compleja como el error, asunto a cuyo respecto el Grupo de Trabajo no había aún llegado a una decisión definitiva. Otra objeción consistía en que las obligaciones previstas en el párrafo 2 del artículo 14 de la primera versión del proyecto de convención (como figuraban en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.95) se consideraban de carácter regulatorio o de derecho público (véase A/CN.9/509, párrafo 108). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se puede superar esta última objeción mediante la supresión de la referencia a una obligación de otorgar los medios para corregir los errores y previendo solamente las consecuencias de derecho privado de la ausencia de esos medios.

[46] Los apartados b) y c) del párrafo 1 aparecen entre corchetes por cuanto en el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que las cuestiones en ellos tratadas 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. No obstante, la opinión predominante fue que una disposición que brindaba una solución armónica para ocuparse de las consecuencias de los errores en las operaciones de comercio electrónico tenía gran importancia práctica y era necesaria en el proyecto de convención (A/CN.9/509, párrafo110).

[*Toda otra disposición de índole sustantiva que el Grupo de Trabajo desee incluir*[47].]

CAPÍTULO IV. DISPOSICIONES FINALES[48]

Artículo 15. Depositario

El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario de la presente Convención.

Artículo 16. Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión

1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados [en [...] del [...] al [...] y en adelante] en la Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, del [...] al [...].

2. La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios.

3. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios desde la fecha en que quede abierta a la firma.

4. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 17. Aplicación a las unidades territoriales

1. Todo Estado integrado por dos o más unidades territoriales en las que, con arreglo a su constitución, sea aplicable un régimen jurídico distinto en relación con las materias objeto de la presente Convención podrá declarar en el momento de dar su firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a la presente Convención que ésta será aplicable a todas sus unidades territoriales, o sólo a una o varias de ellas, y podrá en cualquier momento sustituir por otra su declaración original.

2. En esas declaraciones se hará constar expresamente a qué unidades territoriales será aplicable la Convención.

3. Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, la presente Convención no se aplica a todas las unidades territoriales de un Estado, y si el establecimiento de una parte se encuentra en ese Estado, se considerará que ese

---

[47] Entre esas disposiciones suplementarias podrían figurar, además de las consecuencias del incumplimiento de los proyectos de artículos 11, 15 y 16, una cuestión que el Grupo de Trabajo todavía no ha examinado (véase A/CN.9/527, párrafo 103) y todas las demás cuestiones que el Grupo de Trabajo tal vez desee incluir.

[48] Con la excepción de los proyectos de artículo 18 [X] y 19 [Y], todas las disposiciones del presente capítulo son nuevas. Se basan en las disposiciones correspondientes de otras convenciones internacionales preparadas por la CNUDMI y siguen el asesoramiento y la práctica enunciados en el manual titulado *Final Clauses of Multilateral Treaties* (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta E.04.V.3), preparado en 2003 por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas (disponible también a los subscriptores de las bases de datos de la Colección de Tratados de las Naciones Unidas en http://untreaty.un.org/English/FinalClauses/Handbook.pdf).

establecimiento no se halla en un Estado Contratante, a menos que se encuentre en una unidad territorial a la que se haga aplicable la Convención.

4. Si un Estado Contratante no hace ninguna declaración conforme al párrafo 1 del presente artículo, la Convención será aplicable a todas las unidades territoriales de ese Estado.

Artículo 18 [X]. Reservas y declaraciones[49]

1. No se podrán hacer reservas, salvo las autorizadas expresamente en este artículo.

2. Todo Estado podrá declarar por escrito en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no estará obligado por el apartado a) del párrafo 1 del artículo 1 de la presente Convención[50].

3. Todo Estado podrá declarar por escrito en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no estará obligado por el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 de la presente Convención[51].

4. Todo Estado podrá declarar por escrito en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no estará obligado por el párrafo 4 del artículo 1 de la presente Convención[52].

[5. Todo Estado podrá declarar por escrito en cualquier momento[53] que no aplicará la presente Convención a los asuntos especificados en su declaración[54].]

6. El Estado que formule una reserva por escrito con arreglo a los párrafos 2, 3 y 4 del presente artículo no estará obligado por los asuntos especificados en esa reserva.

---

[49] El Grupo de Trabajo no ha concluido aún sus deliberaciones sobre posibles exclusiones del anteproyecto de convención de conformidad con el proyecto de artículo 2 (véase A/CN.9/527, párrafos 83 a 98). Se ha agregado este proyecto de artículo como posible alternativa para el caso de que no haya consenso acerca de las posibles exclusiones del anteproyecto de convención.

[50] El efecto que se pretende con una declaración de ese tipo sería que las operaciones sujetas a las leyes del Estado correspondiente, las disposiciones del proyecto de convención se aplicarían a los intercambios de mensajes de datos, en relación con la formación o cumplimiento de contratos entre partes, cuyos establecimientos se hayan situados en Estados diferentes, incluso aunque solamente uno de esos Estados sea parte en la convención.

[51] En su 41º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en examinar, en una etapa posterior, 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, párrafo 42).

[52] Se ha incluido esta disposición de manera de reflejar una propuesta formulada en el 43º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/548, párrafo 78). Está vinculada lógicamente con la variante B del párrafo 4 del proyecto de artículo 1, y resultaría superflua si el Grupo de Trabajo mantuviera la variante A de párrafo 4 del proyecto de artículo 1.

[53] En su 43º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en utilizar las palabras “en cualquier momento” en este párrafo (véase A/CN.9/548, párrafos 32 y 33). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si correspondería usar la misma fórmula en los párrafos 2, 3 y 4 de este proyecto de artículo.

[54] Esta disposición aparece entre corchetes en tanto el Grupo de Trabajo adopta una decisión en cuanto a si debe mantenerse la posibilidad de hacer exclusiones unilaterales incluso aunque el Grupo de Trabajo acordara una lista común de exclusiones en virtud del proyecto de artículo 2.

Artículo 19 [Y]. Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales[55]

1. De no haberse declarado otra cosa en una declaración hecha de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo, [todo Estado Contratante declara[56] que aplicará las disposiciones de la presente Convención] [las disposiciones de la presente Convención[57] serán aplicables] al uso de comunicaciones electrónicas en relación con [la negociación] [la formación] o el cumplimiento de un contrato [o acuerdo][58] a que se aplique cualquiera de las convenciones internacionales siguientes, en las que el Estado es o pueda llegar a ser Estado Contratante:

[La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958[59]]

---

[55] Este proyecto de artículo tiene por objeto ofrecer una posible solución común para algunos de los obstáculos jurídicos que se oponen al comercio electrónico con arreglo a los instrumentos internacionales vigentes que fueron objeto de un estudio contenido en una nota anterior de la Secretaría (véase A/CN.9/WG.IV/WP.94). En el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo hubo acuerdo general en proceder de esa manera, en la medida en que las cuestiones fueran comunes, lo que ocurría al menos respecto de la mayoría de las cuestiones planteadas en los instrumentos enumerados en el párrafo 1 (véase A/CN.9/527, párrafos 33 a 48). Este artículo tiene como objeto eliminar las dudas en cuanto a las relaciones entre las normas que figuran en el proyecto de convención y las normas que figuran en otras convenciones internacionales. El proyecto de artículo no se propone enmendar ninguna otra convención internacional. En la práctica, el proyecto de artículo tiene el efecto de un compromiso de cada uno de los Estados Contratantes de utilizar las disposiciones del proyecto de convención para eliminar los posibles obstáculos jurídicos al comercio electrónico que pudieran surgir de la interpretación de esas convenciones y facilitar su aplicación en los casos en que las partes realicen sus operaciones por medios electrónicos.

[56] La obligación asumida por cada Estado Contratante en virtud del presente artículo tiene por objeto hacer efectiva automáticamente la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión y no requiere una declaración por separado hecha por el Estado Contratante (véase A/CN.9/548, párrafo 52).

[57] La última versión del proyecto de artículo se refería concretamente al proyecto de artículo 6 [7] y a las disposiciones sustantivas del proyecto de convención que figuraban en el capítulo III. Esta referencia cruzada tenía por objeto evitar la impresión de que las disposiciones relativas al alcance de la aplicación del proyecto de convención afectarían la definición del ámbito de aplicación de otras convenciones internacionales. Se han suprimido las referencias cruzadas por cuanto el Grupo de Trabajo, en su 43º período de sesiones, consideró que las referencias cruzadas no eran necesarias (A/CN.9/548, párrafos 53 y 54).

[58] Se han incluido entre corchetes las palabras “o acuerdos” en el caso de que el Grupo de Trabajo decida incluir la Convención sobre el reconocimiento y el cumplimiento de los laudos arbitrales extranjeros (“la Convención de Nueva York de 1958”) en la lista del párrafo 1 por cuanto la Convención de Nueva York de 1958 utiliza la expresión “acuerdo de arbitraje”.

[59] Se ha sugerido a la Secretaría que el uso de comunicaciones electrónicas para concertar acuerdos de arbitraje internacional podría beneficiarse con una disposición que reconocería expresamente su validez a los efectos de la Convención de Nueva York de 1958. La referencia a esa Convención aparece entre corchetes, sin embargo, porque ni el Grupo de Trabajo II (Arbitraje) ni el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico), han tenido oportunidad todavía de considerar el asunto. Si se mantiene la referencia podría resultar necesario instituir una disposición acerca de los equivalentes electrónicos de los documentos “originales”, por cuanto el apartado b) del párrafo 1 del artículo IV de la Convención de Nueva York de 1958 requiere que la parte que pretende el reconocimiento y el cumplimiento de un laudo arbitral extranjero

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)[60]

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 uso de mensajes de datos para el intercambio 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 materia de comercio internacional] en el que el Estado sea Parte Contratante y que el Estado señale en su declaración[61].]

---

debe presentar, entre otras cosas, un ejemplar original, o debidamente autentificado del acuerdo de arbitraje (véanse también los párrafos 4 y 5 del proyecto de artículo 9 y la llamada a pie de página 35 *supra*).

[60] Ni esta Convención ni la Convención sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional han entrado en vigor todavía. La referencia en una Convención internacional posterior a un instrumento anterior que aún no está en vigor, o a disposiciones posteriores para ajustar o interpretar el texto de un instrumento anterior que aún no está en vigor no son contrarios a la práctica de los tratados internacionales y se han utilizado en el pasado. Por ejemplo, en el momento de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ("la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa"), en 1980, no había entrado en vigor aún la Convención de las Naciones Unidas sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías "la Convención sobre la Prescripción". No obstante, en la conferencia diplomática que aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa aprobó también un protocolo por el que enmendaba la Convención sobre la Prescripción. Tanto la Convención sobre la Prescripción (en su forma original) como el Protocolo de 1980 (para los Estados Contratantes que habían ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa) entraron en vigor el 1º de agosto de 1988.

[61] 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.

3. Todo Estado podrá declarar por escrito en cualquier momento que no aplicará la presente Convención[62] a los contratos internacionales que caigan dentro del ámbito de aplicación de [cualquiera de las convenciones mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo] [algún acuerdo, tratado o convención internacional, incluida cualquiera de las convenciones mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo, en el que el Estado sea Estado Contratante y que se determine en la declaración de ese Estado[63].]

Artículo 20. Procedimiento y efectos de las reservas y declaraciones

1. Las reservas y declaraciones hechas con arreglo a la presente Convención en el momento de la firma estarán sujetas a confirmación en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación.

2. Las reservas y las declaraciones y sus confirmaciones han de hacerse por escrito y se notificarán oficialmente al depositario.

3. Una reserva o declaración surtirá efecto simultáneamente con la entrada en vigor de la presente Convención respecto del Estado en cuestión. No obstante, una reserva o declaración de la cual el depositario reciba notificación oficial después de la entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contados desde la fecha de su recepción por el depositario.

4. Todo Estado que haga una reserva o declaración con arreglo a la presente Convención podrá retirarla en cualquier momento mediante notificación oficial dirigida por escrito al depositario. El retiro surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo del seis meses contado a partir de la fecha de recepción de la notificación por el depositario.

Artículo 21. Enmiendas

1. Todo Estado contratante podrá proponer enmiendas a la presente Convención. Las propuestas de enmienda se presentarán por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien distribuirá la propuesta a todos Estados Partes, con la solicitud de que indiquen si son partidarios de que se convoque una conferencia de los Estados Partes. En el caso de que, dentro de cuatro meses contados a partir de la fecha de esa comunicación, al menos un tercio de los Estados Partes se declare partidario de una conferencia de ese tipo, el Secretario General convocará la conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Las propuestas

---

[62] Se han suprimido las palabras “o alguna disposición específica de la presente Convención” que figuraban entre corchetes en la última versión del proyecto de párrafo por cuanto el Grupo de Trabajo es de la opinión que un Estado que opte por adoptar el proyecto de convención no debe aplicar solamente algunas y no todas sus disposiciones (A/CN.9/548, párrafo 63).

[63] El segundo conjunto de palabras entre corchetes se ha incluido de conformidad con sugerencias hechas en el 43º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/548, párrafo 67). Dan a los Estados Contratantes la posibilidad de limitar el alcance de la aplicación del proyecto de convención. Esta posibilidad presupone que las disposiciones del proyecto de convención podrían ser aplicables a las comunicaciones electrónicas relacionadas con contratos regidos por otros convenios internacionales no enumerados en el párrafo 1 del proyecto de artículo, posibilidad que se prevé en la variante B del párrafo 4 del proyecto de artículo 1. Esa opción podría resultar superflua si el Grupo de Trabajo decide conservar la variante A del párrafo 4 del proyecto de artículo 1.

de enmienda se distribuirán a los Estados contratantes por lo menos 90 días antes de la conferencia.

2. Las enmiendas de la presente Convención se aprobarán por [dos tercios] [una mayoría] de los Estados Contratantes presentes y votantes en la conferencia de Estados Contratantes y entrarán en vigor respecto de todos los Estados Contratantes el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contados a partir de la fecha en que [dos tercios de] los Estados Contratantes en el momento de la aprobación de la enmienda en la conferencia de los Estados Contratantes hayan depositado sus instrumentos de aceptación de la enmienda.

Artículo 22. Entrada en vigor

1. La presente Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha de depósito del [...] instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

2. Cuando un Estado ratifique o acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después del depósito del [...] instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la presente Convención entrará en vigor respecto de ese Estado el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Artículo 23. Disposiciones transitorias

La presente Convención se aplicará únicamente a las comunicaciones electrónicas que se intercambien después de la fecha en que la Convención entre en vigor respecto de los Estados Contratantes indicados en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 1 o del Estado Contratante indicado en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1.

Artículo 24. Denuncias

1. Todo Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención en cualquier momento mediante notificación hecha por escrito al depositario.

2. La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento del plazo de doce meses contado a partir de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo, la denuncia surtirá efecto al vencer dicho plazo, contado a partir de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario.

HECHA en [...], el [...] de [...] de [...], en un solo original, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso serán igualmente auténticos.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.

C. Nota de la Secretaría sobre los aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: Disposiciones para un proyecto de convención, presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 44º período de sesiones

(A/CN.9/WG.IV/WP.111) [original: inglés]

La Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas ha enviado a la Secretaría un documento en el que formula observaciones sobre un posible nuevo instrumento internacional relativo a la contratación electrónica. El texto de esas observaciones se reproduce en el anexo de la presente nota tal como se presentó a la Secretaría.

Anexo

Observaciones de la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos

1. Las observaciones que se exponen a continuación tratan de algunas novedades recientes en la práctica seguida por el Secretario General al actuar como depositario de tratados internacionales, así como de algunas de las dificultades con las que ha tropezado al dar curso a las disposiciones finales de algunos de esos instrumentos. Deseamos prevenir toda posibilidad de que la futura convención adolezca de los mismos defectos que han causado problemas respecto de otros instrumentos. Cabe subrayar que algunos de los problemas que el depositario tuvo recientemente respecto de tratados negociados en otros foros se habrían soslayado si se hubiera cuidado algo más la preparación de su texto. Nuestras observaciones tienen por objeto facilitar toda tarea administrativa encomendada al depositario y la puesta en práctica del nuevo instrumento por los Estados parte. Asimismo, será útil consultar el Handbook of Final Clauses of Multilateral Treaties, bien en su versión impresa, bien en Internet, (http://untreaty-un.org/English/FinalClauses/Handbook.pdf). A la luz de lo expuesto, procederemos a formular observaciones sobre determinados puntos del proyecto de texto.

Artículo 15 (Depositario)

2. Observamos que su artículo 15 designa, según la fórmula clásica, al Secretario General como depositario del nuevo texto. Si, en el curso de las negociaciones, se le asigna, además, alguna función administrativa, convendría que dicha función le fuera asignada bajo algún otro título que el de depositario. La Convención debería deslindar claramente uno y otro cometido.

Artículo 16 (Procedimiento de firma y vías de acceso a la condición de parte en la Convención)

3. Cabría prever que ciertas organizaciones internacionales deseen entrar a ser parte en la Convención, como podría ser el caso en el futuro de la Comunidad

Europea. Entendemos que, con arreglo al texto actual del proyecto de convención, sólo los Estados podrían ser parte en ella. Ahora bien, si los negociadores desean que las organizaciones internacionales puedan obtener también acceso directo al nuevo régimen, esta posibilidad deberá indicarse en la disposición de entrada en vigor, entre otras. Además de estar capacitada para celebrar tratados, es esencial que toda organización internacional que desee ser parte en la Convención tenga competencia para obligarse en las cuestiones reguladas por su régimen. Por consiguiente y en consonancia con otros instrumentos, como la *Convención sobre el Derecho del Mar de 1982*, sería necesario incorporar a su texto una disposición por la que se exija a toda organización internacional que desee ser parte en la Convención que declare las materias reguladas en ella respecto de las cuales sus Estados miembros le han traspasado su competencia y el alcance de tal competencia. Dicha declaración debería hacerse en el momento de la firma o en el momento en que la entidad internacional consienta válidamente en quedar vinculada por la Convención. Debería estatuirse también que toda entidad internacional parte en la Convención estará obligada a notificar al depositario de todo cambio en su competencia.

4. En ese caso es importante asimismo que se especifique que la participación de tal organización internacional no conferirá derecho alguno dimanante de la Convención a un Estado miembro de tal organización que no sea parte en la Convención. Deberá también quedar claro en su texto que la participación de una organización internacional no supondrá, para sus Estados miembros, aumento alguno en la cuota de representación que les sea asignable en su calidad eventual de Estado parte en la Convención, particularmente en materia decisoria. Cabría definir un régimen de recuento de votos para evitar todo desacuerdo que pudiere surgir al respecto. El *Convenio sobre la diversidad biológica de 1992* puede ser un precedente utilizable; convendría consultar sus artículos 31 (Derecho de voto), 33 (Firma) y 34 (Ratificación, aceptación o aprobación). Por ejemplo, el artículo 31 (Derecho de voto) dice:

> "1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2 de este artículo, cada una de las Partes Contratantes en el presente Convenio o en cualquier protocolo tendrá un voto.
>
> 2. Las organizaciones de integración económica regional ejercerán su derecho de voto, en asuntos de su competencia, con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes Contratantes en el presente Convenio o en el protocolo pertinente. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo, y viceversa."

5. En cuanto a la fecha eventualmente indicada en el artículo 16 (Firma), sugerimos firmemente que deje un margen mínimo de seis semanas desde la ultimación y aprobación del texto, a fin de que el depositario disponga del tiempo necesario para preparar el original y las copias auténticas certificadas de la Convención. Insistimos en que dicho margen constituye un requisito indispensable para la Oficina de Asuntos Jurídicos. Conocemos por experiencia las dificultades que sobrevienen y los recursos que se desperdician cuando no se prevé dicho margen, sin que sea posible tampoco olvidar los procedimientos de corrección que cabría haber evitado.

6. Cabe señalar que no se indica el lugar donde la Convención quedará abierta a la firma. La experiencia nos enseña que la organización de una ceremonia inaugural de firma fuera de la Sede de las Naciones Unidas suele despertar mayor interés entre las altas jerarquías de los Estados. Sugerimos que, si se sigue dicha vía, el período inicial de firma no se prolongue más de dos o tres jornadas. Cabría, luego, dejar la Convención abierta a la firma en la Sede de las Naciones Unidas durante 12 meses como mínimo para que los Estados tengan tiempo de examinar su texto y decidir si lo firman. La Oficina del Asesor Jurídico ha desaconsejado firmemente que un texto permanezca abierto a la firma fuera de la Sede más allá de unos pocos días (véase el párrafo 3 de la sección 6 del documento ST/SGB/2001/7).

7. A la luz de lo dicho, recomendamos que el párrafo 1 del artículo 16 diga:

> "16.1 La presente Convención estará abierta a la firma de [...] en el [lugar de la ceremonia de firma] del [fecha] al [fecha] y en adelante en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, del [fecha] al [fecha]."

Artículo 17 (Aplicación a las unidades territoriales)

8. Cabe señalar que en la inmensa mayoría de los tratados depositados en poder del Secretario General no figura una cláusula de esta índole. En la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969*, que codifica el derecho internacional consuetudinario, se estipula que un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo. Dicha cláusula sí figura, en cambio, en otros tratados de la CNUDMI (como la *Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional de 2001*) y en los del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Si el Grupo de Trabajo desea mantener este artículo, cabe prevenirle de que puede dar lugar a graves complicaciones cuando se trate de un Estado compuesto de muchas unidades territoriales (como en el caso de Australia, el Canadá, China y los Estados Unidos). Dicha cláusula puede aumentar notablemente la labor del depositario.

Artículo 18 (Declaraciones sobre exclusiones) y artículo 21 (Reservas)

9. Cabe señalar que las declaraciones a que se refieren los párrafos 1 a 4 del artículo 18 son efectivamente reservas y deberían caracterizarse como tales. Conviene que se las denomine reservas, habida cuenta de los problemas que suele crear el empleo de terminología ambigua, y se disponga su presentación por escrito. Recomendamos que se fusionen los artículos 18 (Declaraciones sobre exclusiones) y 21 (Reservas) y que el nuevo artículo 18 se titule "Reservas y declaraciones". Dicho artículo debería disponer que las declaraciones o reservas de que se trate se comunicarán al depositario, al que le incumbe dar a conocer tales actos a las partes interesadas. Sugerimos el siguiente borrador para dicho artículo a fin de que la Secretaría pueda examinarlo:

> "Artículo 18. Reservas y declaraciones
>
> 1. No se podrán hacer reservas, salvo las expresamente autorizadas en este artículo.
>
> 2. Todo Estado podrá declarar por escrito en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no

estará obligado por el apartado a) del párrafo 1 del artículo 1 de la presente Convención.

3. Todo Estado podrá declarar por escrito en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no estará obligado por el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 de la presente Convención.

4. Todo Estado podrá declarar por escrito en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no estará obligado por el párrafo 2 del artículo 1 de la presente Convención.

5. Todo Estado que haga una reserva por escrito, conforme a lo previsto en los párrafos 2, 3 ó 4 del presente artículo, no estará obligado en asunto alguno que se haya especificado en dicha reserva."

Artículo 19 (Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales)

10. Por la referencia en la segunda línea del párrafo 1 del artículo 19 a todo Estado Contratante se entiende todo Estado que haya expresado su consentimiento a quedar vinculado por la Convención (cuando ésta aún no haya entrado en vigor en general o respecto de tal Estado). Es redundante en sí decir "... ratificando, aceptando, aprobando o adhiriéndose a la presente Convención". Sugerimos que se supriman esas palabras.

11. Una declaración (en rigor, una reserva) hecha al amparo del párrafo 3 del artículo 19 también deberá formularse por escrito.

Artículo 20 (Procedimiento y efectos de las declaraciones)

12. El texto de este artículo es confuso. Sugerimos que sea reformulado, ya que de lo contrario seremos árbitros de una infinidad de disquisiciones sobre si determinado acto es una declaración o una reserva. El título del artículo 20 podría ser: "*Artículo 20. Procedimiento y efectos de las reservas y declaraciones*", como reflejo de las reservas y declaraciones que se prevén en los artículos 17, 18 y 19. Sus párrafos 1, 2, 3 y 4 deberían hablar de "reservas y declaraciones ...".

Procedimiento de enmienda

13. Cabe señalar que la Convención no ha previsto vía de enmienda alguna. Nuestra experiencia demuestra la conveniencia de que se prevea el procedimiento que habrá de seguirse de ser necesario modificar la Convención a fin de evitar problemas a los Estados en el supuesto de que surja dicha necesidad. Consúltese el manual *Handbook of Final Clauses of Multilateral Treaties*, preparado por la Sección de Tratados, que informa al respecto y da ejemplos de disposiciones de enmienda (véase "Amendment", págs. 97 a 101).

14. En la disposición de enmienda de la mayoría de los tratados multilaterales se establece que toda propuesta de enmienda ha de aprobarse en una conferencia a la que acudan los Estados parte, tras haber sido informados de la enmienda propuesta. En algunos casos, las enmiendas se han aprobado por correspondencia. La secretaría de una convención o un órgano administrativo competente suele tramitar la

convocatoria de toda conferencia de los Estados que sean parte en dicho instrumento. Tal órgano podría encargarse de distribuir la propuesta de enmienda entre los Estados parte antes de la celebración de la conferencia. Tras su aprobación, la práctica establecida suele ser la de que el Secretario General, en su calidad de depositario, transmita a los Estados parte la enmienda aprobada.

15. En los tratados multilaterales suele disponerse que toda propuesta de enmienda habrá de ser aprobada en una conferencia por cierta proporción de sus Estados parte, por ejemplo, *una mayoría de dos tercios de los Estados parte*. En tales casos, es aconsejable determinar si dicha proporción corresponderá a todos los Estados que sean parte en la Convención o sólo a los Estados parte que estén presentes en el momento de la votación. Cabe hacer esta observación en razón de las dificultades que han surgido con otros tratados en donde figuraban disposiciones análogas.

16. Lo usual es que los tratados multilaterales prevean la entrada en vigor de una enmienda únicamente respecto de los Estados parte que la hayan aceptado. Ahora bien, de nuestra experiencia se desprende que esa norma engendra considerables problemas de interpretación y aplicación habida cuenta de que da lugar a que los Estados puedan ser parte en dos regímenes diferentes en virtud de una misma convención. Véase por ejemplo la *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989*. La misma situación se ha planteado con el *Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación de 1989*, en virtud del cual un nuevo anexo aprobado sería aplicable únicamente a los Estados parte que lo hayan aceptado. A fin de que en el marco de esta Convención no sea posible acogerse a dos regímenes distintos, sugerimos decididamente que no se incluyan disposiciones que estipulen que sólo quedarán obligados por una enmienda los Estados parte que la hayan aceptado, en tanto que los demás Estados parte seguirán al amparo del régimen anterior. Cabe consultar en el *Handbook of Final Clauses of Multilateral Treaties* la orientación que se da al respecto en "*Entry into force of annexes, amendments and regulations*", págs. 67 a 75.

17. Proponemos el texto siguiente a título ilustrativo:

> "Todo Estado que sea parte en la Convención podrá proponer enmiendas a su texto. Toda propuesta de enmienda se presentará por escrito a [la secretaría de la Convención o a todo otro órgano administrativo competente], que la transmitirá a cada uno de los Estados parte. Una conferencia de los Estados parte convocada al efecto examinará la propuesta de enmienda, siempre que ésta haya sido comunicada a los Estados parte con [90] días de antelación como mínimo.
>
> Toda enmienda se aprobará por [consenso, una mayoría de dos tercios, o alguna otra fórmula] de los Estados parte presentes en la conferencia de los Estados parte y entrará en vigor respecto de todos ellos en la fecha en que [22 o alguna otra cifra] los Estados parte hayan depositado su instrumento de aceptación de la enmienda."

18. En muchos tratados multilaterales suele disponerse que toda enmienda entrará en vigor cuando una determinada proporción de Estados parte, por ejemplo, "dos tercios de los Estados parte", haya depositado su instrumento de aceptación. Recientemente han surgido problemas con este tipo de regla. Concretamente se ha planteado la cuestión de si el número de aceptaciones ha de calcularse en función

del número de los Estados que sean parte en la Convención en el momento de aprobarse la enmienda o en el momento de ser aceptada. Conviene aclarar este punto desde un principio para que no haya confusiones más adelante. No obstante, cabe señalar que, cuando en un tratado no se enuncia ninguna norma al respecto, la práctica seguida por el Secretario General, a título de depositario, ha sido calcular el número de aceptaciones sobre la base del número de Estados que sean parte en la Convención en el momento de la aceptación. Una posible solución, que juzgamos aconsejable, sería disponer que la enmienda entrará en vigor cuando cierto número de Estados parte, por ejemplo, "22 Estados parte" hayan depositado su instrumento de aceptación (véase el modelo enunciado en el párrafo 17 *supra*).

Estructura institucional

19. Cabe señalar que no se ha previsto estructura institucional alguna para que se haga cargo de las funciones de secretaría previstas en la Convención. Dicha estructura concierne en particular a las funciones administrativas, como la de distribuir una propuesta de enmienda con anterioridad a la reunión de los Estados parte que se convoque para debatirla. Dado que tales funciones administrativas no son propias del oficio de depositario, convendría designar al órgano que se hará cargo de ellas.

20. La Sección de Tratados está dispuesta a prestar asistencia en todo asunto que concierna a las disposiciones finales y otras cuestiones propias del derecho de los tratados. Invitamos a la secretaría a que se mantenga en contacto con la Sección de Tratados durante el transcurso de las negociaciones. Cabe señalar, al respecto, que se habrán de remitir a la Sección de Tratados ciertos ejemplares del texto aprobado de la Convención, listos para su reproducción fotográfica (texto impreso y texto electrónico en formato Microsoft Word 2000).

D. Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Contratación electrónica: Disposiciones para un proyecto de convención, propuesto por Bélgica, presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 44º período de sesiones

(A/CN.9/WG.IV/WP.112) [Original: francés]

Se anexa a la presente nota una propuesta de enmienda al párrafo 2 del artículo 10 del proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en el contexto de los contratos internacionales (A/CN.9/WG.IV/WP.110), tal y como fue comunicada por Bélgica a la Secretaría.

ANEXO

Propuesta de enmienda al párrafo 2 del artículo 10 presentada por Bélgica

1. Reformúlese el párrafo 2 del artículo 10 del modo siguiente:

> "Un mensaje de datos se habrá recibido en el momento a partir del cual 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 que el destinatario haya convenido en utilizar."

Justificación

2. Los párrafos 2 y 3 del artículo 10 tienen por finalidad determinar un equivalente funcional del concepto clásico de recepción de un mensaje en el establecimiento o la residencia habitual del destinatario, como se enuncia, por ejemplo, en el artículo 24 de la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en el que se estipula que una declaración "llega" al destinatario cuando se entrega en su establecimiento o dirección postal o en su residencia habitual, o también en el párrafo 1 del artículo 3 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en virtud del cual se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido entregada en el establecimiento, la residencia habitual o el domicilio postal del destinatario.

3. Ahora bien, el principio básico de los párrafos 2 y 3 del artículo 10, según el cual se considera que un mensaje de datos ha sido recibido en el establecimiento o en la residencia habitual del destinatario desde el momento en que entra en un sistema de información del destinatario, parece insuficiente para establecer una equivalencia funcional satisfactoria, por lo que generará gran inseguridad jurídica, por ejemplo, en la aplicación de los dos artículos mencionados anteriormente.

4. El equivalente funcional del establecimiento o de la residencia habitual del destinatario no es cualquier sistema de información de ese destinatario, sino el

sistema de información que el destinatario haya convenido en utilizar para recibir un mensaje de datos, por lo que se le podrá exigir legítimamente que vea si hay correo en el buzón electrónico, tal y como haría el destinatario en un establecimiento o una residencia habitual que hubiera escogido libremente.

5. Cabe observar, además, que la referencia a un sistema de información del destinatario según figura en el texto propuesto en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.110, plantea la cuestión de saber a qué tipo de vínculo jurídico entre el destinatario y el sistema de información alude ese texto: ¿se trata de una relación de propiedad o de otro tipo análogo de vínculo jurídico? Tal exigencia podría limitar indebidamente el tipo de sistema de información que podría utilizarse para enviar válidamente un mensaje de datos al destinatario. El texto de enmienda propuesto evita esa dificultad al concentrarse únicamente en el criterio del consentimiento del destinatario, independientemente del vínculo jurídico que exista entre el destinatario y el sistema de información que éste haya convenido en utilizar.

6. Huelga decir que la propuesta de enmienda expuesta más arriba supone que el Grupo de Trabajo haya podido resolver satisfactoriamente la definición del concepto de sistema de información.

E. Aspectos jurídicos del comercio electrónico: (ICC eTerms 2004) y Guía de la CCI para la contratación electrónica, presentada al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 44º período de sesiones

(A/CN.9/WG.IV/WP.113) [Original: inglés]

Bajo la cobertura de una carta fechada el 30 de julio de 2004, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) hizo llegar a la Secretaría un ejemplar de sus cláusulas contractuales 2004 para el comercio electrónico (*ICC eTerms 2004*), junto con la Guía de la CCI para la contratación electrónica conforme fueron aprobadas, por la Comisión de la CCI sobre Derecho y Prácticas Comerciales y la Comisión para el comercio electrónico, la tecnología de la información y las telecomunicaciones. La carta recibida de los dos copresidentes del Grupo Especial de la CCI encargado del tema de la contratación electrónica indica, entre otras cosas, que la CCI agradecería toda contribución que le llegue de la CNUDMI sobre el proyecto de texto, que se tiene previsto reconsiderar durante el otoño, poco después del 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo. En los anexos de la presente nota se reproduce el texto de la carta anteriormente mencionada y de las cláusulas contractuales 2004 de la CCI, así como el texto de la Guía para la contratación electrónica, conforme se recibieron en la Secretaría.

ANEXO

Índice

Ventajas prácticas de las cláusulas 2004 de la CCI para el comercio electrónico (*ICC eTerms 2004*)

Cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico: introducción

A. Cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico

Cláusula 1: acuerdo de comercio electrónico
Cláusula 2: expedición y recepción

B. Guía de la CCI para la contratación electrónica

B.1 Cómo procede utilizar las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico (ICC eTerms 2004)
B.2 Validez jurídica de las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico
B.3 Límites de las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico
B.4 ¿En nombre de quién se negocia?
B.5 Conocer a la otra parte
B.6 Formulación de un contrato electrónico
B.7 Especificaciones técnicas
B.8 Amparo de la confidencialidad
B.9 Gestión de todo riesgo funcional o avería técnica

Grupo Especial encargado del tema de la contratación electrónica
Cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico
Guía de la CCI para la contratación electrónica
Ventajas prácticas de las cláusulas 2004 de la CCI para el comercio electrónico (*ICC eTerms 2004*)[1]

- Las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico tienen por objeto dotar de mayor certeza o seguridad jurídica a todo contrato que se vaya a concertar por vía electrónica.
- Las cláusulas 2004 de la CCI constan de dos breves cláusulas, fáciles de incorporar a su contrato, que estipulan en términos claros que ambas partes en su contrato obran en la intención de quedar obligados por los términos de un contrato concertado por vía electrónica.
- Las cláusulas 2004 de la CCI no afectarán en modo alguno al contenido de su contrato, ni interfieren con ninguna de sus condiciones: simplemente facilitan la negociación por vía electrónica de un contrato.
- Cabrá utilizar las cláusulas 2004 de la CCI para todo contrato de venta o transferencia, por algún otro título, de bienes o de derechos, o para la contratación de servicios.
- Las cláusulas 2004 de la CCI son utilizables para contratar por vía electrónica ya sea a través de Internet, por correo electrónico o por EDI.

Cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico: introducción

La manera de negociar un contrato, es decir, el medio físico por el que se deja constancia del *acuerdo* de quedar obligado con otro comerciante respecto de determinado compromiso comercial, es un factor importante, ya que el *cómo* determina el *cuándo* del compromiso contraído con la otra parte (es decir, el *cierre* de la operación) y sirve asimismo para dejar constancia de las condiciones de su compromiso con la otra parte y de las cláusulas de su contrato.

Los comerciantes descubrieron muy pronto vías para dejar constancia de su intención de quedar mutuamente obligados en un trato. El mercado se ha adaptado con rapidez e imaginación a los cambios sucesivos de la tecnología a lo largo del tiempo, desde los primitivos tratos de palabra o el simple cruce de manos hasta la firma de documentos y el intercambio postal o telefónico de mensajes, o su envío por télex o telefax. El mercado ha sabido adaptarse a dichos cambios y sacar provecho de todos ellos, por lo que no cabe dudar de que sabrá adaptarse y sacar provecho, una vez más, del intercambio de mensajes electrónicos. La cuestión a dilucidar ha sido, a lo largo del tiempo, siempre la misma: ¿se ha dejado suficiente constancia del intercambio de mensajes entre las partes para probar que han

[1] *Nota*: Texto que ha de insertarse al ser publicado en el sitio de la CCI en Internet: Pulse para acceder a ICC eTerms 2004 Encontrará asimismo, en este sitio de la CCI la guía complementaria de las cláusulas contractuales ICC eTerms 2004, titulada ICC Guide to eContracting. En esta guía se explica cómo procede aplicar en su contrato las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico y se enumera una serie de medidas prácticas que podrá adoptar para facilitar su propia contratación por vía electrónica.

concertado un determinado compromiso comercial, es decir, un contrato por el que se han vinculado mutuamente entre sí?

La CCI ofrece al mundo comercial el presente documento, para dar respuesta a los retos y oportunidades de las nuevas tecnologías. El documento consta de dos secciones.

En primer lugar, se muestra cómo al hacer suyas las **cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico**, las partes dejan en claro, para todo árbitro o juez que haya de resolver una controversia sobre el curso de su contrato, que no existe controversia alguna respecto de la vía técnica seguida para su negociación. Las **cláusulas 2004 de la CCI** dejan constancia de la voluntad de las partes en negociar por *vía electrónica*: lo que supone una cuestión menos para resolver y en la que gastar tiempo y dinero.

En segundo lugar, la CCI reconoce que la rapidez y facilidad de la negociación electrónica abre nuevas oportunidades pero suscita asimismo ciertas inquietudes. Será más fácil dar respuesta a dichas inquietudes, si los interesados adoptan ciertas precauciones sencillas, prácticas y flexibles, sin tener que recurrir a medidas legislativas de alcance internacional o a cláusulas contractuales. Partiendo de este criterio, en la segunda sección se presenta una **Guía de la CCI para la contratación electrónica**, en donde se ilustran las medidas que todo comerciante podrá adoptar para negociar con la debida seguridad un contrato por vía electrónica.

Las cláusulas 2004 de la CCI han sido concebidas para la contratación por vía electrónica entre comerciantes. Expresan sin ambigüedad el deseo de negociar por vía electrónica un contrato y de definir ciertos criterios necesarios para determinar el momento en el que el contrato será firme o válido. Dichas cláusulas no han sido concebidas para negociar con consumidores y no facultan necesariamente para negociar por vía electrónica en supuestos en los que la ley aplicable al contrato considerado no autorice la contratación electrónica. Todo usuario de estas cláusulas deberá familiarizarse con el régimen general de los contratos que sea aplicable con arreglo al derecho interno antes de confiar la suerte de su contrato al empleo de dichas cláusulas.

A. Cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico

Cláusula 1: acuerdo de comercio electrónico

Las partes están de acuerdo en que:

1.1 la utilización de mensajes electrónicos dará lugar al nacimiento de derechos y obligaciones que sean mutuamente válidos y ejecutables; y en que,

1.2 en la medida de lo que sea permisible con arreglo a la ley por lo demás aplicable, todo mensaje electrónico será admisible a título de prueba, con tal de que dicho mensaje haya sido enviado a alguna dirección explícita o implícitamente indicada por el destinatario y en el formato previsto, de haberse designado alguno; y en que

1.3 no se impugnará la validez de una comunicación intercambiada o de un acuerdo concertado entre ellas por el solo hecho de que se haya utilizado la vía

electrónica, con independencia de si dicho empleo se hizo bajo la supervisión de alguna persona natural.

Cláusula 2: expedición y recepción

2.1 Se tendrá[2] todo mensaje electrónico por:

a) expedido o enviado al entrar dicho mensaje en un sistema de información que esté fuera del control del expedidor; y por

b) recibido en el momento en el que el mensaje ingrese en un sistema de información designado por el destinatario.

2.2 De haberse enviado un mensaje electrónico a un sistema de información que no sea el designado por el destinatario, se tendrá dicho mensaje por recibido en el momento en el que llegue al conocimiento de su destinatario.

2.3 Para los fines del presente contrato, todo mensaje electrónico se tendrá por expedido o enviado desde el lugar donde el expedidor tenga su establecimiento y se tendrá por recibido en el lugar donde el destinatario tenga su establecimiento.

B. Guía de la CCI para la contratación electrónica

B.1. Cómo procede utilizar las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico (ICC eTerms 2004)

Como se hace ver más adelante en la subsección B.2, al examinarse la validez eventual de las **cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico**, tal vez exista alguna norma de derecho interno imperativo que suponga un obstáculo para la negociación por vía electrónica de un contrato. No obstante, en la mayoría de los casos, el hecho de explicitar claramente la intención de las partes en un contrato de quedar mutuamente obligadas por el intercambio de mensajes electrónicos dará validamente a conocer, a todo árbitro o juez que haya de resolver una controversia entre las partes, que éstas concertaron libre y voluntariamente su contrato por vía electrónica. Por ello no es de prever, en la mayoría de los casos, que el derecho interno aplicable invalide un contrato por el mero hecho de que haya sido concertado por vía electrónica.

Por ello mismo, el texto de las **cláusulas 2004 de la CCI** (véase su cláusula 1.1), comienza por expresar que las partes están de acuerdo en concertar un contrato obligatorio mediante el intercambio de mensajes electrónicos, dando así claramente a conocer, a todo árbitro o juez que haya de resolver una controversia, que las partes están de acuerdo con el principio inspirador de las **cláusulas 2004 de la CCI para el comercio electrónico**, y el interés de las partes está en que dicha intención quede clara.

Cabe señalar tres vías por las que las partes en un contrato pueden dejar constancia de su intención de obrar de común acuerdo con **las cláusulas 2004 de la CCI**:

---

[2] Véase la Guía para la contratación electrónica: subsección B3.

a] las partes, sin excederse de ningún límite estatuido por el derecho interno aplicable (véase seguidamente la subsección B.2), podrán, incorporar por simple remisión contractual a las **cláusulas 2004 de la CCI para el comercio electrónico**, incorporar dichas cláusulas a todo contrato que concierten por vía electrónica, es decir por correo electrónico o por alguna aplicación de Internet;

b] las partes en un contrato podrán firmar e intercambiar una versión impresa sobre papel de las **cláusulas 2004 de la CCI para el comercio electrónico**, indicando la categoría o serie de contratos a los que serán aplicables y el plazo durante el que serán aplicables (p.ej.: toda venta de ciertas mercancías concertada entre las partes durante los próximos dos años);

c] las partes podrán simplemente intercambiar mensajes electrónicos en los que se indique que hacen suyas las **cláusulas 2004 de la CCI para el comercio electrónico**, pasando luego a negociar su contrato por vía electrónica, lo que constituye una presunción *de facto* de que desean negociar por dicha vía.

Siempre que una parte se sienta segura de que la otra parte contrata habitualmente por vía electrónica y el derecho interno aplicable no suponga obstáculo alguno para dicha vía, tal vez sea recomendable obrar conforme a lo indicado en la opción a].

Si las partes se sienten particularmente inquietas acerca de la validez eventual del contrato concertado por vía electrónica en el marco del derecho interno aplicable, tal vez sea recomendable que procedan conforme a lo indicado en la opción b].

En la mayoría de los ordenamientos, la opción c] surtirá el mismo efecto que la opción a], al tiempo que deja mayor margen para negociar todo extremo controvertido. Las partes deberán seleccionar la opción aplicable a la luz de todas las circunstancias de la operación que deseen concertar.

Debe insistirse en que, incluso sin haber incorporado por remisión a su contrato las **cláusulas 2004 de la CCI**, si las partes empiezan a dar curso al contrato que hayan concertado por vía electrónica, es probable que la mayoría de los árbitros o jueces de cualquier país dictaminen en sus laudos o sentencias que existe un contrato válido entre las partes.

B.2 Validez jurídica de las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico

Pese a la validez jurídica general de los contratos electrónicos, cabe prever supuestos en los que el derecho interno aplicable exija que cierto contrato sea consignado sobre papel y lleve firma manuscrita. Cabe entonces preguntarse si las **cláusulas 2004 de la CCI** son válidamente invocables cuando la ley aplicable al contrato negociado entre las partes sea la de dicho país.

Tal vez sea exagerada esta inquietud. La difusión cada vez mayor de la contratación electrónica, así como el ahorro que supone, hace que en la mayoría de los países, se recomiende positivamente o, al menos, se tolere la práctica de contratar por vía electrónica, incluso en aquellos casos en los que el derecho interno presuponga el canje de algún documento escrito entre las partes en un contrato, dicha práctica comercial tal vez no sea de derecho imperativo, por lo que se reconocerá la validez de las **cláusulas 2004 de la CCI**, siempre que las partes hayan

obrado de común acuerdo, dado que el principio de la autonomía contractual es prácticamente universal.

No obstante, en algunos países puede haber alguna regla de derecho imperativo, inviolable por vía contractual, que excluya taxativamente la contratación electrónica, al hacer depender la validez de cierto contrato del canje de algún documento consignado y firmado sobre papel.

De ser este el caso, no debe concluirse necesariamente que no sea posible contratar por vía electrónica: cabe convencer a la otra parte sobre las ventajas económicas de la contratación electrónica y recabar asistencia letrada local para averiguar si el derecho del lugar prohíbe o meramente no ha previsto la contratación electrónica, y en el supuesto de que la prohíba tal vez proceda ponerse de acuerdo con la otra parte para obrar de modo que el contrato se rija por la ley de algún otro lugar donde se reconozca la validez de esta vía de contratación.

B.3 Límites de las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico

Si bien es importante insistir en la importancia de las c**láusulas 2004 de la CCI para el comercio electrónico**, también lo es conocer los límites de dichas cláusulas. El primero y más evidente es que dichas cláusulas no forman, por sí solas, un contrato sustantivo donde se enuncien los derechos y las obligaciones de los contratantes, referentes tal vez a la venta de mercancías o a la prestación de algún servicio. Por ejemplo, el riesgo de alguna disfuncionalidad en la transmisión del mensaje se regirá por lo dispuesto al respecto en el contrato o en el derecho interno aplicable. Dichas cuestiones podrán regularse en el propio contrato, cuya negociación se verá facilitada por las **cláusulas 2004 de la CCI**, pero dichas cláusulas no suplen en modo alguno toda laguna contractual al respecto.

En segundo lugar, las c**láusulas 2004 de la CCI** no resuelven todas las cuestiones a las que puede dar lugar la negociación de un contrato. Por ejemplo, si alguna de las partes se vale para sus contratos de ciertas condiciones contractuales normalizadas (CCN), y si cada una de las partes desea contratar con arreglo a sus propias CCN, en vez de con arreglo a las de la otra parte, la cuestión controvertida de cuáles son las CCN aplicables al contrato no se regirá por las **cláusulas 2004 de la CCI para el comercio electrónico** sino por el derecho interno que sea declarado aplicable a dicho contrato.

La finalidad básica de las **cláusulas 2004 de la CCI** es la de estipular un régimen contractual uniforme conforme al cual las partes podrán negociar su contrato por vía electrónica sin correr el riesgo de que la otra parte aduzca más adelante que el contrato se concertó por vía electrónica para impugnar su validez jurídica.

B.4 ¿En nombre de quién se negocia?

Pese a que la contratación por vía electrónica suscita menos problemas jurídicos de lo que cabría en principio imaginar, existen riesgos dimanantes de las propias ventajas de la nueva tecnología, a saber, su rapidez y facilidad de empleo. Al ser la contratación electrónica tan fácil y rápida de concluir, la empresa tal vez corra el riesgo de encontrarse obligada por un contrato sin haber tenido tiempo de reflexionar sobre la conveniencia de celebrarlo. Este riesgo puede darse, en particular, para una empresa pequeña que no se haya habituado aún a la contratación electrónica.

Dicha consideración suscita tres cuestiones conexas, es decir, las de saber 1) cuál es la persona que haya sido facultada por su empresa para contratar por vía electrónica; 2) cómo determinar si su empresa o sociedad admite o está dispuesta a quedar vinculada por contratos negociados por vía electrónica; y 3) qué sucede cuando se ha pulsado un botón indebido (es decir, cuando una de las partes en el contrato comete un error en el curso de la negociación).

Autoridad para contratar por vía electrónica

Toda empresa o sociedad ha de recurrir a los servicios de una persona natural que se encargará de negociar en nombre de la sociedad, por lo que toda sociedad deberá tener su propio estatuto o régimen interno para determinar, de entre su personal directivo o empleados, cuál ha de ser la persona facultada para negociar en nombre de la empresa con autoridad para que dicha empresa quede obligada frente a terceros.

Debe tenerse, no obstante, presente que:

i] en muchos ordenamientos jurídicos, una sociedad mercantil quedará obligada frente a la otra parte en un contrato si algún directivo o empleado de la empresa, que actúe en su nombre, *parece obrar* frente a la otra parte en la negociación con la autoridad requerida para negociar en nombre de la empresa, aun cuando dicha persona no esté *efectivamente* autorizada por el régimen interno de la empresa para contratar en su nombre; y que

ii] sea ése o no el caso, el que la autoridad *aparente* sea o no suficiente para que la empresa quede obligada dependerá del régimen de derecho interno aplicable en materia de agencia o representación.

A resultas de ello, está claro que la facilidad con la que una persona natural pueda contratar por vía electrónica puede elevar el riesgo de que la empresa se encuentre obligada por un contrato concertado a través de actos que uno de sus directivos o empleados haya llevado a cabo sin la debida autorización. En cierto modo cabe decir que algunos de esos riesgos podrían darse en un contrato consignado sobre papel: algún empleado podría utilizar sin la autorización de la empresa su membrete para negociar algún contrato en nombre de su empresa. Ahora bien, la red informática de una empresa puede resultar más vulnerable a un acto de utilización indebida, por lo que convendría que toda empresa adoptara las siguientes precauciones:

a] debe recordarse periódicamente a todo mandatario de una empresa el alcance de su privilegio de firma y se debe explicar claramente la política y los

procedimientos propios de la empresa para contratar por vía electrónica, así como las sumas autorizadas;

b] debe recordarse con regularidad a todo empleado de la empresa que sus comunicaciones electrónicas pueden crear derechos y obligaciones para la empresa cuyo equipo utilizan, por lo que deben obrar con suma cautela y asesorarse en la casa antes de enviar todo mensaje electrónico susceptible de ser interpretado como aceptación por parte de la empresa de determinado contrato.

Contratación automatizada por vía electrónica

Se dispone ya de tecnología que permite que una empresa se comunique con otra por vía electrónica sin intervención humana o con una intervención mínima respecto de cada operación, lo que se designa a veces por el nombre de "contratación automatizada". Son ya usuales ciertas formas de contratación mecanizada (por ejemplo, mediante máquinas expedidoras de billetes o de determinados artículos de venta automática). La denominada "contratación automatizada" supone una automatización más completa, al actuar *ambas* partes por intermedio de una máquina, por ejemplo en los denominados arreglos de "última hora" (*just-in time*).

De nuevo aquí, el riesgo puede parecer mayor que el que en realidad se corra, dado que cabe proteger un programa contra toda operación no programada (o "no autorizada") mediante un diseño técnico cuidadoso, que sea autorizable y modificable únicamente por empleados o personal encargado de rango elevado, que disponga de las autorizaciones y pericia técnica necesarias.

Contratación electrónica inconsciente o por error

Las medidas que se hayan previsto contra la contratación electrónica no autorizada deberán servir para salvaguardar también al sistema contra toda contratación electrónica inconsciente o por error, por ejemplo, contra el supuesto de que alguna persona (o incluso una máquina) pulse por error alguna tecla o algún botón indebido. Cierta dosis de cautela es un buen antídoto contra el riesgo de pulsar con demasiada alegría un teclado o un ratón electrónico.

No cabe exagerar a este respecto la importancia de diseñar con cuidado todo sitio de contratación creado en Internet. Todo sitio que resulte ambiguo o poco claro será una trampa en la que sea fácil caer por descuido, por lo que toda empresa que desee valerse de las ventajas de la contratación electrónica deberá diseñar su sitio de contratación por Internet con parámetros y términos que resulten claros al usuario que desee concertar por dicha vía un contrato. La utilización de un lenguaje preciso con cierta resonancia "jurídica" (términos como los de "oferta" y "aceptación") alertará al usuario eventual de que se encuentra en el umbral de un "compromiso", por lo que deberá obrar con sumo cuidado a fin de no encontrarse comprometido por un contrato, sin haberlo querido. Cabría, por ejemplo, incorporar a dicho sitio cierto paso definitivo que habrá de dar la otra parte antes de comprometerse y que le alertará de lo que está haciendo, invitando, por ejemplo, al usuario a pulsar el término "acepto" antes de concluir un contrato en firme.

B.5 Conocer a la otra parte

Si no deja de ser importante que todo empleado o el personal encargado de una empresa haya sido alertado sobre la autoridad requerida para contratar por vía electrónica, más importante aún es que se alerte a dicho personal sobre la importancia de identificar adecuadamente a la parte con la que parezca que se está comunicando. En la contratación electrónica, que se hace a menudo entre el territorio de varios países y a través de diversos husos horarios, cabe que la persona encargada tropiece con mayores dificultades a la hora de identificar a la otra parte con la que esté negociando: cabe además que algún sitio en Internet haya sido fraudulentamente creado o que alguna dirección electrónica sea falsa.

De nuevo, tampoco debe exagerarse ese riesgo, dado que también se ha de utilizar el sentido común para identificar a la persona designada en el membrete de una carta o documento consignados sobre papel. Cierto es, no obstante, que la facilidad y la rapidez de la contratación electrónica hace que sea también más fácil descuidarse a este respecto. Por ello será conveniente adoptar ciertas precauciones como las siguientes:

a] Informar a todo empleado autorizado para contratar por vía electrónica sobre las técnicas básicas que han de utilizarse para verificar la autenticidad de todo mensaje electrónico, por ejemplo, contactar por otra vía con el expedidor, verificar sus datos personales por algún otro medio, verificar la autenticidad de la firma electrónica, etc.

b] Adoptar medios de autenticación verificables, tales como determinados formatos, frases de identificación, direcciones electrónicas de uso reservado para ciertos fines, y técnicas de criptografía o de firma electrónica.

Es evidente que la índole y la importancia de los procedimientos utilizados dependerá de los recursos y de la pericia técnica disponible, del nivel de riesgo aceptable para cada empresa, y de la índole o magnitud de la operación que se desee concertar.

B.6 Formulación de un contrato electrónico

Al examinar los límites de las **cláusulas 2004 de la CCI para el comercio electrónico**, en la anterior subsección B.3, se constató que dichas cláusulas nada dicen de los términos por los que las partes en un contrato habrán de definir el alcance sustantivo de su contrato: dichas cláusulas facilitarán simplemente la negociación del contrato por vía electrónica. Tras haber convenido en negociar por vía electrónica las partes deberán definir el objeto de su contrato y sus condiciones. Cierto es que dicho cometido no difiere en nada de lo que las partes han de hacer si desean concertar un contrato consignado sobre papel: tras haber acordado negociar, por ejemplo, a través de una serie de reuniones personales un acuerdo e intercambiar, para concluir el trato, ciertos documentos consignados y firmados sobre papel, las partes formularán su contrato con las estipulaciones, los derechos y las obligaciones que deseen mutuamente asumir. Esas estipulaciones serán consignadas, en ocasiones, sobre un documento contractual expresamente formulado para dicho fin, mientras que en otros casos se utilizará un formulario contractual, que se utiliza con regularidad para ciertos tipos de contrato.

De igual modo, en el mundo electrónico los comerciantes deben prever toda cláusula o condición contractual que hayan de utilizar de forma rutinaria, pero deberán prever también cómo deben formular ciertas cláusulas que diferirán de un contrato a otro, y cómo deben "estructurar" un vehículo electrónico o sitio en Internet que sirva para una y otra modalidad de negociación. Los pormenores deferirán de un negocio a otro, según cuáles sean los recursos de que disponga la empresa y según que sus operaciones sean de índole rutinaria o hayan de concertarse por separado en cada supuesto. La rapidez y el ahorro que reportará normalmente la nueva tecnología serán más fáciles de obtener si se obra con atención y cuidado al diseñar un sitio contractual en Internet, así como al preparar todo programa o proceso negociador que pueda repercutir sobre el contrato concertado por vía electrónica.

Se enumeran a continuación ciertos datos que es de prever que aparecerán en la mayoría de los contratos negociados por vía electrónica, ya sea en el marco de un sitio contractual en Internet o mediante el intercambio de una serie de mensajes electrónicos:

- la identidad (la razón social) y la ubicación geográfica aplicable de la empresa,
- el número de identificación o de inscripción en el registro que proceda indicar, etc.
- datos personales o la dirección del representante designado por la empresa (su dirección postal y electrónica, su número de fax o de teléfono, ...),
- datos similares para ponerse en contacto con todo otro agente que se haya designado,
- el idioma o los idiomas utilizables en el contrato y en la información conexa, así como el idioma o los idiomas utilizables para las comunicaciones que hayan de intercambiarse en relación al contrato,
- reparto de los gastos de comunicación y toda tasa aplicable para su cálculo que no sea usual o conocida,
- todo plazo durante el que una oferta siga siendo válida o durante el que un precio se mantenga invariable,
- si procede, el plazo mínimo de validez de un contrato para el suministro de bienes o la prestación de servicios, que sean de índole permanente o recurrente,
- descripción de las características de las mercancías o de los servicios suministrables,
- el precio de las mercancías o de los servicios, con todo impuesto incluido,
- las condiciones y los gastos de entrega, si procede, para lo que cabrá seleccionar alguna de las cláusulas *Incoterm*,
- las condiciones de pago,
- toda cláusula relativa a las condiciones, garantías contractuales o de otra índole, servicios de postventa, condiciones de indemnización o de reparación, por ejemplo, póliza de retorno de la mercancía o de la suma

abonada, posibilidades de rescisión del contrato o de clausura de la operación, retorno de la mercancía o reposición del equipo, etc.

- restricciones, limitaciones o condiciones de compra, restricciones geográficas, plazos, instrucciones de empleo y todo aviso de seguridad o sanitario que sea del caso,
- condiciones de confidencialidad de la información intercambiada entre las partes y de responsabilidad por toda violación de la misma,
- parámetros técnicos y de seguridad del intercambio de comunicaciones,
- vías por las que sea posible comprobar la pertenencia de la empresa a alguna asociación o sistema autorregulatorio,
- ley aplicable al contrato y foro competente ante el que se dirimirán las controversias,
- vía o vías alternativas para la solución de controversias.

Una de las diferencias prácticas entre contratar sobre soporte de papel o sobre soporte electrónico consiste en que, en realidad, el soporte electrónico *se identifica* con el mensaje, al igual que cierto soporte de papel se identifica con el texto o documento que lleva inscrito: por ejemplo, un sitio de contratación en Internet constituye a la vez una herramienta de negociación y el soporte físico donde *de facto* se consigna el contrato. El diseño de dicho sitio y la presentación de los datos arriba reseñados deberán ser técnicamente correctos, claros y de fácil empleo. Al diseñar su sitio en Internet, o todo otro mecanismo electrónico de contratación utilizado, será conveniente obrar con arreglo a las siguientes pautas:

a] *asegurarse de que la información sea fácil de encontrar*: todo usuario de dicho sitio o de algún otro dispositivo electrónico deberá poder encontrar y consultar toda cláusula jurídicamente importante sin tener que navegar a lo largo de todo el documento en cada consulta del contrato que haya de hacer;

b] *asegurarse de que todas las condiciones, con cierta conexión, se encuentran lógicamente estructuradas en un solo lugar electrónico*: cabe observar, por ejemplo, que los datos anteriormente descritos han sido agrupados, en el presente documento, por series lógicas o por grupos de datos emparentados, lo que hará posible que el usuario obtenga una visión global o completa de sus derechos y obligaciones en el marco de cada esfera o de cada cláusula del contrato;

c] *asegurarse de que su sitio en Internet ofrece al usuario una serie sucesiva de pasos que sea fácil de seguir en el proceso de negociación y en la futura consulta del contrato*: en su página de entrada, o en alguna página próxima a dicha página, debe figurar la estructura global o completa del contrato con enlaces sencillos a determinadas cláusulas del contrato que faciliten la consulta de cada una de sus condiciones.

B.7 Especificaciones técnicas

Al diseñar un sitio en Internet o algún otro dispositivo electrónico para la negociación de contratos, debe tenerse en cuenta cierto número de cuestiones técnicas relativas al formato de la documentación, es decir, la dimensión del

documento creado, su estabilidad y la integridad de su contenido, y su reproducibilidad.

a] La dimensión del documento creado es importante para su transmisión y para su archivo. Si el formato del documento requiere mucho espacio de memoria, será preciso examinar su impacto sobre la transmisión (amplitud de la banda de frecuencias) y el archivo. Este sería el caso si se utilizan ficheros de imagen para archivar documentación.

b] Las imágenes del documento dotarán de estabilidad al formato y a la presentación del documento. Otros tipos de documento (documento word) podrán cambiar de formato en función de la versión del programa que se utilice para crear, recuperar o presentar el documento. La compatibilidad de retroceso es sumamente importante, así como la continuidad del apoyo prestado al programa y al formato del soporte físico.

c] Tal vez suceda que por razones jurídicas, fiscales o comerciales se deba conservar durante cierto período el texto consignado, sobre soporte electrónico, del contrato concluido. Por ello, deberá prestarse atención a la estabilidad del formato, así como a la necesidad de probar la integridad del documento y el formateado del texto y a la posibilidad de reproducir el contenido y el formato del original. El nuevo formato/estilo de las hojas XML puede ayudar a resolver estas cuestiones, pero las partes deberán considerar su aplicabilidad a cada supuesto y la aptitud de los usuarios para utilizar y mantener la tecnología. Dada la complejidad creciente de la tecnología, una serie de servidores informáticos están desarrollando sistemas de hospedaje y de archivo/almacenamiento para ayudar a las empresas a cumplir con estos requisitos. Se está utilizando también la técnica del archivo de imagen o copia fiel electrónica de documentos y de la firma digital o numérica.

B.8 Amparo de la confidencialidad

El viejo adagio de que la información es poder adquiere particular importancia en el mundo de la contratación electrónica. La información puede ser comercialmente valiosa o estar legalmente protegida, por ejemplo, toda información personal identificable cuya confidencialidad sea obligatoria, ahora bien el entorno electrónico constituye un área de libre acceso de notoria vulnerabilidad. Al diseñar una aplicación para la contratación electrónica, como pudiera ser un sitio contractual en Internet, será por consiguiente importante examinar cuidadosamente la confidencialidad que dicho sitio ofrece al usuario.

En primer lugar, al diseñar un sitio en Internet se habrán de adoptar, al más alto nivel, las siguientes decisiones:

a] índole y alcance de la información que habrá de ser presentada en dicho sitio,

b] índole y alcance de la información que deba exigirse de toda parte en un contrato,

c] libertad de acceso a dicha información en el marco del sitio contractual abierto en Internet o restricción de dicho acceso y, en tal caso, cómo deberá controlarse y supervisarse dicho acceso.

Dichas decisiones deberán ser aplicadas no sólo a la información que se transmite y se recibe en el momento en que se concierta el contrato, sino también a la información transmitida y recibida a lo largo de la vida del contrato.

En segundo lugar, es importante que los directivos y empleados de la empresa ya hayan sido alertados de las obligaciones o de la responsabilidad en las que no sólo la empresa, sino también sus socios y clientes pueden incurrir de difundirse cierto tipo de información sin la autorización debida. Además, la responsabilidad en la que se incurra se regirá (y será cuantificada) en algunos supuestos por la ley aplicable en algún otro país. Será, por ello, prudente que toda empresa emita ciertas instrucciones internas claras sobre la difusión o utilización de información que haya sido presentada o adquirida a través de una aplicación informática diseñada para la contratación electrónica.

En tercer lugar, todo contrato deberá estipular su propio régimen de confidencialidad y de toda sanción exigible del autor de alguna infracción al respecto. No sería posible formular una cláusula universal que proteja adecuadamente todo tipo de información: las cláusulas contractuales de confidencialidad deben diseñarse según cuál sea la índole y la importancia de la información que vaya a ser objeto del contrato, así como en función del marco legal en el que las partes desarrollen sus actividades. Ahora bien, al formular una cláusula de confidencialidad, tal vez proceda tener en cuenta los siguientes aspectos:

a] La índole de la información que será objeto del contrato: su valor comercial, su carácter confidencial o su asignabilidad a cierta entidad o persona, así como su importancia para el cometido que tenga asignado el contrato.

b] Requisitos de seguridad para la salvaguarda de dicha información y suficiencia de las cláusulas contractuales para ampararlas debidamente.

c] ¿Procede la información de algún tercero? Y, de ser ése el caso, ¿cuáles son las obligaciones contraídas con ese tercero?

d] En la medida en que pueda ser afectado algún derecho de propiedad intelectual o secreto comercial, ¿se han previsto todas las medidas de amparo que sean aplicables al respecto?

e] ¿Existe en el país de alguna de las partes algún requisito o alguna restricción legal que sea aplicable a la transferencia de los datos que se vayan a transmitir? Y en ese caso ¿cabe sostener que se están observando dichos requisitos?

B.9 Gestión de todo riesgo funcional o avería técnica

Las empresas han gestionado habitualmente sus riesgos mediante una mezcla juiciosa de medidas de evaluación, control o atenuación y de cobertura, en lo posible, mediante seguros o medidas de indemnización, así como determinando cuál será el nivel del riesgo asumible por el negocio que se gestiona, lo que supone una gestión razonable y bien informada de los riesgos previsibles que se viene aplicando desde mucho antes que se introdujera la tecnología electrónica. Por ello, si bien es importante ser consciente de todo riesgo especial que suponga la nueva tecnología, también es importante no exagerar dicho riesgo o pensar que no puede ser gestionado por un procedimiento de gestión de riesgos análogo al que vienen

aplicando desde hace tiempo las empresas para gestionar con éxito otros riesgos y oportunidades anteriores.

Por lo general, toda decisión relativa a la gestión o mitigación de los riesgos previsibles deberá ser tomada por el personal directivo de la empresa, por lo que cabría controlar todo riesgo inherente a la transferencia de información o tecnología en la gestión general de riesgos de la empresa, a fin de que se les preste la debida atención. Al evaluar dichos riesgos, cabría prestar atención a los siguientes aspectos:

- ¿Cuáles son los riesgos que pueda suponer para la empresa cierto tipo de tecnología? Por ejemplo, ¿qué sucedería si se pierden ciertos datos, o si se dan a conocer, tanto en función de la responsabilidad asumida frente a la otra parte como en función de la publicidad negativa que ello pudiera suponer?
- ¿Cuáles son los riesgos asumibles?
- ¿Cuáles son los riesgos eventualmente ineludibles?
- ¿Qué medidas cabe adoptar para mitigar los riesgos por vía contractual, por procedimientos de buena gestión o técnicos o negociando algún seguro? Cabrá, cierto es, adoptar medidas relativamente sencillas, como la de requerir, por ejemplo, del destinatario un acuse de recibo que salvaguarde al expedidor del mal funcionamiento de una transmisión.
- ¿Cuáles son los gastos en los que se habrá de incurrir al respecto?
- ¿Cabría considerar que los riesgos son lo suficientemente pequeños o que el daño eventual podrá ser lo suficientemente remediado para que no esté justificado efectuar ningún gasto para prevenirlos?

Las respuestas a dichas cuestiones deberán ser dadas por el personal gerente de la empresa, tras obtener asesoramiento pericial en materia de gestión de riesgos, así como en materia de tecnología electrónica. Más aún, deberá dejarse constancia de toda decisión adoptada al respecto, que deberá ser revisada periódicamente, junto con los motivos que sirvieron para justificarla.

F. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (A/CN.9/577 y Add.1) [original: inglés]

A/CN.9/577

1. El Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) inició sus deliberaciones sobre la contratación electrónica en su 39º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 11 al 15 de marzo de 2002. Puso fin a su labor en su 44º período de sesiones, celebrado en Viena del 11 al 22 de octubre de 2004, tras lo cual pidió a la Secretaría que distribuyera la versión revisada del proyecto de convención a los gobiernos para que formularan observaciones al respecto, con miras a someter el proyecto a la consideración y aprobación de la Comisión en su 38º período de sesiones, en 2005.

2. A la luz de las consultas celebradas con el Presidente del 37º período de sesiones de la Comisión y el Presidente del 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico), se ha cancelado el 45º período de sesiones del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico), que se había previsto celebrar en Nueva York del 11 al 15 de abril de 2005. El 38º período de sesiones de la Comisión, que originalmente se había previsto celebrar en Viena del 4 al 22 de julio de 2005, se celebrará en Viena del 4 al 15 de julio de 2005. Se propone que la Comisión examine el proyecto de convención y le dé forma definitiva entre el 4 y el 11 de julio de 2005.

3. La Secretaría agradecería a los gobiernos que presentaran observaciones concisas, individualmente, acerca de cada una de las disposiciones del proyecto de convención a las que deseen referirse. La Secretaría se reserva el derecho de resumir las observaciones recibidas de los gobiernos, en la medida en que sea necesario para cumplir las directrices impartidas por la Asamblea General con respecto a la longitud de los documentos.

4. En el anexo I de la presente nota figura la nueva versión revisada del proyecto de convención, que comprende los artículos aprobados por el Grupo de Trabajo en su 44º período de sesiones y los proyectos de preámbulo y de disposiciones finales, respecto de los cuales el Grupo de Trabajo únicamente intercambió opiniones generales en esa ocasión (véase el párrafo 32 del documento A/CN.9/571). En el anexo II figura una lista de referencias a las deliberaciones del Grupo de Trabajo.

5. La adición 1 a la presente nota, que se publicará por separado, contiene un resumen de las deliberaciones del Grupo de Trabajo y notas breves encaminadas a facilitar el examen del proyecto de convención por los gobiernos y por la Comisión.

Anexo I

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

Los Estados Parte en la presente Convención[1],

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

Observando que una mayor utilización de comunicaciones electrónicas mejora la eficiencia de las actividades comerciales y los vínculos comerciales y brinda nuevas oportunidades de acceso a partes y mercados anteriormente considerados remotos, con lo cual desempeña un papel fundamental en lo que respecta a promover el comercio y el desarrollo económico en los planos nacional e internacional,

Considerando que los problemas creados por la incertidumbre en cuanto al valor jurídico de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales constituyen un obstáculo para el comercio internacional,

Convencidos de que si se adoptaran normas uniformes para eliminar los obstáculos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, incluidos los que deriven de la aplicación de los instrumentos internacionales vigentes de derecho mercantil, aumentaría la certidumbre jurídica y la previsibilidad comercial de los contratos internacionales y se podría ayudar a los Estados a obtener acceso a las rutas comerciales modernas,

Estimando que las normas uniformes deben respetar el derecho de las partes de escoger medios y tecnologías apropiados, [teniendo en cuenta la posibilidad de intercambiarlos,] siempre y cuando los métodos escogidos por las partes cumplan el propósito de las normas jurídicas pertinentes,

Deseosos de encontrar una solución común para eliminar los obstáculos jurídicos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas de manera aceptable para los Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos,

Han convenido en lo siguiente:

---

[1] El proyecto de preámbulo ya figuraba en la versión más reciente del proyecto de convención examinada por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/WP.110). En su 44º período de sesiones el Grupo de Trabajo celebró un intercambio inicial de opiniones sobre el proyecto de preámbulo, si bien, por falta de tiempo, no lo aprobó oficialmente.

CAPÍTULO I. ESFERA DE APLICACIÓN

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. La presente Convención será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato [o acuerdo][2] entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados.

2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en distintos Estados 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, o al concluirse el 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

1. La presente Convención no será aplicable a las comunicaciones electrónicas relacionadas con:

a) Contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos;

b) i) Operaciones en un mercado bursátil reglamentado; ii) operaciones de cambio de divisas; iii) sistemas de pago interbancarios, acuerdos de pago interbancarios o sistemas de compensación y de liquidación o saldo relacionados con valores bursátiles u otros títulos o activos financieros; iv) la transferencia de garantías reales constituidas sobre valores bursátiles u otros títulos o activos financieros que obren en poder de un intermediario y que puedan ser objeto de un acuerdo de venta, de préstamo, de tenencia o de recompra.

2. La presente Convención no será aplicable a las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén, ni a ningún documento o título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero.

Artículo 3. Autonomía de las partes

Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o exceptuar o modificar los efectos de cualquiera de sus disposiciones.

CAPÍTULO II. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 4. Definiciones

A los efectos de la presente Convención:

a) Por “comunicación” se entenderá toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que

---

[2] La Secretaría sugiere que se añadan las palabras “o acuerdo” para compatibilizar la formulación del proyecto de artículo con la utilizada en el proyecto de artículo 19. La Comisión tal vez desee examinar la posibilidad de añadir esas palabras en el proyecto de artículo 1 o de incluir una nota explicativa u observación para aclarar lo que entiende por “contrato” en el proyecto de convención.

las partes hayan de hacer o decidan hacer en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato;

b) Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos;

c) Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

d) Por "iniciador" de una comunicación electrónica se entenderá toda parte que haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar una comunicación electrónica antes de ser archivada, si ese es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario a su respecto;

e) Por "destinatario" de una comunicación electrónica se entenderá la parte designada por el iniciador para recibirla, pero que no esté actuando a título de intermediario a su respecto;

f) Por "sistema de información" se entenderá todo sistema que sirva para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma comunicaciones electrónicas;

g) Por "sistema automatizado de mensajes" se entenderá un programa informático o un medio electrónico o algún otro medio automatizado utilizado para iniciar una acción o para responder a operaciones o mensajes de datos, que actúe, total o parcialmente, sin que una persona haya de intervenir o revisar la actuación cada vez que se inicie una acción o que el sistema genere una respuesta;

h) Por "establecimiento" se entenderá todo lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar.

Artículo 5. 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 velar por 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 inspira su régimen o, en su defecto, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Artículo 6. Ubicación de las partes

1. Para los fines de la presente Convención, se presumirá que el establecimiento de una parte está en el lugar por ella indicado, salvo que otra parte demuestre que la parte que hizo esa indicación no tiene establecimiento alguno en ese lugar.

2. Si una parte no ha indicado un establecimiento y tiene más de un establecimiento, [a reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo,][3] su establecimiento a efectos de la presente Convención será el que tenga la relación más estrecha con el contrato pertinente, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o al concluirse el contrato.

3. Si una persona física no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

4. Un lugar no constituye un establecimiento por el mero hecho de que sea el lugar: a) donde estén ubicados el equipo y la tecnología que sirvan de soporte para el sistema de información utilizado por una de las partes para la formación de un contrato; o b) donde otras partes puedan obtener acceso a dicho sistema de información.

5. El mero hecho de que una parte haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculada a cierto país no crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en dicho país.

Artículo 7. 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.

CAPÍTULO III. UTILIZACIÓN DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Artículo 8. Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas

1. No se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica[4].

2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención hará que una parte esté obligada a utilizar o a aceptar información en forma de comunicación electrónica, pero su conformidad al respecto podrá inferirse de su conducta.

Artículo 9. Requisitos de forma

1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención obligará a que una comunicación o un contrato tenga que hacerse o probarse de alguna forma particular.

---

[3] La Comisión tal vez desee considerar si en la formulación actual del párrafo 2 es necesario conservar la remisión al párrafo 1, que la Secretaría ha colocado entre corchetes, ya que, a diferencia de las versiones anteriores, esto sólo se aplica cuando una parte no ha indicado un establecimiento de conformidad con el párrafo 1.

[4] La Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de añadir al final del párrafo, para más claridad, la frase “o sea resultado del intercambio de comunicaciones electrónicas”.

2. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta.

3. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una parte, o prevea consecuencias en el caso de que no se firme, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica:

a) Si se utiliza algún método para identificar a esa parte y para indicar que esa parte aprueba la información consignada en la comunicación electrónica; y

b) Si el método utilizado es fiable según corresponda a los fines para los que se generó o se notificó la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, así como todo acuerdo que sea aplicable.

4. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato se presente o conserve en su forma original, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica:

a) Si existe alguna garantía fiable de la integridad de la información que contiene a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, en tanto comunicación electrónica o de otra índole; y

b) Si, en los casos en que se exija presentar la información que contiene, ésta puede exhibirse a la persona a la que se ha de presentar.

5. Para los fines del apartado a) del párrafo 4:

a) Los criterios para evaluar la integridad de la información consistirán en determinar si se ha mantenido completa y sin alteraciones que no sean la adición de algún endoso o algún cambio sobrevenido en el curso normal de su transmisión, archivo o presentación; y

b) El grado de fiabilidad requerido se determinará a la luz de la finalidad para la que se generó la información y de todas las circunstancias del caso.

[6. Los párrafos 4 y 5 no serán aplicables cuando alguna regla de derecho o el acuerdo concertado entre las partes requiera que una de ellas presente cierto documento original con objeto de reclamar el pago de una carta de crédito, una garantía bancaria u otro instrumento similar.[5]]

Artículo 10. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas

1. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el momento en que salga de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste o, si la comunicación electrónica no ha salido

---

[5] Este párrafo figura entre corchetes porque el Grupo de Trabajo, por falta de tiempo, no pudo terminar de examinarlo en su 44º período de sesiones. Como variante se propuso que se diera a los Estados la posibilidad de excluir la aplicación de los párrafos 4 y 5 del proyecto de artículo 9 mediante declaraciones formuladas con arreglo al proyecto de artículo 18 (A/CN.9/571, párr. 138).

de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste, en el momento en que esa comunicación se reciba.

2. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica que él haya designado. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en otra dirección electrónica del destinatario en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en esa dirección y en el momento en que el destinatario tenga conocimiento de que esa comunicación ha sido enviada a dicha dirección. Se presumirá que una comunicación electrónica puede ser recuperada por el destinatario en el momento en que llegue a la dirección electrónica del destinatario.

3. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar en que el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar en que el destinatario tenga el suyo, conforme se determine a la luz de lo dispuesto en el artículo 6.

4. El párrafo 2 del presente artículo será aplicable aun cuando el sistema de información que sirva de soporte a la dirección electrónica esté ubicado en un lugar distinto de aquél en que se tenga por recibida la comunicación conforme al párrafo 3 del presente artículo.

Artículo 11. Invitaciones para presentar ofertas

Toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de una o más comunicaciones electrónicas que no vaya dirigida a una o varias partes determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda parte que haga uso de sistemas de información, así como toda propuesta que haga uso de una aplicación interactiva para hacer pedidos a través de dichos sistemas, se considerará una invitación a presentar ofertas, salvo que indique claramente la intención de la parte que presenta la propuesta de quedar obligada por su oferta en caso de que sea aceptada.

Artículo 12. Empleo de sistemas automatizados de mensajes para la formación de un contrato

No se negará validez ni fuerza ejecutoria a un contrato que se haya formado por la interacción entre un sistema automatizado de mensajes y una persona física, o por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes, por la simple razón de que ninguna persona física haya revisado cada uno de los distintos actos realizados por los sistemas o el contrato resultante de tales actos.

Artículo 13. Disponibilidad de las condiciones contractuales

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a la aplicación de regla de derecho alguna por la que se obligue a una parte que negocie algunas o todas las condiciones de un contrato mediante el intercambio de comunicaciones electrónicas a poner a disposición de la otra parte contratante, de determinada manera, las comunicaciones electrónicas que contengan las condiciones del contrato, ni eximirá a una parte que no lo haga de las consecuencias jurídicas de no haberlo hecho.

Artículo 14. Error en las comunicaciones electrónicas

1. Cuando una persona física cometa un error al introducir los datos de una comunicación electrónica intercambiada con el sistema automatizado de mensajes de otra parte y dicho sistema no brinde a la persona iniciadora la oportunidad de corregir el error, esa persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, tendrá derecho a retirar la comunicación electrónica en que se produjo dicho error, si:

a) La persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, notifica a la otra parte el error tan pronto como sea posible después de haberse percatado de éste y le indica que lo ha cometido;

b) La persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, adopta toda medida razonable, así como toda medida que se ajuste a las instrucciones de la otra parte, para devolver los bienes o servicios recibidos, si los hubiere, como consecuencia del error o, si se le ordena hacerlo, para destruir los bienes o servicios; y

c) La persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, no ha utilizado los bienes o servicios ni recibido ningún provecho material o valor de los bienes o servicios, si los hubiere, que haya recibido de la otra parte.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la aplicación de norma jurídica alguna que regule las consecuencias de un error cometido durante la formación o el cumplimiento del tipo de contrato en cuestión que no sea un error cometido al introducir los datos y que se produzca en las circunstancias señaladas en el párrafo 1.

CAPÍTULO IV. DISPOSICIONES FINALES[6]

Artículo 15. Depositario

El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario de la presente Convención.

Artículo 16. Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión

1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados [en [...] del [...] al [...] y después de esa fecha] en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York del [...] al [...].

---

[6] Los proyectos de artículo 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 (variante A), 23 y 25 ya figuraban en la versión más reciente del proyecto de convención examinada por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/WP.110). En los proyectos de artículo 16 bis, 19 bis, 22 (variante B) y 24 se reflejan las propuestas de disposiciones adicionales formuladas en el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo. En esa ocasión el Grupo de Trabajo examinó y aprobó los proyectos de artículo 18 y 19 y sostuvo un intercambio inicial de opiniones acerca de las demás cláusulas finales, que no pudo aprobar oficialmente por falta de tiempo. A la luz de sus deliberaciones sobre los capítulos I, II y III y los artículos 18 y 19, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que introdujera los cambios correspondientes en el proyecto de disposiciones finales del capítulo IV de la versión examinada del proyecto de convención. El Grupo de Trabajo pidió también a la Secretaría que insertara entre corchetes en el proyecto final que se presentaría a la Comisión el proyecto de disposiciones adicionales que se había propuesto durante su 44º período de sesiones (A/CN.9/571, párr. 10).

2. La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios.

3. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios desde la fecha en que quede abierta a la firma.

4. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

[*Artículo 16 bis. Participación de organizaciones regionales de integración económica*[7]

1. Toda organización regional de integración económica que esté constituida por Estados soberanos y que ejerza competencia sobre ciertos asuntos que se rijan por la presente Convención podrá igualmente firmar, ratificar, aceptar o aprobar la presente Convención o adherirse a ésta. La organización regional de integración económica tendrá, en ese caso, los derechos y obligaciones de un Estado Contratante en la medida en que ejerza competencia sobre algún asunto que se rija por la presente Convención. En toda cuestión para la que sea pertinente, en el marco de la presente Convención, el número de Estados que intervengan, la organización regional de integración económica no será contabilizable a título adicional respecto de aquellos de sus Estados miembros que sean Estados Contratantes.

2. La organización regional de integración económica deberá hacer, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, una declaración ante el depositario en la que se haga constar los asuntos que se rijan por la presente Convención respecto de los cuales sus Estados miembros hayan transferido su competencia a la organización. La organización regional de integración económica notificará con prontitud al depositario todo cambio en la distribución de las competencias indicada en dicha declaración, mencionando asimismo toda nueva competencia que le haya sido transferida.

3. Toda referencia que se haga en la presente Convención a "Estado Contratante" o "Estados Contratantes", o a "Estado Parte" o "Estados Partes", será igualmente aplicable a una organización regional de integración económica, siempre que el contexto así lo requiera.]

---

[7] Este proyecto de artículo no figuraba en la versión más reciente del proyecto de convención examinada por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/WP.110). Contiene una propuesta formulada por Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia, la República Checa y Suecia y la Comisión Europea en el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/XLIV/CRP.3).

Artículo 17. Aplicación a las unidades territoriales

1. Todo Estado integrado por dos o más unidades territoriales en las que[8] sea aplicable un régimen jurídico distinto en relación con las materias objeto de la presente Convención podrá declarar en el momento de dar su firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a la presente Convención que ésta será aplicable a todas sus unidades territoriales, o sólo a una o varias de ellas, y podrá en cualquier momento sustituir por otra su declaración original.

2. En esas declaraciones se hará constar expresamente a qué unidades territoriales será aplicable la Convención.

3. Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, la presente Convención no se aplica a todas las unidades territoriales de un Estado, y si el establecimiento de una parte se encuentra en ese Estado, se considerará que ese establecimiento no se halla en un Estado Contratante, a menos que se encuentre en una unidad territorial a la que se haga aplicable la Convención.

4. Si un Estado Contratante no hace ninguna declaración conforme al párrafo 1 del presente artículo, la Convención será aplicable a todas las unidades territoriales de ese Estado.

Artículo 18. Declaraciones sobre el ámbito de aplicación

1. Todo Estado podrá declarar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20, que sólo aplicará la presente Convención:

a) Cuando los Estados mencionados en el párrafo 1 del artículo 1 sean Estados Contratantes de la presente Convención;

b) Cuando las reglas de derecho internacional privado declaren aplicable la ley de un Estado Contratante; o

c) Cuando las partes hayan convenido en que su régimen sea aplicable.

2. Todo Estado podrá excluir del ámbito de aplicación de la presente Convención todo asunto que haya señalado en una declaración efectuada de conformidad con el artículo 20.

Artículo 19. Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales

1. Las disposiciones de la presente Convención serán aplicables al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato o acuerdo al que sea aplicable cualquiera de los siguientes

---

[8] Este proyecto de artículo contiene disposiciones análogas a las de otros instrumentos preparados por la CNUDMI. No obstante, se ha suprimido la expresión “con arreglo a su constitución” que figuraba después de “dos o más unidades territoriales en las que” en la versión anterior del proyecto de convención (A/CN.9/WG.IV/WP.110) por considerarse que, en la práctica, esa expresión, especialmente cuando se le había dado un sentido estricto, había creado incertidumbre, ya que los principios jurídicos que servían de base para la existencia de diferentes ordenamientos jurídicos en unidades territoriales pertenecientes al mismo Estado podían no desprenderse siempre de las disposiciones de una constitución escrita.

instrumentos internacionales en los que un Estado Contratante de la presente Convención sea o pueda llegar a ser parte:

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958);

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);

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, 19 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).

2. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán, además, a las comunicaciones electrónicas relativas a la formación o el cumplimiento de un contrato o acuerdo al que sea aplicable otra convención, tratado o acuerdo internacional, no mencionado expresamente en el párrafo 1 del presente artículo, en el que un Estado Contratante sea o pueda llegar a ser parte, salvo que dicho Estado haya declarado, de conformidad con lo previsto en el artículo 20, que no quedará obligado por el presente párrafo.

3. Todo Estado que haga una declaración con arreglo al párrafo 2 del presente artículo podrá asimismo declarar que, a pesar de ello, aplicará las disposiciones de la presente Convención al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato o acuerdo al que sea aplicable algún convenio, tratado o acuerdo internacional en el que dicho Estado sea o pueda llegar a ser parte.

4. Todo Estado podrá declarar que no aplicará las disposiciones de la presente Convención al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato o acuerdo al que sea aplicable algún convenio, tratado o acuerdo internacional consignado en la declaración de dicho Estado y en el que ese Estado sea o pueda llegar a ser parte, incluidos los instrumentos internacionales mencionados en el párrafo 1 del presente artículo, aun cuando dicho Estado no haya excluido la aplicación del párrafo 2 del presente artículo mediante una declaración formulada de conformidad con lo previsto en el artículo 20.

[*Artículo 19 bis. Procedimiento para enmendar el párrafo 1 del artículo 19*[9]

---

[9] Este proyecto de artículo no figuraba en la versión más reciente del proyecto de convención examinada por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/WP.110). Contiene una propuesta formulada por Bélgica en el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/XLIV/CRP.5).

1. Podrá enmendarse la lista de instrumentos que figura en el párrafo 1 del artículo 19 añadiendo [otros instrumentos preparados por la CNUDMI] [convenciones, tratados o acuerdos pertinentes] que estén abiertos a la participación de todos los Estados.

2. Una vez que la presente Convención haya entrado en vigor, todo Estado Parte podrá proponer una enmienda de esa índole. Toda propuesta de enmienda será presentada al depositario por escrito. El depositario notificará a cada Estado Parte el texto de las propuestas que reúnan las condiciones indicadas en el párrafo 1 y solicitará su opinión respecto de si la enmienda propuesta debe aprobarse.

3. La enmienda propuesta se considerará aprobada a menos que un tercio de los Estados Partes objeten a ella, mediante notificación escrita, dentro de los 180 días siguientes a la fecha de su distribución.]

Artículo 20. Procedimiento y efectos de las declaraciones

1. Las declaraciones previstas en el párrafo 1 del artículo 17, los párrafos 1 y 2 del artículo 18 y los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 19 podrán hacerse en cualquier momento. Las declaraciones hechas en el momento de firmar la presente Convención deberán ser confirmadas en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación.

2. Las declaraciones y sus confirmaciones han de hacerse por escrito y se notificarán oficialmente al depositario.

3. Una declaración surtirá efecto simultáneamente con la entrada en vigor de la presente Convención respecto del Estado en cuestión. No obstante, una declaración de la cual el depositario reciba notificación oficial después de la entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha de recepción de la notificación por el depositario.

4. Todo Estado que haga una declaración con arreglo a la presente Convención podrá modificarla o retirarla en cualquier momento mediante notificación oficial dirigida por escrito al depositario. La modificación o el retiro surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha de recepción de la notificación por el depositario.

Artículo 21. Reservas

No se podrán hacer reservas a la presente Convención.

Artículo 22. Enmiendas

[Variante A[10]

1. Todo Estado Contratante podrá proponer enmiendas a la presente Convención. Las propuestas de enmienda se presentarán por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien las distribuirá a todos los Estados Parte, con la solicitud de que indiquen si son partidarios de que se

[10] La Variante A de este proyecto de artículo ya figuraba en la versión más reciente del proyecto de convención examinada por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/WP.110).

convoque una conferencia de los Estados Parte. En el caso de que, dentro de los cuatro meses contados a partir de la fecha de esa comunicación, al menos un tercio de los Estados Parte se declare partidario de una conferencia de ese tipo, el Secretario General convocará la conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Las propuestas de enmienda se distribuirán a los Estados Contratantes por lo menos 90 días antes de la conferencia.

2. Las enmiendas de la presente Convención deberán ser aprobadas por [dos tercios] [mayoría] de los Estados Contratantes presentes y votantes en la conferencia de Estados Contratantes y entrarán en vigor respecto de los Estados que las hayan ratificado, aceptado o aprobado el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que [dos tercios de] los Estados Contratantes en el momento de la aprobación de la enmienda en la conferencia de los Estados Contratantes hayan depositado sus instrumentos de aceptación de la enmienda.]

[Variante B[11]

1. La [Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas] [secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional][12] preparará informes para los Estados Parte, [todos los años o] cuando las circunstancias lo exijan, sobre el modo en que el régimen internacional establecido en la presente Convención se ha aplicado en la práctica.

2. A solicitud de [por lo menos el veinticinco por ciento de] los Estados Parte, la [Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas] [secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional] convocará periódicamente conferencias de revisión de los Estados Contratantes con objeto de examinar:

a) La aplicación en la práctica de la presente Convención y su eficacia en lo que respecta a facilitar las operaciones de comercio electrónico previstas en sus disposiciones;

b) La interpretación que dan los tribunales a las disposiciones de la presente Convención y la forma en que se aplican; y

c) Si es necesario modificar la presente Convención.

3. Toda enmienda que se haga a la presente Convención deberá ser aprobada, como mínimo, por una mayoría de dos tercios de los Estados que participen en la conferencia mencionada en el párrafo anterior, y entrará en

---

[11] La Variante B no figuraba en la versión más reciente del proyecto de convención examinada por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/WP.110). Contiene una propuesta formulada por los Estados Unidos de América en el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/XLIV/CRP.4).

[12] Es posible que haya que reemplazar los órganos mencionados y hacer referencia al "Secretario General de las Naciones Unidas" o "el depositario" para ajustarse a la práctica usual de las Naciones Unidas respecto de los servicios administrativos que se prestan a los Estados Miembros. La Secretaría está estudiando los efectos de la formulación propuesta e informará a la Comisión al respecto en su 38º período de sesiones, que se celebrará en Viena del 4 al 15 de julio de 2005.

vigor, con respecto a los Estados que la hayan ratificado, aceptado o aprobado, cuando haya sido ratificada, aceptada o aprobada por tres Estados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la presente Convención, relativo a su entrada en vigor.]

Artículo 23. Entrada en vigor

1. La presente Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que se haya depositado el [...] instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

2. Cuando un Estado ratifique, acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después de que se haya depositado el [...] instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la presente Convención entrará en vigor respecto de ese Estado el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

[*Artículo 24. Disposiciones transitorias*[13]

1. La presente Convención será aplicable únicamente a las comunicaciones electrónicas que se cursen después de la fecha de su entrada en vigor.

2. En los Estados Contratantes que hagan una declaración con arreglo al párrafo 1 del artículo 18 de la presente Convención, su régimen será aplicable únicamente a las comunicaciones electrónicas que se cursen después de la fecha de entrada en vigor de la Convención respecto de los Estados Contratantes mencionados en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 18 o del Estado Contratante a que se hace referencia en el apartado b) del párrafo 1 de ese mismo artículo.

3. La presente Convención únicamente será aplicable a las comunicaciones electrónicas a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 19 con posterioridad a la fecha de la entrada en vigor en el Estado Contratante del instrumento internacional pertinente que figure en la lista del párrafo 1 del artículo 19.

4. Cuando un Estado Contratante haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 3 del artículo 19 de la presente Convención, su régimen será aplicable únicamente a las comunicaciones electrónicas concernientes a la formación o el cumplimiento de un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de dicha declaración con posterioridad a la fecha en que esa declaración surta efecto con arreglo al párrafo 3 o al párrafo 4 del artículo 20.

5. Una declaración efectuada con arreglo a los párrafos 1 ó 2 del artículo 18 o con arreglo a los párrafos 2, 3 ó 4 del artículo 19, así como su retiro o modificación, no afectará a ningún derecho que se haya creado por medio de comunicaciones electrónicas cursadas con anterioridad a la fecha en que la declaración surta efecto con arreglo a los párrafos 3 ó 4 del artículo 20.]

---

[13] En la versión más reciente del proyecto de convención examinada por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/WP.110) únicamente figuraba el párrafo 1 del proyecto de artículo. En la formulación actual se ha tenido en cuenta una propuesta presentada por los Estados Unidos de América en el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/XLIV/CRP.6).

Artículo 25. Denuncia

1. Todo Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención en cualquier momento mediante notificación hecha por escrito al depositario.

2. La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento del plazo de doce meses contado a partir de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo, la denuncia surtirá efecto al vencer dicho plazo, contado a partir de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario.

HECHA en [...], el [...] de [...] de [...], en un solo original, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso serán igualmente auténticos.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.

Anexo II

Referencias a la labor preparatoria realizada por el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico)

Preámbulo

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párr. 10
43° período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004)	A/CN.9/548, párr. 82

Artículo 1. Ámbito de aplicación

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párrs. 14 a 27
43° período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004)	A/CN.9/548, párrs. 71 a 97
41° período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003)	A/CN.9/528, párrs. 32 a 48
40° período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre 2002)	A/CN.9/527, párrs. 73 a 81
39° período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002)	A/CN.9/509, párrs. 28 a 40

Artículo 2. Exclusiones

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párrs. 59 a 69
43° período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004)	A/CN.9/548, párrs. 98 a 111; véanse también los párrafos 112 a 118
41° período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003)	A/CN.9/528, párrs. 49 a 64; véanse también los párrafos 65 a 69 (sobre un proyecto de artículo conexo que se suprimió)
40° período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2002)	A/CN.9/527, párrs. 82 a 98; véanse también los párrafos 99 a 104 (sobre un proyecto de artículo conexo que se suprimió)

Artículo 3. Autonomía de las partes

44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párrs. 70 a 77
43º período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004)	A/CN.9/548, párrs. 119 a 124
41º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003)	A/CN.9/528, párrs. 70 a 75
40º período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2002)	A/CN.9/527, párrs. 105 a 110

Artículo 4. Definiciones

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párrs. 78 a 89
41° período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003)	A/CN.9/528, párrs. 76 y 77
40° período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2002)	A/CN.9/527, párrs. 111 a 122

Artículo 5. Interpretación

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párrs. 90 y 91
41° período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003)	A/CN.9/528, párrs. 78 a 80
40° período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2002)	A/CN.9/527, párrs. 123 a 126

Artículo 6. Ubicación de las partes

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párrs. 92 a 114
41° período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003)	A/CN.9/528, párrs. 81 a 93
39° período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002)	A/CN.9/509, párrs. 41 a 59

Artículo 7. Requisitos de información

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párrs. 115 y 116
42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003)	A/CN.9/546, párrs. 87 a 105 (en ese entonces era el artículo 11)
39° período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002)	A/CN.9/509, párrs. 60 a 65

Artículo 8. Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párrs. 117 a 122
42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003)	A/CN.9/546, párrs. 39 a 45
41° período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003)	A/CN.9/528, párrs. 94 a 108; véanse también los párrafos 121 a 131 (sobre un proyecto de artículo conexo que se suprimió) y 117 a 120 (sobre un proyecto de artículo conexo que se suprimió)
39° período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002)	A/CN.9/509, párrs. 86 a 92; véanse también los párrafos 66 a 73 (sobre un proyecto de artículo conexo que se suprimió)

Artículo 9. Requisitos de forma

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párrs. 123 a 139
43° período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004)	A/CN.9/548, párrs. 47 a 58
42° período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003)	A/CN.9/546, párrs. 46 a 58
39° período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002)	A/CN.9/509, párrs. 112 a 121

Artículo 10. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párrs. 140 a 166
42° período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003)	A/CN.9/546, párrs. 59 a 86
41° período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003)	A/CN.9/528, párrs. 132 a 151
39° período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002)	A/CN.9/509, párrs. 93 a 98

Artículo 11. Invitaciones para presentar ofertas

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párrs. 167 a 172
42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003)	A/CN.9/546, párrs. 106 a 116
41° período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003)	A/CN.9/528, párrs. 109 a 120
39° período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002)	A/CN.9/509, párrs. 74 a 85

Artículo 12. Empleo de sistemas automatizados de mensajes para la formación de un contrato

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párrs. 173 y 174
39° período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002)	A/CN.9/509, párrs. 99 a 103

Artículo 13. Disponibilidad de las condiciones contractuales

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párrs. 175 a 181
42° período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003)	A/CN.9/546, párrs. 130 a 135
39° período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002)	A/CN.9/509, párrs. 122 a 125

Artículo 14. Error en las comunicaciones electrónicas

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párrs. 182 a 206
43° período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004)	A/CN.9/548, párrs. 14 a 26
39° período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002)	A/CN.9/509, párrs. 99 y 104 a 111

Artículo 15. Depositario

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párr. 10

Artículo 16. Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párr. 10

Artículo 16 bis. Participación de organizaciones regionales de integración económica

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párr. 10

Artículo 17. Aplicación a las unidades territoriales

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párr. 10

Artículo 18. Declaraciones sobre el ámbito de aplicación

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párrs. 28 a 46
43° período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004)	A/CN.9/548, párrs. 27 a 37

Artículo 19. Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párrs. 23 a 27 y 47 a 58
43° período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004)	A/CN.9/548, párrs. 38 a 70

Artículo 19 bis. Procedimiento para enmendar el párrafo 1 del artículo 19

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párr. 10

Artículo 20. Procedimiento y efectos de las declaraciones

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párr. 10

Artículo 21. Reservas

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párr. 10

Artículo 22. Enmiendas

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párr. 10

Artículo 23. Entrada en vigor

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párr. 10

Artículo 24. Disposiciones transitorias

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párr.10

Artículo 25. Denuncia

44° período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párr.10

A/CN.9/577/Add.1

Nota de la Secretaría sobre el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: Información de antecedentes

ADICIÓN

Índice

Párrafos

I. Introducción 1-2

II. Resumen de las deliberaciones del Grupo de Trabajo 3-23

III. Notas explicativas sobre el proyecto de convención 24-61

———————

I. Introducción

1. El Grupo de Trabajo empezó a examinar el tema de la contratación electrónica en su 39º período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002). A continuación, en los párrafos 3 a 32 se resume el contenido de las deliberaciones que ha sostenido el Grupo de Trabajo al respecto desde entonces. Tras concluir su labor en su 44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004), el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que distribuyera la versión revisada del proyecto de convención a los gobiernos para que formularan observaciones al respecto, con miras a someter el proyecto a la consideración y aprobación de la Comisión en su 38º período de sesiones, en 2005.

2. En el anexo del documento A/CN.9/577 figura el texto recientemente revisado del proyecto de convención, que comprende los artículos aprobados por el Grupo de Trabajo en su 44º período de sesiones y los proyectos de preámbulo y de disposiciones finales, respecto de los cuales el Grupo de Trabajo únicamente intercambió opiniones generales en esa ocasión (véase el párrafo 27). La presente adición contiene un resumen de las deliberaciones pertinentes del Grupo de Trabajo y de la Comisión (párrafos 3 a 27), así como breves notas encaminadas a facilitar el estudio del proyecto de convención por parte de los gobiernos, y en particular de los que no hayan participado activamente en las deliberaciones del Grupo de Trabajo, y por parte de la Comisión (párrafos 28 a 65).

II. Resumen de las deliberaciones del Grupo de Trabajo

3. En su 33º período de sesiones (Nueva York, 17 de junio a 7 de julio de 2000), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, en adelante “la Comisión”) procedió a un intercambio preliminar de opiniones sobre su labor futura en materia de comercio electrónico. Se señalaron

tres temas que podrían ser objeto de examen: la contratación electrónica considerada desde la perspectiva 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]; la solución de controversias por medios electrónicos; y la desmaterialización de los documentos de titularidad, particularmente en el ramo de los transportes.

4. La Comisión acogió favorablemente esas sugerencias. 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].

5. El Grupo de Trabajo examinó esas propuestas en su 38º período de sesiones (Nueva York, 12 a 23 de marzo de 2001) 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 pudiera haber en las convenciones internacionales existentes (A/CN.9/WG.IV/WP.89); a la desmaterialización de los documentos de titularidad (A/CN.9/WG.IV/WP.90); y a la contratación electrónica (A/CN.9/WG.IV/WP.91). El Grupo de Trabajo examinó extensamente las cuestiones relativas a la contratación electrónica (véase A/CN.9/484, párrafos 94 a 127). Concluyó sus deliberaciones recomendando a la Comisión que comenzara a ocuparse con prioridad de la preparación de un instrumento internacional que regulara ciertas cuestiones planteadas por la contratación electrónica. Al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo recomendó a la Comisión que encargara a la Secretaría la preparación de los estudios necesarios para abordar otros tres temas tratados por el Grupo de Trabajo, a saber: a) un estudio completo de los posibles obstáculos jurídicos que creaban para el desarrollo del comercio electrónico los instrumentos internacionales existentes; 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 dar publicidad a la cesión de dichos bienes o a la constitución de garantías reales sobre los mismos y llevar un registro público al respecto; y c) un estudio en el que se examinara la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, así como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, para ver si respondían a las necesidades específicas del arbitraje por medios electrónicos (véase A/CN.9/484, párrafo 134).

6. En el 34º período de sesiones de la Comisión (Viena, 25 de junio a 13 de julio de 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

---

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

[2] *Documentos Oficiales de las Naciones Unidas*, *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/55/17), párrs. 384 a 388.

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. 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[3]. 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[4].

7. En su 39º período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002), 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 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).

8. El Grupo de Trabajo examinó en primer lugar la forma y el alcance del anteproyecto de convención (véase A/CN.9/509, párrafos 18 a 40). El Grupo de Trabajo convino en aplazar 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, párrafos 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, párrafos 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, párrafos 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 todas esas deliberaciones y decisiones, a fin de examinarla en su 40º período de sesiones.

9. Además, en la clausura de ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo recibió información sobre los progresos realizados por la Secretaría en su estudio de los obstáculos jurídicos que podían imponer al comercio electrónico los instrumentos de

---

[3] Ibíd., *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/56/17), párr. 293.
[4] Ibíd., párr. 295.

derecho mercantil existentes. El Grupo tomó nota 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 esos 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). 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 examinarlas posteriormente. 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 (A/CN.9/509, párrafo 16).

10. La Comisión examinó el informe del Grupo de Trabajo en su 35º período de sesiones (Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002). La Comisión tomó nota con reconocimiento de que el Grupo de Trabajo 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, también observó las distintas opiniones que habían expresado 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 de Trabajo no se limitara a examinar los contratos electrónicos, sino que se ocupara también de los contratos comerciales en general, independientemente 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 deberían disponer de tiempo suficiente para celebrar consultas sobre estas importantes cuestiones. A esos 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) sus debates sobre un posible instrumento internacional relativo a determinadas cuestiones de la contratación electrónica[5].

11. En lo que respecta al examen 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,

---

[5] Ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm.. 17* (A/57/17), párr. 206.

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)[6].

12. En su 40º período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2002), el Grupo de Trabajo examinó el estudio de los posibles 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, párrafos 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 hubieran considerado pertinentes a tal efecto, y que examinara junto con esas organizaciones la manera de llevar a cabo los estudios necesarios, teniendo en cuenta las restricciones que imponía a la Secretaría su volumen de trabajo. El Grupo de Trabajo invitó 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. El Grupo de Trabajo utilizó el tiempo restante de ese período de sesiones para reanudar el debate sobre el anteproyecto de convención (véase A/CN.9/527, párrafos 72 a 126).

13. 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. 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 en general con agrado la labor que venían desarrollando entidades representativas del sector privado, como la Cámara de Comercio Internacional, por considerar que complementaba provechosamente la labor de preparación de una convención internacional que había emprendido el Grupo de Trabajo. 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, párrafos 26 a 151).

14. Conforme a una decisión adoptada en su 40º período de sesiones (véase A/CN.9/527, párrafo 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, párrafos 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, podría ser incompatible con 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.

---

[6] Ibíd., párr. 207.

15. En su 36º período de sesiones (Viena, 30 de junio a 11 de julio de 2003), 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 una vez más la importancia que asignaba 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 hubieran considerado pertinentes a tal efecto, y que examinara junto con esas organizaciones la manera de llevar a cabo los estudios necesarios, teniendo en cuenta las restricciones que imponía a la Secretaría su volumen 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[7].

16. 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 el instrumento en estudio podría 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[8].

17. 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 por suprimir los posibles obstáculos jurídicos que imponen al comercio electrónico los instrumentos internacionales que actualmente regulan el comercio internacional (véase A/CN.9/528, párrafo 25). La Comisión apoyó los esfuerzos del Grupo de Trabajo por abordar simultáneamente los dos tipos de labor[9].

18. Se informó a la Comisión de que el Grupo de Trabajo había celebrado un debate preliminar sobre la cuestión de determinar si los derechos de propiedad intelectual deberían excluirse o no del proyecto de convención (A/CN.9/528, párrafos 55 a 60). La Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo entendía que su 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 decidir si las soluciones en materia de contratación electrónica que se venían proponiendo en el contexto del anteproyecto de convención podrían aplicarse también, y en qué medida, a las operaciones que entrañaran la concesión de licencias de derechos de propiedad intelectual y demás mecanismos análogos. Se pidió a la Secretaría que solicitara la

---

[7] Ibíd., *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párr. 211.
[8] Ibíd., párr. 212.
[9] Ibíd., párr. 213.

opinión al respecto de otras organizaciones internacionales, en particular de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual[10].

19. En su 42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003), el Grupo de Trabajo inició sus deliberaciones manteniendo un intercambio general de opiniones sobre el alcance del anteproyecto de convención. El Grupo de Trabajo, entre otras cosas, 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 cláusulas contractuales *e-terms 2004*. El Grupo de Trabajo acogió con satisfacción la labor que realizaba la Cámara de Comercio Internacional, y estimó que esa labor complementaba provechosamente su misión actual de elaborar una convención internacional. A juicio del Grupo de Trabajo, los criterios que se seguían en ambas labores no eran incompatibles, en particular porque el proyecto de convención abordaba requisitos que solían estar previstos en 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 (véase A/CN.9/546, párrafos 33 a 38).

20. El Grupo de Trabajo examinó seguidamente 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. El Grupo de Trabajo convino en introducir varias enmiendas en esas disposiciones y pidió a la Secretaría que prepara un proyecto de texto revisado para examinarlo posteriormente (véase A/CN.9/546, párrafos 39 a 135).

21. En su 43º período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004), el Grupo de Trabajo reanudó el examen del anteproyecto de convención sobre la base de una nota de la Secretaría que contenía una versión revisada del anteproyecto de convención (A/CN.9/WG.IV/WP.108). Las deliberaciones del Grupo de Trabajo se centraron en los proyectos de artículo X, Y y 1 a 4 (A/CN.9/548, párrafos 13 a 123). El Grupo de Trabajo convino en que debía procurar ultimar el proyecto de convención a fin de presentarlo a la Comisión para que lo examinara y aprobara en 2005.

22. En su 37º período de sesiones (Nueva York, 14 a 25 de junio de 2004), la Comisión tomó nota de los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 42º y 43º (A/CN.9/546 y A/CN.9/548, respectivamente). Se informó a la Comisión de que el Grupo de Trabajo, en su 42º período de sesiones, había iniciado el examen de los artículos 8 a 15 del texto revisado del anteproyecto de convención. La Comisión observó que, en su 43º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había examinado los artículos X e Y y los artículos 1 a 4 del proyecto de convención y que había celebrado un debate general sobre los proyectos de artículo 5 a 7 *bis*. La Comisión apoyó los esfuerzos que realizaba el Grupo de Trabajo por incorporar al proyecto de convención disposiciones encaminadas a eliminar los obstáculos jurídicos que pudieran imponer al comercio

[10] Ibíd., párr. 214.

electrónico los instrumentos internacionales de derecho mercantil en vigor. Se informó a la Comisión de que el Grupo de Trabajo había convenido en que debía esforzarse por concluir el examen del proyecto de convención de modo que la Comisión pudiera tratarlo y aprobarlo en 2005. La Comisión expresó su gratitud al Grupo de Trabajo y consideró prioritario que éste concluyera sus deliberaciones sobre el proyecto de convención en los plazos previstos, lo que justificaría asignar dos semanas de duración a su 44º período de sesiones, previsto para octubre de 2004[11].

23. El Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones en su 44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) tomando como base la revisión más reciente del anteproyecto de convención, que figuraba en el anexo I de la nota de la Secretaría A/CN.9/WG.IV/WP.110. El Grupo de Trabajo examinó y aprobó los proyectos de artículo 1 a 14, 18 y 19 del proyecto de convención. Sus decisiones y deliberaciones pertinentes se recogen en el informe sobre la labor realizada en su 44º período de sesiones (A/CN.9/571, párrafos 13 a 206). En esa ocasión, los miembros del Grupo de Trabajo también iniciaron un intercambio de opiniones sobre el preámbulo y las disposiciones finales del proyecto de convención, incluso sobre las propuestas de agregar disposiciones suplementarias al capítulo IV. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaria que, teniendo presentes las deliberaciones mantenidas sobre los capítulos I, II y III y sobre los artículos 18 y 19 del proyecto de convención, introdujera los cambios pertinentes en el proyecto de disposiciones finales del capítulo IV. Asimismo, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que insertara entre corchetes, en el proyecto final que se presentara a la Comisión, los proyectos de disposición que se había propuesto agregar al texto por él examinado (A/CN.9/WG.IV/WP.110). El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que distribuyera la versión revisada del proyecto de convención entre los gobiernos para que formularan observaciones con miras a que la Comisión examinara y aprobara el proyecto de convención cuando se reuniera en su 38º período de sesiones, en 2005.

III. Notas explicativas sobre el proyecto de convención

24. El propósito del proyecto de convención es ofrecer soluciones prácticas para abordar cuestiones relacionadas con la utilización de medios electrónicos de comunicación en el contexto de los contratos internacionales.

25. El proyecto de convención no tiene por objeto establecer normas uniformes para regular cuestiones contractuales sustantivas que no estén específicamente relacionadas con el empleo de comunicaciones electrónicas. No obstante, habida cuenta de que no siempre es factible ni conveniente separar estrictamente las cuestiones relacionadas con la tecnología de las cuestiones sustantivas en el contexto del comercio electrónico, el proyecto de convención contiene algunas normas sustantivas que van más allá de una mera reafirmación del principio de la equivalencia funcional, cuando eso es necesario para garantizar la eficacia de las comunicaciones electrónicas (A/CN.9/527, párrafo 81).

---

[11] Ibíd., *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm.17* (A/59/17), párr. 71.

A. Esfera de aplicación (proyectos de artículo 1 y 2)

26. La futura convención será aplicable al "empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados".

1. Esfera de aplicación territorial

27. La intención del Grupo de Trabajo fue que el proyecto de convención no quedara limitado al contexto de la formación de los contratos, ya que las comunicaciones electrónicas se utilizan para ejercer diversos derechos emanados del contrato (por ejemplo, la notificación de la recepción de mercancías, los avisos de demanda por incumplimiento o las notificaciones de rescisión), o incluso a efectos de su cumplimiento, como en el caso de las transferencias electrónicas de fondos (A/CN.9/509, párrafo 35).

28. A diferencia de lo que ocurre en otros instrumentos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, en el proyecto de convención no se exige que las dos partes estén situadas en Estados Contratantes.

29. En la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa se estableció el requisito de que los dos países interesados fueran Estados Contratantes con objeto de que las partes pudieran determinar fácilmente si el régimen de la Convención era aplicable a su contrato, sin tener que determinar previamente cuál sería la ley aplicable recurriendo a normas de derecho internacional privado. La posible limitación geográfica del ámbito de aplicación impuesta por esa opción quedaba compensada por la ventaja que ofrecía una mayor certidumbre jurídica (A/CN.9/548, párrafo 88).

30. El Grupo de Trabajo inicialmente había previsto una norma análoga a la enunciada en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa con objeto de garantizar que los dos textos fueran compatibles (A/CN.9/509). Sin embargo, a medida que avanzaban las deliberaciones e iban quedando más claros los efectos del proyecto de convención, se cuestionó la necesidad de que hubiese un paralelismo entre su régimen y el de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, por considerarse que sus respectivos ámbitos de aplicación de todos modos eran independientes uno del otro (A/CN.9/548, párrafo 89).

31. Se argumentó también que una norma análoga a la del apartado a) del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa impediría automáticamente que el régimen de la futura convención se aplicara cuando uno de los Estados interesados no fuera un Estado Contratante. Se consideró, además, que en la medida en que varias disposiciones del proyecto de convención tenían por objeto respaldar o facilitar la aplicabilidad de otras normas jurídicas en un entorno electrónico (por ejemplo, los proyectos de artículo 8 y 9), un requisito como el del párrafo mencionado de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa sería improcedente porque daría lugar a que el foro competente se viera obligado a interpretar su propia normativa interna (por ejemplo, respecto de los requisitos de forma) de distinta manera según que las dos partes en un contrato internacional estuvieran situadas o no en Estados Contratantes de la futura convención. El Grupo de Trabajo consideró que la aplicación del nuevo

régimen se facilitaría y su alcance se potenciaría en gran medida en la práctica, si se dispusiera que únicamente sería aplicable a los contratos internacionales, es decir, a los contratos celebrados entre partes situadas en dos Estados diferentes, sin imponer el otro requisito de que los dos Estados sean también Estados Contratantes de la Convención (A/CN.9/548, párrafo 87; véase también A/CN.9/571, párrafo 17).

32. En definitiva, el Grupo de Trabajo decidió que el mejor criterio era establecer un ámbito de aplicación lo más amplio posible como punto de partida, aunque también se debería permitir a los Estados que no consideraran conveniente que la futura convención tuviera un ámbito de aplicación tan amplio que hicieran declaraciones con objeto de restringir el alcance del nuevo régimen (A/CN.9/571, párrafo 39). Se reconoce que el régimen de la futura convención, tal como está formulado, será aplicable en los casos en que la ley de un Estado Contratante rija los tratos entre las partes, lo que se ha de determinar mediante las normas de derecho internacional privado del Estado del foro, a menos que las partes hayan elegido la ley aplicable de común acuerdo.

2. Exclusiones: operaciones realizadas con los consumidores

33. La futura convención no será aplicable a las comunicaciones electrónicas relativas a contratos celebrados con consumidores. No obstante, a diferencia de la exclusión correspondiente enunciada en el apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, la exclusión de las operaciones realizadas con los consumidores del ámbito de aplicación del proyecto de convención es absoluta, de modo que los contratos concertados con consumidores siempre estarán excluidos, aun cuando sus fines personales, familiares o domésticos no sean evidentes para la otra parte.

34. En virtud del apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, ésta no rige las ventas de mercancías que se adquieren para uso personal, familiar o doméstico, "salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso". Esa disposición tuvo por objeto promover la certidumbre jurídica, ya que, de lo contrario, la aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa dependería totalmente de la posibilidad de que el vendedor determinara la finalidad con la que el comprador adquirió las mercancías. De ese modo, no procedería alegar frente al vendedor que el bien vendido iba destinado al consumo, con miras a excluir la aplicación del régimen de la Convención, si el vendedor no tenía ni cabía esperar que tuviera conocimiento (por ejemplo, habida cuenta del número o de la índole de los artículos comprados) de que las mercancías se destinaban al uso personal, familiar o doméstico del comprador. Los autores de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa previeron el supuesto de que un contrato de compraventa se rigiera por sus disposiciones, pese al hecho de que se hubiera concertado con un consumidor. La certidumbre jurídica obtenida gracias a esa disposición parecía haber compensado ampliamente el riesgo de que ese régimen se aplicara a operaciones que se deseaba excluir. Se observó también que, como se indicaba en el comentario del proyecto de convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, preparado en su momento por la Secretaría

(A/CONF.97/5)[12], en el apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa se partía del supuesto de que las operaciones realizadas con los consumidores sólo eran internacionales en "casos relativamente escasos" (A/CN.9/527, párrafo 86).

35. No obstante en el caso del proyecto de convención, el Grupo de Trabajo consideró que la formulación del apartado a) del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa podía resultar problemática, dado que la facilidad de acceso ofrecida por ciertas redes abiertas de comunicación, como la Internet, que no existían cuando se preparó el texto de esa Convención, hacía que aumentara enormemente la posibilidad de que los consumidores compraran mercancías a vendedores que tuvieran su establecimiento en el extranjero (A/CN.9/527, párrafo 87). Reconociendo que en el proyecto de convención figuraban ciertas normas que no eran apropiadas en el contexto de las operaciones realizadas con los consumidores, el Grupo de Trabajo consideró necesario excluir toda referencia a éstos del proyecto de convención (A/CN.9/548, párrafos 101 y 102).

3. Otras exclusiones

36. La futura convención no será aplicable a las operaciones que se realizan en ciertos mercados financieros regulados por reglamentaciones o normas industriales especiales. El Grupo de Trabajo consideró que el sector de los servicios financieros era objeto de regímenes regulatorios y normas industriales bien definidas que habían resuelto de forma satisfactoria las cuestiones relacionadas con el funcionamiento del comercio electrónico en dicho sector a escala mundial, por lo que incluirlo en el ámbito del proyecto de convención no reportaría ventaja alguna. Se dijo también que, habida cuenta del carácter singular de ese sector, el hecho de relegar su exclusión a una declaración efectuada por cada país en particular con arreglo al proyecto de artículo 18 no sería fiel reflejo de la realidad (A/CN.9/558, párrafo 109).

37. Por otra parte, la futura convención no será aplicable a los instrumentos ni a los títulos negociables, habida cuenta de la dificultad especial de crear equivalentes electrónicos de los títulos negociables expedidos sobre papel, para los cuales sería necesario elaborar un marco jurídico especial (véase A/CN.9/527, párrafos 45, 55, 62 y 65). El Grupo de Trabajo observó, en particular, que las posibles consecuencias de la duplicación no autorizada de títulos e instrumentos negociables y, en general, de todo instrumento transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de mercancías o el pago de una suma de dinero, hacían que fuera necesario elaborar mecanismos para garantizar la singularidad u originalidad del documento pertinente. Para encontrar una solución a ese problema sería necesario combinar una serie de mecanismos jurídicos, tecnológicos y comerciales, ninguno de los cuales había sido desarrollado ni puesto a prueba plenamente (A/CN.9/571, párrafo 136).

---

[12] *Documentos oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: documento de la Conferencia y actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Principal* (Publicación de las Naciones Unidas, *núm.*de venta S.81.IV.3), pág. 16.

B. Ubicación de las partes y requisitos de información (proyectos de artículo 6 y 7)

38. El proyecto de convención contiene un conjunto de disposiciones relativas a la ubicación de las partes. No se prevé la obligación de éstas de declarar el lugar en que se encuentra su establecimiento (véase el párrafo 50), si bien se establecen ciertas presunciones y reglas supletorias encaminadas a facilitar la determinación de la ubicación de las partes. Se asigna importancia primordial, aunque no absoluta, a la indicación que haya hecho una parte acerca de su establecimiento a los efectos del contrato.

39. La presunción refutable establecida en el proyecto de artículo 6 sirve principalmente para fines prácticos y no tiene por objeto apartarse de la noción de "establecimiento" utilizada en las operaciones no electrónicas. Por ejemplo, un vendedor por la Internet que tenga varios almacenes situados en diferentes lugares, desde los cuales se puedan expedir distintas mercancías para atender a un único pedido efectuado por vía electrónica, podría considerar necesario indicar que uno solo de esos lugares es su establecimiento respecto de determinado contrato. En el texto en estudio se reconoce esa posibilidad, con la consecuencia de que la indicación que haga el vendedor sólo podría ser impugnada si no tuviera un establecimiento en el lugar indicado. De no existir esa posibilidad, las partes tal vez tendrían que indagar, respecto de cada contrato, cuál de los establecimientos del vendedor guarda una relación más estrecha con el contrato pertinente a fin de determinar cuál es el establecimiento del vendedor en ese caso en particular (A/CN.9/571, párrafo 98). Si una parte tiene un solo establecimiento y no ha hecho ninguna indicación al respecto, se consideraría que está situada en el lugar que se ajuste a la definición de "establecimiento" enunciada en el apartado h) del proyecto de artículo 5.

40. En el proyecto de convención se aplica un criterio prudente en lo que respecta a tratar la información periférica relacionada con los mensajes electrónicos, entre otras cosas, las direcciones IP, los nombres de dominio o la ubicación geográfica de los sistemas de información, que, pese a su aparente objetividad, no son concluyentes, ni mucho menos, para determinar la ubicación física de las partes. No obstante, nada de lo dispuesto en el proyecto de convención impide que un tribunal judicial o arbitral tenga en cuenta la asignación de un nombre de dominio como posible criterio, entre otros, para determinar la ubicación de una parte, si lo juzga oportuno (A/CN.9/571, párrafo 113).

41. En el proyecto de artículo 7 se recuerda a las partes la necesidad de cumplir toda obligación de revelación de información que pueda existir en virtud del derecho interno. El Grupo de Trabajo examinó con detenimiento diversas propuestas relativas a imponer a las partes la obligación de declarar, entre otras cosas, la ubicación de su establecimiento (A/CN.9/484, párrafo 103, y A/CN.9/509, párrafos 61 a 65). La opinión general, en última instancia fue, que toda imposición de esa índole sería improcedente en un instrumento de derecho mercantil y podía redundar en detrimento de ciertas prácticas comerciales existentes. Se consideró que esas obligaciones de revelación de información solían figurar en las leyes que regulaban principalmente la protección del consumidor. De todos modos, la aplicación de esa clase de reglamentaciones, para ser eficaz, debía estar respaldada por una serie de

medidas administrativas y de otra índole que no podían enunciarse en el proyecto de convención (A/CN.9/546, párrafos 92 y 93).

C. Tratamiento de los contratos (artículos 8, 11, 12 y 13)

42. En el artículo 8 del proyecto de convención se reconoce el principio, enunciado en el artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, de que no se debe negar validez ni fuerza ejecutoria a un contrato por la sola razón de que haya emanado del intercambio de comunicaciones electrónicas. El proyecto de convención no se aventura a determinar cuándo las ofertas y la aceptación de éstas pasan a surtir efecto en lo que respecta a la formación del contrato. El Grupo de Trabajo reconoció que los contratos que no fueran de compraventa regidos por las normas sobre formación de contratos de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa en la mayoría de los casos no estaban sujetos a un régimen internacional uniforme. En los diferentes ordenamientos jurídicos se empleaban diversos criterios para establecer el momento en que un contrato se consideraba formado, por lo que el Grupo de Trabajo, en última instancia, aceptó la opinión de que no procedía establecer una norma sobre el momento de la formación del contrato que fuera incompatible con las normas pertinentes del régimen aplicable a determinado contrato (A/CN.9/528, párrafo 103; véase también A/CN.9/546, párrafos 118 a 121).

43. En el artículo 12 del proyecto de convención se reconoce que los contratos pueden formarse por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes (“agentes electrónicos”), aun cuando ninguna persona física haya revisado cada uno de los distintos actos realizados por los sistemas ni el contrato resultante. No obstante, en el artículo 11 se aclara que el mero hecho de que una parte ofrezca aplicaciones interactivas para hacer pedidos independientemente de que su sistema sea o no totalmente automatizado, no crea la presunción de que la parte tuvo la intención de quedar obligada por los pedidos hechos por conducto del sistema. Esa disposición se inspira en el párrafo 1 del artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y emana de una analogía entre las ofertas hechas por medios electrónicos y las ofertas hechas por medios más tradicionales (véase A/CN.9/509, párrafos 76 a 85). Esa regla general obedece al temor de que la presunción que se establezca acerca de la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación de una propuesta hecha mediante una aplicación informática interactiva resulte perjudicial para los vendedores que sólo dispongan de existencias limitadas de las mercancías ofrecidas, que se verían obligados a atender a todos los pedidos recibidos de un número potencialmente ilimitado de compradores (A/CN.9/546, párrafo 107).

44. En consonancia con la decisión del Grupo de Trabajo de evitar establecer una dualidad de regímenes para las operaciones electrónicas y sobre papel, y con el carácter habilitante - no reglamentario - del proyecto de convención, en el artículo 13 se remite al derecho interno la facultad de imponer obligaciones a las partes en lo que respecta a dar a conocer los términos contractuales de determinada manera.

45. Por otra parte, el proyecto de convención aborda la cuestión sustantiva de los errores cometidos al introducir datos en las comunicaciones electrónicas, habida cuenta del mayor riesgo de cometer equivocaciones que puede existir en operaciones realizadas en tiempo real o casi instantáneas (A/CN.9/509, párrafo 105,

y A/CN.9/548, párrafo 17). En el proyecto de artículo 14 se dispone que una parte que comete un error al introducir datos en la comunicación en cuestión puede retirarla en determinadas circunstancias.

46. Cabe observar que en el proyecto de artículo 14 únicamente se abordan los errores que se producen de resultas de la interacción entre personas y sistemas de información automatizados que no ofrecen a la persona la posibilidad de reconsiderar sus acciones o de rectificar sus errores. En vez de exigir, en general, que se ofrezca al usuario la posibilidad de rectificar errores, la disposición se limita a señalar las consecuencias de que no exista esa posibilidad (A/CN.9/548, párrafo 19). La expresión "al introducir los datos", que se utiliza para calificar la noción de "error" en el proyecto de artículo, tiene por objeto aclarar que el propósito de la disposición es únicamente facilitar medios para rectificar errores cometidos al introducir datos en las comunicaciones intercambiadas con un sistema automatizado de mensajes. El proyecto de artículo no se refiere a otros tipos de errores, que deberían regirse por la doctrina general de derecho interno relativa al error (A/CN.9/571, párrafo 190).

D. Requisitos de forma (proyecto de artículo 9)

47. El artículo 9 del proyecto de convención reitera las normas básicas que contienen los artículos 6, 7 y 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, que hacen referencia a los criterios aplicables para establecer la equivalencia funcional entre las comunicaciones electrónicas y los documentos en papel (incluidos los documentos "originales" en papel), así como entre los métodos de autenticación electrónica y las firmas manuscritas. Sin embargo, el proyecto de convención, a diferencia de la Ley Modelo, no aborda la conservación de los registros, ya que se consideró que este asunto se relacionaba más estrechamente con las normas de la prueba y los requisitos administrativos que con la formación y el cumplimiento de contratos.

48. Cabe observar que el proyecto de artículo 9 establece las normas mínimas que han de cumplirse para satisfacer los requisitos de forma que pueda exigir la legislación aplicable. El principio de la autonomía de las partes, que establece el proyecto de artículo 3 y que también figura en otros instrumentos de la CNUDMI, por ejemplo, en el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, no se debe interpretar en el sentido de que permite incluso a las partes flexibilizar los requisitos legislativos sobre la firma para favorecer métodos de autenticación que resulten menos fiables que la firma electrónica. En general, se dijo que la autonomía de las partes no significaba que el proyecto de convención debiera facultar a éstas para anular los requisitos legislativos sobre la forma o la autenticación de los contratos y operaciones (A/CN.9/527, párrafo 108).

E. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas (proyecto de artículo 10)

49. Al igual que en el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, el proyecto de convención contiene una serie de normas supletorias sobre el tiempo y el lugar de envío y de recepción de mensajes de datos, cuya finalidad es servir de complemento de las normas nacionales sobre el envío y

la recepción, trasponiéndolas a un entorno electrónico. Las diferencias de redacción entre el artículo 10 del proyecto de convención y el artículo 15 de la Ley Modelo no tienen por finalidad obtener un resultado práctico distinto, sino facilitar la aplicación de la futura convención en distintos ordenamientos jurídicos mediante la armonización de la formulación de las normas pertinentes con los elementos generales de uso común en las legislaciones nacionales para definir el envío y la recepción.

1. "Envío" de comunicaciones electrónicas

50. La definición de "envío" como el momento en que una comunicación electrónica sale de un sistema de información que está bajo el control del iniciador, distinto del momento en que entra en otro sistema de información, se eligió para reflejar de forma más inmediata la noción de "envío" en un entorno no electrónico (A/CN.9/571, párrafo 142), que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se considera que es el momento en que una comunicación sale de la esfera de control del iniciador. En la práctica, el resultado debe ser el mismo que el derivado del párrafo 1 del artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, ya que la prueba más fácilmente accesible de que una comunicación ha salido de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador es la indicación, en el protocolo de transmisión pertinente, del momento en que la comunicación fue recibida por el sistema de información de destino o los sistemas de transmisión intermedios.

2. "Recepción" de comunicaciones electrónicas

51. El artículo 10 del proyecto de convención está concebido más como un conjunto de presunciones que como una norma firme sobre la recepción de comunicaciones electrónicas. Basándose en un concepto común a muchos ordenamientos jurídicos y reflejado en las leyes nacionales inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, en el proyecto de artículo se exige que la comunicación electrónica pueda ser recuperada para que se considere que ha sido recibida por el destinatario. Este requisito no figura en la Ley Modelo, que se centra en el momento de la recepción y delega en la legislación nacional establecer si los mensajes de datos han de cumplir otros requisitos (como el de que puedan ser "procesados") para que se considere que han sido recibidos (véase, con respecto a este punto concreto, el estudio comparativo realizado por la Secretaría en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.2, párrafos 10 a 31, disponible en inglés en la siguiente dirección electrónica: http://www.uncitral.org/english/workinggroups/wg_ec/wp-104-add2-e.pdf).

52. A pesar de la diferente redacción, el efecto de las normas sobre la recepción de las comunicaciones electrónicas del proyecto de convención es coherente con el del artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Al igual que el artículo 15 de la Ley Modelo, el proyecto de convención mantiene el criterio objetivo de la entrada de una comunicación en un sistema de información como medio para determinar cuándo se presume que una comunicación electrónica "puede ser recuperada" y, por consiguiente, ha sido "recibida". El requisito de que un mensaje pueda ser recuperado, que se presume cumplido cuando el mensaje llega a la dirección electrónica del destinatario, no se debe considerar en el sentido de que añade un elemento subjetivo ajeno a la norma establecida en el artículo 15 de la Ley

Modelo. En efecto, de conformidad con dicho artículo 15 de la Ley Modelo, se entiende que la "entrada" en un sistema de información se produce en el momento en que un mensaje de datos "pasa a ser procesable en el interior de un sistema de información"[13], y cabe argumentar que éste es también el momento en que el mensaje "puede ser recuperado" por el destinatario.

53. Al igual que en diversas leyes nacionales, en el proyecto de convención se utilizan los términos "dirección electrónica" en lugar de la expresión "sistema de información" que se utiliza en la Ley Modelo. En la práctica, la nueva terminología, que aparece ya en otros instrumentos internacionales como los Usos y reglas uniformes relativos a los créditos documentarios ("UCP 500") - Suplemento relativo a la presentación electrónica ("eUCP")[14], no debe dar lugar a ninguna diferencia sustantiva. En efecto, la expresión "dirección electrónica" puede remitir, en función de la tecnología utilizada, a una red de comunicaciones y, en otras circunstancias, puede incluir un buzón electrónico, un aparato de telecopia "otra" porción, sitio o lugar de un sistema de información que una persona utilizara para recibir mensajes electrónicos" (A/CN.9/571, párrafo 157).

54. En el proyecto de convención se mantiene la distinción establecida por el artículo 15 de la Ley Modelo entre entrega de mensajes en direcciones electrónicas expresamente designadas y entrega de mensajes en direcciones no designadas expresamente. En el primer caso, la norma de la recepción es básicamente la misma que la prevista en el inciso i) del apartado a) del párrafo 2) del artículo 15 de la Ley Modelo, es decir, que un mensaje se recibe en el momento en que llega a la dirección electrónica del destinatario (o "entra" en el "sistema de información" del destinatario, según la terminología de la Ley Modelo). Existe, sin embargo, una diferencia digna de mención que se refiere a las normas de recepción de comunicaciones electrónicas enviadas a una dirección que no haya sido designada. La Ley Modelo distingue entre las comunicaciones enviadas a un sistema de información distinto del designado y las comunicaciones enviadas a un sistema de información cualquiera del destinatario si éste no ha designado ningún sistema concreto. En el primer caso, la Ley Modelo considera que el mensaje no se ha recibido hasta que el destinatario lo recupera realmente. La justificación de esta norma es que si el iniciador ha optado por hacer caso omiso de las instrucciones del destinatario y envía el mensaje a un sistema de información distinto del designado, no es razonable considerar que el mensaje ha sido entregado al destinatario mientras éste no lo haya recuperado realmente. En la segunda situación, sin embargo, la presunción subyacente en la Ley Modelo es que para el destinatario no tiene trascendencia cuál es el sistema de información al que se envían los mensajes, en cuyo caso lo razonable será presumir que aceptará los mensajes a través de cualquiera de sus sistemas de información.

55. El proyecto de convención aplica el planteamiento adoptado en diversas leyes nacionales basadas en la Ley Modelo y trata las dos situaciones del mismo modo. Por tanto, en todos los casos en que el mensaje no se entregue en la dirección electrónica designada, la recepción sólo se producirá, de conformidad con el proyecto de convención, cuando: a) la comunicación electrónica pueda ser

---

[13] Véase *Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce CC* (Publicación de las Naciones Unidas, *núm.*de venta E.99.V.4), párr. 103.

[14] Véase James E. Byrne y Dan Taylor, *ICC Guide to the eUCP*, París, 2002, pág. 54.

recuperada por el destinatario (al llegar a una dirección electrónica de éste); y b) el destinatario realmente tenga conocimiento de que la comunicación fue enviada a esa dirección concreta. En caso de que el destinatario haya designado una dirección electrónica, pero la comunicación se envíe a otra, el resultado de la norma enunciada en el proyecto de convención no es diferente del resultado del inciso ii) del apartado a) del párrafo 2) del artículo 15 de la Ley Modelo, que exige, en ese caso, que el destinatario recupere el mensaje (lo que en la mayoría de los casos será una prueba inmediata de que el destinatario ha tenido conocimiento de que la comunicación electrónica fue enviada a esa dirección).

56. Por consiguiente, si no hay una designación concreta, la única diferencia sustantiva estriba en la recepción de las comunicaciones. En este caso particular, el Grupo de Trabajo convino en que la evolución práctica de los acontecimientos desde la adopción de la Ley Modelo justificaba un alejamiento de la norma original. Se observó, en particular, que las preocupaciones que suscitaba la seguridad de la información y de las comunicaciones en el mundo empresarial había dado lugar a un uso creciente de medidas de seguridad, entre ellas filtros o selectores, que podían impedir que las comunicaciones electrónicas llegaran a sus destinatarios. En esas circunstancias, se consideró que las normas relativas a la recepción de comunicaciones electrónicas debían vincularse al consentimiento en la utilización de una dirección electrónica particular y no debían obligar a las personas que no hubieran asumido el riesgo de perder las comunicaciones que se hubieran enviado a otra dirección (A/CN.9/571, párrafo 150).

3. Lugar de envío y de recepción

57. Las normas sobre el lugar de envío y de recepción son básicamente las mismas que las que contienen los párrafos 3 y 4 del artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

F. Relación con otros instrumentos internacionales (proyecto de artículo 19)

58. El Grupo de Trabajo espera que los Estados consideren útil el proyecto de convención para facilitar la aplicación de otros instrumentos internacionales, fundamentalmente los relacionados con el comercio. Además de los instrumentos de la CNUDMI enumerados en el párrafo 1 del artículo 19, se pueden interpretar y aplicar otros tratados o convenciones a la luz del proyecto de convención, siempre y cuando esa posibilidad no haya sido excluida o limitada por declaraciones hechas por el Estado de que se trate. El proyecto de artículo 19 tiene por objeto ofrecer una posible solución común a algunos de los obstáculos jurídicos que plantean los instrumentos internacionales vigentes al desarrollo del comercio electrónico, que han sido objeto de un estudio realizado por la Secretaría (véase A/CN.9/WG.IV/WP.94; véase también A/CN.9/527, párrafos 33 a 48), de forma que se evite la necesidad de modificar algunos de los convenios internacionales.

59. El párrafo 1 del proyecto de artículo 19 tiene por objeto facilitar las operaciones electrónicas en las esferas comprendidas en los instrumentos que en él se enumeran, no enmendar formalmente ninguno de esos instrumentos. Al ratificar la futura convención, un Estado aceptará automáticamente, como mínimo, aplicar sus disposiciones a las comunicaciones electrónicas intercambiadas en relación con

cualquiera de los instrumentos enumerados en ese párrafo. De este modo se ofrecerá una solución interna a un problema originado por instrumentos internacionales, que se basará en el reconocimiento de que los tribunales nacionales están facultados para interpretar los instrumentos internacionales de derecho mercantil. El proyecto de párrafo garantiza que los Estados Contratantes incorporarán a sus ordenamientos jurídicos una disposición en virtud de la cual los órganos judiciales tendrán que aplicar las disposiciones de la oferta 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 (A/CN.9/548, párrafo 49).

60. Además de aplicarse a las comunicaciones intercambiadas en el marco de los instrumentos que, para evitar dudas, se enumeran en el párrafo 1, las disposiciones del proyecto de convención serán aplicables también, en virtud del párrafo 2, a las comunicaciones electrónicas intercambiadas en relación con contratos a los que sean aplicables otras convenciones, tratados o acuerdos internacionales, salvo que un Estado Contratante haya excluido tal aplicación. Se ha añadido la posibilidad de excluir esta aplicación ampliada del proyecto de convención para tener en cuenta las posibles preocupaciones de los Estados que quieran asegurarse primero de que el proyecto de convención es compatible con las obligaciones internacionales que les incumben.

61. Los párrafos 3 y 4 del proyecto de artículo aportan nueva flexibilidad al permitir que los Estados añadan otros convenios concretos a la lista de instrumentos internacionales a los que aplicarán las disposiciones de la futura convención, aún en caso de que hayan presentado una declaración general de conformidad con el párrafo 2, o que excluyan los instrumentos específicos que indiquen en sus declaraciones. Cabe observar que las declaraciones que se formulen de conformidad con el párrafo 4 del proyecto de artículo excluirían la aplicación de la futura de convención a la utilización de comunicaciones electrónicas en relación con todos los contratos a los que sea aplicable otro instrumento internacional. No se prevé la posibilidad de que un Estado Contratante excluya únicamente algunos tipos o categorías de contratos a los que sea aplicable otro instrumento internacional (A/CN.9/571, párrafo 56).

G. Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: observaciones recibidas de Estados Miembros y organizaciones internacionales

(A/CN.9/578 y Add.1 a 17) [Original: árabe/inglés]

A/CN.9/578

Índice

Introducción. . . . . .

Observaciones recibidas de Estados Miembros y organizaciones internacionales. . . . . .

Estados Miembros. . . . . .

Egipto. . . . . .

I. Introducción

1. En su 37º período de sesiones (celebrado en Nueva York, del 14 al 25 de junio de 2004) la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional alentó al Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) a que finalizara la preparación de un proyecto de convención sobre determinados temas relacionados con la contratación electrónica, de modo que la Comisión pudiera examinarlo y aprobarlo en 2005[1].

2. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales en su 44º período de sesiones (celebrado en Viena, del 11 al 22 de octubre de 2004). En una nota verbal de fecha 29 de diciembre de 2004 y una carta de fecha 26 de enero de 2005, el Secretario General transmitió el texto del proyecto de convención (A/CN.9/577) y el informe del Grupo de Trabajo sobre ese período de sesiones (A/CN.9/571) a los Estados y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales internacionales a las que se invitó a asistir a las sesiones de la Comisión y de sus grupos de trabajo en calidad de observadores. Un breve resumen de las deliberaciones del Grupo de Trabajo IV, así como notas explicativas sobre el proyecto de convención, se publicaron en un documento separado (A/CN.9/577/Add.1).

3. En el presente documento se reproducen las primeras observaciones recibidas por la Secretaría con respecto al proyecto de convención sobre la utilización de las

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento Nº 17* (A/59/17), párr. 71.

comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales. Las observaciones recibidas por la Secretaría después de la publicación del presente documento se publicarán como adiciones al mismo en el orden en que se vayan recibiendo.

II. Observaciones recibidas de Estados Miembros y organizaciones internacionales

A. Estados Miembros

Egipto

[Original: árabe]
[17 de marzo de 2005]

1. Antecedentes

1. El comercio electrónico ocupa un lugar destacado entre los temas de interés de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Por consiguiente, se ha creado un Grupo de Trabajo para examinar las cuestiones jurídicas relacionadas con el comercio electrónico.

2. Este Grupo, en su 44º período de sesiones, ha trabajado arduamente para elaborar una serie de documentos relacionados con el comercio electrónico, incluido el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales. El Grupo inició su labor sobre esa convención en marzo de 2002, continuándola hasta octubre de 2004. Dado que la CNUDMI deseaba elaborar un texto ejemplar del proyecto, lo envió a todas las autoridades y países interesados con el objeto de recibir sus observaciones, de modo que éstas pudiesen examinarse en su 38º período de sesiones, que se celebrará en Viena en julio de 2005.

2. Observaciones preliminares

3. No podemos comenzar sino encomiando los esfuerzos realizados por el Grupo de Trabajo para que ese proyecto pudiera alcanzar su forma actual. En realidad, cualquier persona que se haya mantenido al tanto de la labor de la CNUDMI no habrá podido dejar de observar cómo los encargados del Grupo se han esforzado por abordar no sólo cada uno de los nuevos aspectos en la esfera del comercio internacional, sino también la labor científica, que se llevó a cabo con rapidez y organizadamente con la finalidad de proporcionar las formas y los procedimientos jurídicos apropiados para ese comercio.

4. También vale la pena destacar que los principales esfuerzos se dirigen siempre hacia los canales de la cooperación internacional y la facilitación del comercio internacional, especialmente puesto que debe reconocerse a la CNUDMI, desde su creación, el mérito de haber abrazado una doctrina establecida que se basa en la idea de que una de las principales maneras de fomentar el dinamismo del comercio internacional consiste en establecer reglas materiales normalizadas en el plano internacional de forma tal que puedan garantizar siempre de la mejor manera la corriente y el desarrollo del comercio internacional sobre la base de la igualdad y del interés mutuo.

5. También desearíamos señalar que nuestro reconocimiento a la labor de la CNUDMI puede atribuirse al hecho de que somos conscientes de la dificultad de establecer reglas internacionales normalizadas en la esfera del derecho privado, que es aplicado por los tribunales locales, debido a la manera en que esto puede resultar incompatible, en primer lugar, con normas imperativas locales, en segundo lugar, con cuestiones de orden público, y en tercer lugar, con la política general.

6. Por consiguiente, podemos observar que la CNUDMI ha adoptado un enfoque inteligente y sensato según el cual la convención no abarca obligaciones no contractuales internacionales, que dan pie a muchas diferencias de opinión y a pareceres muy variados. La CNUDMI se ha contentado con las obligaciones contractuales internacionales, de modo que la parte relativa a las obligaciones contractuales puede finalizarse en una primera etapa. A esto le sigue, a nuestro juicio, la parte más difícil, que se relaciona con las obligaciones no contractuales. Si estas dos partes de la labor se llevan a buen término, habremos ultimado la cobertura jurídica de las relaciones comerciales electrónicas.

7. La preocupación que despierta el comercio electrónico es fundamental para el comercio internacional. Ello se debe a que el comercio electrónico abre amplios horizontes al comercio internacional que no hubieran podido existir sin los modernos medios de comunicación. Se llega a una etapa en que nuevas partes y nuevos mercados tienen oportunidad de dedicarse al comercio internacional. Además, el comercio electrónico desempeña un importante papel reduciendo los gastos de las actividades comerciales internacionales.

8. Ésta es la razón por la cual la CNUDMI se interesó por la cuestión en su deseo, en primer lugar, de superar los obstáculos jurídicos que impiden el lanzamiento del comercio electrónico y, en segundo lugar, de subsanar las lagunas de los ordenamientos jurídicos locales, así como la incertidumbre que esas lagunas pueden crear para los socios en las transacciones cuando se trata de determinar las reglas que deben aplicarse.

9. También observamos que el proyecto procura dar a las partes contratantes la libertad de utilizar un medio tecnológico apropiado cuya naturaleza evoluciona constantemente, siempre que esas partes no violen las normas jurídicas aplicables.

10. Concluimos estas observaciones preliminares refiriéndonos al lógico intento de quienes redactaron el proyecto de convención por garantizar que las reglas normalizadas en él contenidas proporcionen soluciones jurídicas apropiadas a problemas derivados de la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, prestando la debida consideración a los distintos ordenamientos jurídicos y económicos de los diferentes países.

Capítulo I. Esfera de aplicación

Artículo 1. Ámbito de aplicación

11. En lo que respecta a determinar el ámbito de aplicación de la Convención el proyecto dispone, de forma conveniente, que cuando se utilicen comunicaciones electrónicas al concluir o ejecutar un contrato o acuerdo no se tendrá en cuenta el hecho de que las tengan sus establecimientos en distintos Estados, cuando ello no resulte del contrato ni de los tratos entre las partes, y tampoco se tendrán en cuenta la nacionalidad de las partes o el carácter civil o mercantil del contrato.

12. Con respecto a este artículo, el Grupo de Trabajo se preguntó si era necesario proporcionar, en una observación sobre el proyecto de convención, una explicación acerca de "contrato" y "acuerdo". Por consiguiente, estimamos apropiado -teniendo en cuenta la precisión de esos dos términos y la diferencia de significado que tienen en algunos ordenamientos internacionales- que se añada esa explicación.

Artículo 2. Exclusiones

13. El proyecto establece que la convención no será aplicable -de una manera con la que no estamos de acuerdo- a la utilización de las comunicaciones electrónicas en:

a) Los contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos;

b) Las operaciones en un mercado bursátil reglamentado;

c) Las operaciones de cambio de divisas, los sistemas de pago interbancarios, la transferencia de garantías reales y la transferencia de activos económicos;

d) La transferencia de garantías reales constituidas sobre valores bursátiles u otros títulos o activos financieros que obren en poder de un intermediario y que puedan ser objeto de un acuerdo de venta, de préstamo, de tenencia o de recompra;

e) Algunos instrumentos internacionales, tales como letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén, o cualquier documento o título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero.

14. En esta cuestión es importante que hagamos referencia a la manera en que a nuestro entender se excluyen actividades económicas y financieras en virtud de sus circunstancias particulares. Es necesario dedicar una convención específica a esta cuestión. No obstante, por las razones que se mencionan más adelante, nos resulta difícil aceptar que los contratos concluidos con fines personales y algunos de los mecanismos comerciales internacionales deban excluirse. En lo que respecta a los contratos concluidos con fines personales, representan una parte del volumen del comercio electrónico, o más bien cabe afirmar que las personas físicas son las que más necesidad tienen de que se las incluya en un sistema internacional, porque son las partes menos capaces de efectuar movimientos internacionales, las más débiles materialmente y las más ignorantes de las normas del comercio internacional. Su conocimiento de las reglas materiales internacionales que regulan las transacciones del sistema internacional las alentará por lo tanto a realizar operaciones comerciales electrónicas. Esto se reflejará de manera positiva en el comercio internacional.

15. No obstante, si la razón que indujo a quienes elaboraron la convención a adoptar este enfoque es que los contratos concluidos con fines personales pueden implicar la aplicación de reglas que crean obligaciones en la legislación local con respecto a cuestiones tales como los derechos del consumidor, tal vez sería apropiado que se empezaran a adoptar ideas e instrumentos innovadores con respecto a los contratos de este tipo.

16. En relación con este tema, proponemos que se elabore un proyecto de convención internacional para abarcar esos contratos, teniendo en cuenta de una manera apropiada las normas locales que crean obligaciones y concibiendo un

mecanismo no judicial administrado electrónicamente -denominado "arbitraje electrónico"- para la solución de controversias en todas las etapas: denuncia, investigación, negociación y solución. Para que este mecanismo tenga éxito, debe estar apoyado y administrado materialmente por un organismo de coordinación internacional que velará por que el mecanismo sea imparcial y por que las disposiciones de la convención incluyan reglas objetivas y de procedimiento que deba aplicar el mecanismo para garantizar la transparencia y satisfacer las expectativas, a fin de evitar los defectos que han podido detectarse en el funcionamiento de los órganos que se ocupan actualmente del arbitraje electrónico.

17. En lo que respecta a los mecanismos comerciales internacionales, no creemos que se justifique excluir algunos mecanismos que desempeñan un papel fundamental en el comercio internacional. A nuestro modo de ver, es lógico que esos mecanismos deban ser rápidos y rentables, y esto lo posibilitan las comunicaciones electrónicas, especialmente dado que la mayoría de esos mecanismos gozan de especial aceptación por parte de los comerciantes en diversos medios de comunicación y que el derecho mercantil internacional siempre ha realizado esfuerzos pioneros por aceptar modalidades de comercio innovadoras o no oficiales.

Artículo 3. Autonomía de las partes

18. Como es natural, lógico y acertado, el proyecto de convención deja a las partes contratantes en libertad de elegir entre aplicar la totalidad, parte o ninguna de las disposiciones de la convención. No nos extenderemos sobre este artículo, porque es indiscutible que esa libertad es importante y vital para el funcionamiento del comercio internacional.

Capítulo II. Disposiciones generales

Artículo 4. Definiciones

19. Como suele suceder en las convenciones modernas, especialmente en las que tratan de adelantos tecnológicos, el proyecto ha dedicado este artículo a definiciones que explican el significado de cada uno de los términos siguientes: "comunicación", "comunicación electrónica", "mensaje de datos", "iniciador", "destinatario", "sistema de información", "sistema automatizado de mensajes" y "establecimiento".

20. Desearíamos señalar que todos los modernos medios de comunicación, tanto los menos recientes como los más nuevos, deben quedar abarcados en el ámbito de la convención, dejando también abierta la posibilidad de incorporar medios de comunicación de esa índole que puedan surgir en el futuro.

21. Existe otro punto importante, a saber, el hecho de excluir a los intermediarios en las comunicaciones electrónicas cuando se trata de determinar quién es el iniciador y quién el destinatario, y ello responde a la necesidad de prevenir toda confusión o interferencia en lo que respecta a la responsabilidad.

22. Por último, "establecimiento" se ha definido como todo "lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar".

Artículo 5. Interpretación

23. En este artículo se establece que las disposiciones de la convención se interpretarán teniendo en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y velar por la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

24. En el caso de que la convención no se pronuncie expresamente sobre determinada cuestión, el artículo establece que esa cuestión se dirimirá de conformidad con los principios generales en los que se inspira el régimen de la convención o, en su defecto, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Artículo 6. Ubicación de las partes

25. En el proyecto se establece que se presumirá que el establecimiento de una parte está en el lugar por ella indicado, y se establece asimismo que corresponderá a la otra parte probar lo contrario.

26. En relación con este artículo, el Grupo de Trabajo, se preguntó en qué medida resultaba útil especificar que lo que se entiende por “establecimiento” debe estar en consonancia con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 6. No vemos ninguna necesidad de ello.

27. Si existe más de un establecimiento, el proyecto establece como norma que el establecimiento será el que tenga la relación más estrecha con el contrato pertinente, habida cuenta de las circunstancias conocidas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o al concluirse éste.

28. Si una persona física no tiene establecimiento, el proyecto establece que se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

29. De una manera coherente con el enfoque relativo a la naturaleza de las comunicaciones modernas, en el proyecto se excluyó, al definir el establecimiento, el lugar en el que están situados los sistemas de información y también el lugar en el que pueden instalarse.

30. Teniendo en cuenta una vez más la naturaleza especial de esos medios de comunicación, en el proyecto se establece que el hecho de que una de las partes posea un nombre de dominio o un sistema de correo electrónico que esté vinculado con determinado país y sea la única conexión con el establecimiento de esa parte no crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en dicho país.

Artículo 7. Requisitos de información

31. Este artículo se refiere al hecho de que nada de lo dispuesto en la convención afectará a la aplicación de norma jurídica alguna en virtud de la cual las partes deban revelar su identidad o la ubicación de su establecimiento, ni eximirá de consecuencias jurídicas a una parte que haya hecho a este respecto declaraciones inexactas o falsas.

Capítulo III. Utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

Artículo 8. Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas

32. En el artículo 8 se otorga reconocimiento al contrato electrónico, estableciendo que no puede negarse su validez por la sola razón de que esté en forma de comunicación electrónica, y se pone de relieve el hecho de que su utilización o aceptación están vinculadas a la voluntad de las partes.

33. En relación con este artículo, el Grupo de Trabajo se preguntó si podría resultar conveniente añadir una frase relativa a los contratos que sean el resultado del intercambio de comunicaciones modernas (además de mencionar los contratos que están en forma de comunicación electrónica). Estimamos que la incorporación de una frase de esa índole sería útil para la formulación.

Artículo 9. Requisitos de forma

34. Continuando con el enfoque adoptado en el sentido de no limitarse a una tecnología específica, en el proyecto de convención no se impuso ninguna condición que obligara a que la comunicación o el contrato tuvieran que hacerse de alguna forma particular, pero se requirió que se otorgara la misma credibilidad a una comunicación electrónica que a una comunicación escrita, y que la información consignada en el texto de la comunicación electrónica fuese accesible para su ulterior consulta. Cuando se requiera que la comunicación o el contrato lleven una firma o que el original del documento se conserve, el proyecto estima que la versión electrónica del documento cumple esos requisitos si se ajusta a una serie de condiciones y garantías establecidas en el artículo.

Artículo 10. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas

35. Cabe confirmar que el enfoque adoptado en el proyecto con respecto a este artículo es acertado y lógico y tiene en cuenta la naturaleza de las comunicaciones electrónicas:

a) En el proyecto se establece que la comunicación electrónica se tendrá por expedida en el momento en que salga del sistema de información del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste; de lo contrario, se tendrá por expedida en el momento en que se reciba;

b) En cuanto al momento en que la comunicación electrónica se tendrá por recibida, el proyecto ha estimado que es aquel en que pueda ser recuperada por el destinatario (se considera que el mensaje es recuperable cuando llega a la dirección electrónica del destinatario) en la dirección electrónica que él haya designado. Si la comunicación llega al destinatario en otra dirección electrónica, esa comunicación se tendrá por recibida en el momento en que el destinatario tenga conocimiento de que le ha sido enviada a dicha dirección.

36. En el proyecto se considera que la comunicación se tendrá por expedida en el lugar en que el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar en que el destinatario tenga el suyo, y a este respecto no se considera importante que el sistema de información esté ubicado en otro lugar. En el proyecto se incluyó esta disposición de control a fin de evitar presunciones que podrían crearse debido a la

posibilidad de tener acceso a sistemas de información desde cualquier parte del mundo si existen las comunicaciones electrónicas apropiadas. Esta posibilidad plantea controversias tanto en lo que respecta al derecho aplicable como a la autoridad judicial competente.

Artículo 11. Invitaciones para presentar ofertas

37. Las características singulares de los negocios electrónicos han determinado la necesidad de que en las páginas de presentación de los sitios electrónicos figuren anuncios y propuestas para concluir contratos. La cuestión de si esos anuncios son propuestas de celebrar un contrato o meras invitaciones a presentar ofertas ha dado lugar a discusiones. Si se consideran propuestas de celebrar un contrato, la responsabilidad de las empresas y sociedades será ilimitada, especialmente cuando existan una serie de restricciones relacionadas con algunos tipos de bienes o con la edad, la nacionalidad o el lugar de residencia del comprador (por ejemplo, cuando los bienes son de un valor limitado, una empresa tal vez no tenga objeciones para entregarlos sin cargo en determinada zona geográfica, mientras que en otra zona más alejada esto podría representar una gran pérdida para esa empresa).

38. El proyecto ha evitado por lo tanto estos problemas estimando que esos anuncios y páginas de presentación de sitios electrónicos constituyen meras invitaciones a presentar ofertas.

Artículo 12. Empleo de sistemas automatizados de mensajes para la formación de un contrato

39. En este artículo, el proyecto ha acompañado el espíritu de los tiempos confirmando que no puede negarse validez a los contratos que se hayan formado por la interacción entre un sistema automatizado de mensajes y una persona física, independientemente de que el contrato se celebre entre una persona física y un sistema o entre un sistema y otro sistema.

Artículo 13. Disponibilidad de las condiciones contractuales

40. Este artículo ha garantizado la aplicación de toda disposición jurídica conforme a la cual sea necesario que una parte ponga a disposición de la otra las condiciones del contrato, y que no se exima a esa parte de las consecuencias jurídicas de no haberlo hecho.

Artículo 14. Error en las comunicaciones electrónicas

41. Con miras a evitar cualesquiera errores que puedan ocurrir en la contratación electrónica, el proyecto ha tenido en cuenta esta posibilidad permitiendo que la parte que ha cometido un error en una comunicación electrónica lo corrija, cuando el sistema no brinde a la persona iniciadora la oportunidad de corregir el error. El proyecto impone por lo tanto la condición de que esa parte, tan pronto como se percate de que el error se ha producido, notifique en primer lugar a la otra parte lo antes posible, y en segundo lugar, adopte medidas razonables a fin de devolver los bienes o servicios recibidos o destruir los bienes y servicios sin haber obtenido ningún provecho material de ellos. Encomiamos este enfoque legislativo, y nos detenemos en el aspecto relacionado con la “destrucción” a la que se hace mención en el artículo. Nos sorprende este salto ocasionado por las comunicaciones

electrónicas, según el cual la destrucción de un bien entregado electrónicamente se propone como alternativa a la recuperación de ese bien.

Capítulo IV. Disposiciones finales

42. En los artículos 15 a 23 de este capítulo figuran disposiciones relacionadas con el depositario, la firma, la ratificación, la aceptación, la participación de organizaciones regionales de integración económica, la aplicación a las unidades territoriales, las declaraciones sobre el ámbito de aplicación, las comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales, el procedimiento y los efectos de las declaraciones, las reservas, las enmiendas, la entrada en vigor, las disposiciones transitorias y la denuncia.

A/CN.9/578/Add.1 [Original: Español]

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

Índice

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

2. España

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

2. España

[Original: Español]
[9 de marzo de 2005]

1. Artículo 1.1: Procede aceptar la sugerencia de la Secretaría en el sentido de incluir en el ámbito de aplicación el término acuerdo junto al de contrato.

2. Artículo 4.c): Contiene la definición de "mensaje de datos". Si se pretende recoger literalmente la definición contenida en la Ley Modelo sobre comercio electrónico, el texto del proyecto es fiel a la versión en inglés, pero no a la versión original en español que contiene el término "comunicada" que no existe en la versión en inglés.

3. Artículo 6.2: Ubicación de las partes. Siguiendo la pauta indicada por la Secretaría, sería conveniente suprimir el texto entre corchetes, ya que el propio supuesto de hecho de la norma (cuando una parte no ha indicado un establecimiento) excluye la posibilidad de la previsión contenida dentro de los corchetes.

4. Artículo 6.3: Ubicación de las partes. Se dice que si una persona física no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual. En lugar de "se tendrá en cuenta" quizás desde un punto de vista técnico jurídico sea más preciso decir "se considerará como tal". No se trata tanto de "tener en cuenta" cuanto de establecer que en tal supuesto se considera como establecimiento la residencia habitual.

5. Artículo 9.6: Exclusión de aplicación de la convención en relación con los originales de las cartas de crédito y garantías bancarias. Esta exclusión específica situada en el artículo 9 debe desaparecer. Como se establece en la nota de la Secretaría, si un Estado quiere establecer esta excepción puede hacerlo por la vía del artículo 18.2. En último extremo, si se quisiera establecer una exclusión general, debería ir en el artículo 2 (exclusiones) al modo como sucede en el apartado 2 de dicho artículo con las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, etc.

El apartado 6, que está entre corchetes, resulta contradictorio con el planteamiento general de la convención: ámbito de aplicación muy amplio (art. 1.1) y posibilidades de exclusiones por parte de los Estados (art. 18.2). Las exclusiones preestablecidas con carácter general en la propia convención (art. 2) han quedado reducidas al mínimo y por razones muy determinantes en cada caso.

6. Artículo 19 bis: Procedimiento para enmendar el párrafo 1 del artículo 19. Es un precepto redundante y, por tanto, innecesario. Su contenido se encuentra ya incluido en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 19 y en el artículo 22 (Enmiendas).

7. Presentación de instrumentos “por escrito” al depositario (artículos 20.2 y 4, 25.1). Quizá conviniese decir de forma explícita en el comentario que, a pesar de estar establecido el requisito de “por escrito” en esta convención, que acoge la sustitución del papel por soportes electrónicos, en esos casos las declaraciones “por escrito” han de hacerse en papel, no aplicándose el principio de equivalencia funcional consagrado en el artículo 9.2.

8. Artículo 22: Enmiendas. Es preferible la variante B por ser más completa.

A/CN.9/578/Add.2

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

Índice

II. Recopilación de observaciones

B. Organizaciones intergubernamentales

1. Consejo de Europa

II. Recopilación de observaciones

B. Organizaciones intergubernamentales

1. Consejo de Europa

[Original: inglés]
[26 de febrero de 2005]

Nos felicitamos de la labor que lleva a cabo la CNUDMI en la esfera del comercio electrónico, que está, sin duda, al servicio de la meta de "facilitar el progreso económico y social", que constituye uno de los objetivos enunciados en el estatuto del Consejo de Europa.

La revolución tecnológica ha multiplicado, no obstante, las oportunidades para perpetrar ciertos actos de fraude que constituyen un delito económico, como sería el caso de todo acto fraudulento perpetrado, por ejemplo, mediante el uso indebido de una tarjeta de crédito. Ciertos activos financieros consignados sobre algún soporte electrónico o administrados por alguna vía informática (los fondos o depósitos electrónicos de dinero) se han convertido en el objetivo de diversas tentativas de manipulación, al igual que toda otra forma de bienes. Estos delitos se perpetran principalmente mediante la introducción de datos manipulados, es decir incorrectos, en la computadora o soporte informático de los datos, o mediante manipulaciones de los programas informáticos utilizados o toda otra interferencia indebida en el curso del procesamiento de los datos.

Deseamos, por ello, señalar a su atención la existencia de un Convenio del Consejo de Europa sobre el Delito Cibernético (ETS Nº 185) que fue abierto a la firma en Budapest, en noviembre de 2001, y que entró en vigor en julio de 2004. Este Convenio ha sido hasta la fecha ratificado por nueve Estados y firmado

por 32 Estados (de Europa y de fuera de Europa). Cabe prever que un mayor número de Estados pasarán a ser Partes en este Convenio en un próximo futuro.

El Convenio sobre el Delito Cibernético contiene, en particular, una disposición (su artículo 8) destinada a tipificar como delito toda manipulación indebida perpetrada, en el curso de una operación de procesamiento de datos, con la intención de efectuar una transferencia ilícita de bienes. Toda manipulación informática fraudulenta está tipificada como delito en la medida en que ocasione directamente una pérdida posesoria o económica en el patrimonio de alguna persona y siempre que el autor de la manipulación haya actuado con la intención de obtener una ganancia económica ilícita para sí mismo o para alguna otra persona.

Agradeceríamos, por ello, que en el curso ulterior de la negociación del proyecto de convención de la CNUDMI sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, se tenga debidamente en cuenta la existencia de este importante tratado del Consejo de Europa[1] que puede llegar a ser de ámbito mundial, al haberse invitado, en principio, a todos los países a entrar a ser partes en el mismo.

[1] El texto de este Convenio, de origen europeo, está disponible en francés, inglés y ruso en http://conventions.coe.int/.

A/CN.9/578/Add.3 [Original: ruso]

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

Índice

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

1. Belarús

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

1. Belarús

[Original: ruso]
[14 de abril de 2005]

En el artículo 4, "Definiciones", a fin de evitar incoherencias en documentos jurídicos y técnicos, se propone utilizar los términos y definiciones establecidos en las siguientes normas internacionales:

- ISO/IEC 2382. Tecnología de la información-Vocabulario-Parte 01: Términos fundamentales. 01.01.02. **Datos**: representación reinterpretable de información con arreglo a una forma adecuada para su comunicación, interpretación o procesamiento;
- [Enunciar la Norma 24402-88. Mensaje de datos (mensaje): datos que tienen un contenido semántico y son adecuados para su procesamiento o utilización por un usuario de un sistema de procesamiento de datos o de una red informática a distancia];
- ISO/IEC 2382. Tecnología de la información-Vocabulario-Parte 01: Términos fundamentales. 01.01.22. Sistema de información: sistema de procesamiento de información, juntamente con los recursos orgánicos correspondientes como recursos humanos, técnicos y financieros, que suministra y difunde información.

[Este párrafo es solamente aplicable a la versión rusa del texto.]

Se propone el siguiente enunciado del párrafo 2 del artículo 10: “El momento de recepción de una comunicación electrónica es aquel en que ésta se convierte en susceptible de ser recuperada en estado inalterado por el destinatario en una dirección electrónica”.

Para aclarar esta última propuesta cabe considerar la siguiente situación hipotética. Es posible que una comunicación sea recibida físicamente por el destinatario, es decir que llegue al servidor de la dirección electrónica en cuestión. Ahora bien, puede ser imposible leerla por una serie de razones, concretamente, la codificación puede ser incompatible o estar corrompido el mensaje.

A/CN.9/578/Add.4 [Original: chino]

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

Índice

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

3. China

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

3. China

[Original: chino]
[14 de abril de 2005]

Observaciones del Gobierno chino acerca del proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

El Gobierno chino,

Observando que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (denominada en adelante en el presente documento "la Comisión"), establecida en 1966, recibió de la Asamblea General el mandato de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional,

Reconociendo los esfuerzos realizados por la Comisión a lo largo de los años para eliminar los obstáculos al comercio electrónico contenidos en las leyes vigentes, en particular instaurando la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico en 1996 y la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas en 2001,

Observando que, a partir de 2002, el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico (denominado en adelante en el presente documento "el Grupo de Trabajo") llevó a cabo en sus períodos de sesiones 39º, 40º, 41º, 42º, 43º y 44º, extensas y profundas deliberaciones sobre un proyecto de convención relativo a la contratación electrónica, examinó y aprobó los artículos 1 a 14, 18 y 19, y realizó intercambios preliminares de opiniones sobre otros artículos,

Considerando que una convención que rija ciertos aspectos jurídicos del comercio electrónico como las comunicaciones electrónicas contribuirá a aumentar la seguridad jurídica de los contratos internacionales, impulsando así el crecimiento del comercio internacional en bien de los pueblos de todas las naciones,

Formula por la presente las opiniones y sugerencias siguientes relativas al proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (denominado en adelante en el presente documento "el proyecto de convención") (A/CN.9/577):

I. Estimamos que el proyecto de convención, en líneas generales, ha alcanzado considerable madurez y merece nuestro respaldo, en razón de que dicho proyecto

- Rige sólo las comunicaciones electrónicas entre las partes cuyos establecimientos están situados en diferentes Estados evitando así, en la medida de lo posible, interferencias en la legislación interna de los Estados Parte (art. 1);
- Reconoce explícitamente el principio de autonomía de las partes en derecho privado (art. 3);
- Tiene plenamente en cuenta la naturaleza del derecho privado a la que pertenece el instrumento de la Comisión, evitando así disposiciones de carácter regulador (arts. 7 y 13);
- Rige sólo la cuestión específica concerniente al uso de las comunicaciones electrónicas para la formación y cumplimiento de un contrato, sin incidir en asuntos tan sustantivos en derecho general de los contratos como la validez de un contrato y los derechos y obligaciones de las partes en el mismo, evitando así en gran medida el riesgo de crear un sistema dual en derecho general de los contratos;
- Está en general en armonía con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (apartado a) del párr. 1 del art. 2 y art. 5) y se ajusta a las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas de la Comisión, en particular a los principios de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica (arts. 8 y 9), con disposiciones incluso mejores en algunos aspectos (art. 10).

II. Tras un atento estudio y amplias consultas con los expertos nacionales, quisiéramos hacer algunas sugerencias sobre ciertos artículos del proyecto de convención:

1. Preámbulo

Dado que el Grupo de Trabajo no ha celebrado hasta ahora deliberaciones completas y minuciosas sobre el preámbulo del proyecto de convención, sugerimos que, en su próximo período de sesiones, la Comisión lo examine y apruebe abordándolo frase por frase.

Cabe señalar en especial que, a juzgar por las disposiciones sobre el ámbito de aplicación contenidas en sus artículos 1 y 19, el proyecto de convención tiene un dilatado ámbito de aplicación ya que se aplica automáticamente al empleo de

comunicaciones electrónicas en relación con contrato internacional no regido por una convención internacional vigente, y es también aplicable, a tenor del artículo 19, al empleo de comunicaciones electrónicas en relación con un contrato regido por otras convenciones internacionales; sin embargo, **las menciones de "comercio" o "comercio internacional" que figuran reiteradamente en el preámbulo darán fácilmente la impresión de que la presente Convención es sólo aplicable a los contratos de comercio internacional o a los contratos relacionados con dicho comercio. Por tanto, la Comisión podría considerar la necesidad de revisar esos términos.**

2. Artículo 1, relativo al ámbito de aplicación

i) El Grupo de Trabajo reconoce acertadamente que el empleo de comunicaciones electrónicas no se limita a la formación de un contrato; es también de aplicación cuando se trata del ejercicio de diversos derechos dimanantes de un contrato (por ejemplo la notificación sobre la recepción de mercaderías, la indemnización y la rescisión de un contrato) e incluso de su cumplimiento[1]. En el Grupo de Trabajo se señaló que el término "formación" del párrafo 1 se utilizaba en sentido amplio, abarcando todas las etapas de la contratación desde la negociación hasta la invitación para presentar ofertas[2]. **Quisiéramos señalar a la atención de la Comisión dos preguntas: si la frase "en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato" que figura en el párrafo 1 expresa de manera apropiada la intención del Grupo de Trabajo, y si la frase abarca, por ejemplo, los casos de "notificación de la recepción de las mercaderías", "notificación de demanda de indemnización" y "notificación de rescisión del contrato". Además, también es probable que las comunicaciones electrónicas se utilicen cuando hay una modificación y una cesión de contrato. Dada la importancia del ámbito de aplicación de la Convención, sugerimos que la Comisión aclare en forma apropiada (por ejemplo, insertando notas o comentarios al proyecto de convención), si la frase citada más arriba abarca todos esos casos.**

ii) En cuanto a la propuesta de la Secretaría de la Comisión de introducir las palabras "o acuerdo" tras la palabra "contrato" del párrafo 1, consideramos que la formulación del párrafo 1 debería quedar tal como está en la actualidad, ya que, en algunos países, el término "acuerdo" es un extenso concepto con amplios significados, que rebasa incluso a veces el campo del derecho. En este contexto, la Comisión podría explicar, en una nota o comentario al proyecto de convención, el significado del término "contrato" tal como se utiliza en el proyecto.

3. Artículo 6, relativo a ubicación de las partes

Aunque el Grupo de Trabajo examinó el texto de este artículo en sus períodos de sesiones 39º, 41º y 44º, hemos observado que hasta ahora no ha habido deliberación acerca de su título (Ubicación de las partes).

Dado que la finalidad del artículo es establecer ciertas normas mediante las cuales las partes puedan identificar el respectivo **establecimiento** a fin de determinar la

---

[1] Véase el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 39º período de sesiones (A/CN.9/509), párr. 35.

[2] Véase el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 44º período de sesiones (A/CN.9/571), párr. 15.

naturaleza internacional o nacional de una operación así como el lugar de expedición y recepción de comunicaciones electrónicas, **tal vez la Comisión estime oportuno cambiar el título por el de "Establecimiento de las partes".**

4. Artículo 9, relativo a requisitos de forma

Por lo que nosotros sabemos, había dos variantes del párrafo 3. Una basada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y la otra, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas. Tras la correspondiente deliberación, el Grupo de Trabajo aprobó finalmente la primera[3].

Opinamos que, **en comparación con el artículo 7 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, el artículo 6 de la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas puede aumentar apreciablemente la seguridad jurídica por cuanto establece normas bien detalladas para determinar la fiabilidad de una firma electrónica. Asimismo, en los últimos años, la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas ha tenido ya repercusiones importantes en buen número de países que establecen leyes sobre el comercio electrónico. Por consiguiente, sugerimos utilizar el artículo 6 de la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas como base para una nueva formulación del párrafo 3.**

5. Artículo 11, relativo a invitaciones para presentar ofertas

Recordamos que el Grupo de Trabajo dio aclaraciones acerca del significado de "aplicaciones interactivas"[4]. **Sugerimos que la Comisión aclare este significado de forma adecuada (por ejemplo, insertando notas o comentarios al proyecto de convención).**

6. Artículo 14, relativo a error en las comunicaciones electrónicas

El texto actual suscitó una fuerte oposición[5]. Quisiéramos señalar a la atención de la Comisión que el texto actual, que ha sido objeto de muchas modificaciones, posiblemente suscite aún los siguientes problemas que ya se señalaron[6]:

i. Prescribir normas sobre cuestiones tan complejas como las relativas a faltas y errores puede interferir en los principios establecidos del derecho general de los contratos;

ii. Este proyecto de artículo es una disposición que responde más a las necesidades de protección del consumidor que a las necesidades reales en materia de operaciones comerciales;

---

[3] Véase el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 39º período de sesiones (A/CN.9/509), párrs. 118 a 121, y el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 42º período de sesiones (A/CN.9/546), párrs. 54 a 57.

[4] Véase el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 42º período de sesiones (A/CN.9/546), párr. 114.

[5] Véase el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 43º período de sesiones (A/CN.9/548), párrs. 15 y 16 así como el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 44º período de sesiones (A/CN.9/571), párr. 185.

[6] Véase el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 44º período de sesiones (A/CN.9/571), párr. 185.

iii. Una disposición que permita retirar la comunicación por errores al introducir los datos originará serias dificultades al tribunal que entienda en el asunto.

Recordamos también que, en las dos variantes que examinó el Grupo de Trabajo en su 43º período de sesiones, la consecuencia de errores en las comunicaciones electrónicas se expresa estipulando que "el contrato ... no surtirá efecto alguno ni será ejecutorio"[7]. A este respecto, en ese período de sesiones se sugirió que esas consecuencias deberían referirse únicamente a la necesidad de anular los efectos de los errores contenidos en el mensaje de datos, sin afectar automáticamente a la validez del contrato[8]. En el texto enmendado presentado por la Secretaría al Grupo de Trabajo en su 44º período de sesiones, se dice que " ... tendrá el derecho a retirar la comunicación electrónica en que se cometió el error"[9]. En su 44º período de sesiones, el Grupo de Trabajo debatió la cuestión de si procedía sustituir la palabra "retirar" por "corregir" o si procedía enmendarla de forma que dijera "retirar total o parcialmente", y llegó finalmente a la decisión de mantener la palabra "retirar".

Quisiéramos señalar a la atención de la Comisión que, en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (artículos 15 y 16) así como en las leyes nacionales de buen número de países, se distingue entre las palabras "retirar" y "revocar". En el caso de una oferta, la palabra "retirar" significa la anulación de la oferta antes de que llegue a su destinatario para privarla de todo efecto legal desde el principio mismo, mientras que la palabra "revocar" se usa para significar la anulación de una oferta después de haber llegado a su destinatario pero antes de la formación del contrato, para invalidar retroactivamente la oferta que ya ha cobrado efecto. **Tal vez la Comisión considere necesario reemplazar en el párrafo 1 del artículo 14 de la Convención la palabra "retirar" por "revocar".**

---

[7] Véase el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 43º período de sesiones (A/CN.9/548), párr. 14.

[8] Véase el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 43º período de sesiones (A/CN.9/548), párr. 19.

[9] Véase el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 44º período de sesiones (A/CN.9/571), párr. 182.

A/CN.9/578/Add.5

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

Índice

II. Recopilación de observaciones

B. Organizaciones intergubernamentales

1. Consejo de Europa

2. Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos

II. Recopilación de observaciones

B. Organizaciones intergubernamentales

1. Comisión Europea

[Original: inglés]
[14 de abril de 2005]

1. Habiendo tomado en consideración el *acquis communautaire*, en especial la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), los servicios de la Comisión desearían proponer que se insertara en la Convención una nueva disposición, consistente en una "cláusula de desconexión", que tendría por objeto asegurar que las medidas nacionales adoptadas por los Estados miembros de la Comunidad Europea en sus relaciones mutuas no pudieran entrar en ningún caso en conflicto con el derecho vigente o futuro de la Comunidad Europea.

El tenor de esa "cláusula de desconexión", que se insertaría posiblemente como párrafo 4 del artículo 1 del proyecto de convención, podría ser el siguiente:

"En sus relaciones mutuas, las partes que son miembros de la Comunidad Europea aplicarán las normas de la Comunidad y por consiguiente no aplicarán las disposiciones emanadas de la presente Convención, excepto en la medida en que no exista ninguna norma comunitaria que rija la cuestión particular de que se trate y sea aplicable al caso."

2. Los servicios de la Comisión desearían subrayar la importancia de mantener el artículo 16 bis sobre participación de organizaciones regionales de integración económica a fin de permitir una participación más amplia en la Convención. Una cláusula de esa índole enviaría también una señal positiva al mundo exterior en lo que respecta a la importancia de la presente Convención sobre el comercio electrónico.

3. Los servicios de la Comisión desearían reservarse el derecho de formular observaciones más detalladas en el período de sesiones de julio.

2. Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos

[Original: inglés]
[5 de abril de 2005]

El texto del apartado b) del párrafo 4 del artículo 9 podría enmendarse de la siguiente manera:

"b) Si la información puede **conservarse y** exhibirse a la persona a la que se ha de presentar."

Esta sugerencia tiene por objeto eliminar el comienzo de la oración para armonizar la presentación con la del apartado a) del párrafo 4 del artículo 9. También se propone abordar la cuestión de la **conservación** de un contrato en su forma original, que se menciona en el párrafo 4 junto con la de la presentación, pero que no figura en la redacción actual del apartado b) del párrafo 4.

A/CN.9/578/Add.6

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

Índice

II. Recopilación de observaciones

B. Organizaciones intergubernamentales

1. Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

---

II. Recopilación de observaciones

B. Organizaciones intergubernamentales

1. Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

[Original: inglés]
[14 de abril de 2005]

I. Cuestiones de derecho internacional privado

A la luz del mandato de la Conferencia de La Haya de "trabajar en pos de la unificación de las reglas de derecho internacional privado", la Mesa Permanente ha examinado con detención las referencias al derecho internacional privado contenidas en el proyecto de Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (en adelante "Convención sobre Contratos Electrónicos") y la nota de la secretaría (A/CN.9/577/Add.1; en adelante, "Nota").

La Convención será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados (artículo 1 1)). No se exige que ambas partes estén situadas en Estados Contratantes (Nota, párrafo 28).

En las observaciones que siguen se supone que existe un contrato comprendido en el ámbito de la Convención. Una de las partes entabla una demanda.

1. El tribunal que conoce de la demanda se encuentra en un Estado no Contratante

Una de las partes presenta la demanda a un tribunal de un **Estado no Contratante**. Al parecer, el Grupo de Trabajo de la CNUDMI quiso que el tribunal examinara las normas de derecho internacional privado del Estado en que estuviera situado, y que si esas normas designaban el derecho sustantivo de cualquier Estado Parte en la Convención sobre Contratación Electrónica, se aplicase ese derecho (véase Nota, párrafo 32), con independencia de que el Estado del tribunal que conociera no fuera parte en la Convención sobre Contratación Electrónica. Una parte del derecho sustantivo que habrá de aplicarse entonces será esa Convención. De conformidad con su artículo 1 1), la Convención se aplicará siempre que los establecimientos de las partes estén en distintos Estados.

2. El tribunal que conoce de la demanda se encuentra en un Estado Contratante

a) Si una de las partes presenta su demanda a un tribunal de un **Estado Contratante**, una posibilidad de llegar a la aplicación de la Convención será que ese tribunal examine igualmente las normas de derecho internacional privado del Estado en que esté situado. Si esas normas designan el derecho sustantivo de ese Estado o de cualquier otro Estado Parte en la Convención sobre Contratación Electrónica, se aplicará ese derecho (véase Nota, párrafo 32).

b) Sin embargo, otra posibilidad de que el tribunal de un **Estado Contratante** aplique la Convención parece ser -de forma análoga a la prevista en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa- que la Convención reclame su aplicación en todo asunto internacional (es decir, cuando las partes tengan sus establecimientos en distintos Estados), aun cuando se aplique la ley de un Estado no contratante. La Nota dice que así ocurre en el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y explica por qué se ha suprimido el requisito de que los establecimientos de las partes se encuentren en un **Estado Contratante** (párrafos 28 a 32). Por ello, cabe suponer que el resto sigue siendo válido. El mandato contenido en la Convención de aplicarla con independencia de la ley que (por otro concepto) sería aplicable sólo puede darse a un tribunal de un Estado Contratante. Si un Estado Contratante desea evitar tener que aplicar la Convención aun en los casos en que la ley aplicable sea la de un Estado no contratante, habrá de hacer una declaración, de conformidad con el apartado b) del párrafo 1 del artículo 18 de la Convención sobre Comercio Electrónico, en el sentido de que "sólo se aplicará la presente Convención (...) cuando las reglas de derecho internacional privado declaren aplicable la ley de un Estado Contratante". De esa forma, salvo en el caso de una declaración hecha en virtud de ese apartado, la Convención se aplicará a todos los asuntos internacionales (en el sentido del artículo 1 [1]) sin necesidad de basar esa aplicación en la del derecho sustantivo de un Estado Contratante.

3. Conclusión

Los párrafos 28 a 32, primera oración, de la Nota y la existencia del apartado b) del párrafo 1 del artículo 18 parecen confirmar que, a falta de esa declaración, la Convención sobre Contratación Electrónica se aplicará si: a) el propio Estado del foro es Parte en la Convención sobre Contratación Electrónica, con independencia de la *lex causae*, o b) cuando la ley designada por las normas de derecho internacional privado del foro sea la ley de un Estado Contratante (lo que sólo

resultará pertinente si el tribunal no se encuentra situado en un Estado Contratante). Sin embargo, entendemos que esa conclusión es incompatible con el párrafo 32 de la Nota, que dice: "Se reconoce que el régimen de la futura convención, tal como está formulado, será aplicable en los casos en que la ley de un Estado Contratante rija los tratos entre las partes, lo que se ha de determinar mediante las normas de derecho internacional privado del Estado del foro, a menos que las partes hayan elegido la ley aplicable de común acuerdo".

Lo que se dice en el párrafo 32 de la Nota es correcto en el caso de un tribunal de un Estado no Contratante, pero, a la luz del apartado b) del párrafo 1 del artículo 18 y de las explicaciones de la Nota relativas a la supresión del requisito de que las partes tengan su establecimiento en diferentes **Estados Contratantes**, parecería no ser correcto en el caso de un tribunal de un Estado Contratante. Este tribunal tendría que aplicar también la Convención si se aplicara la ley de un Estado no Contratante, siempre que las partes tuvieran su establecimiento en distintos Estados.

II. Ámbito de aplicación del proyecto de Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales y sus posibles efectos en los Convenios de La Haya

La Mesa Permanente ha realizado un estudio de todos los Convenios de La Haya existentes, con miras a determinar los requisitos de forma escrita que pudieran verse afectados por la Convención sobre Contratación Electrónica (véase la nota de Andrea Schulz y Nicola Timmins, "*The Effect of the UNCITRAL draft convention on Electronic Communications in International Contracts on the Hague Conventions*", Documento preliminar Nº 31, marzo de 2005, disponible en www.hcch.net, en el apartado "Work in Progress"- "General Affairs"). El estudio señaló un Convenio de La Haya que podría verse afectado por la Convención sobre Contratación Electrónica y que la "norma de equivalencia funcional" establecida en los párrafos 2 y 3 del artículo 9 podría ser incompatible con el espíritu de ese Convenio. Se trata del Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales. No resulta claro, sin embargo, si los contratos de régimen matrimonial a que se refiere este Convenio quedarían comprendidos en la Convención sobre Contratación Electrónica. Ello se debe a cierta ambigüedad en cuanto al ámbito de aplicación positiva de esta última y a las exclusiones explícitas de su ámbito.

1. Ámbito de aplicación positiva de la Convención sobre Contratación Electrónica

La Convención será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados (artículo 1 1)). Si una persona física no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual (artículo 6 3)). Ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o mercantil de las partes o del contrato se tendrán en cuenta a los efectos de determinar la aplicación de la Convención (artículo 1 3)).

Esto sugiere que, de conformidad con su artículo 1, la Convención se aplicará a toda clase de contratos, cualquiera que sea su objeto, excepto si ese objeto queda

excluido del ámbito de la Convención por su artículo 2. En consecuencia, un contrato de régimen matrimonial estaría incluido *per se*. En cambio, el párrafo 10 de la Nota dice: "La Comisión tomó nota, en particular, de la propuesta de que el Grupo de Trabajo no se limitara a examinar los contratos electrónicos, sino que se ocupara también de los contratos comerciales en general, independientemente de los medios utilizados para su negociación". Aunque esta declaración se centra en los medios de comunicación utilizados, parece basarse en la hipótesis de que la Convención se aplicaría únicamente a los contratos **comerciales**. El párrafo 58 de la Nota dice: "El Grupo de Trabajo espera que los Estados consideren útil el proyecto de convención para facilitar la aplicación de otros instrumentos internacionales **-fundamentalmente los relacionados con el comercio**." Esta otra autolimitación parece lógica a la luz del mandato de la CNUDMI, que es fomentar "la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional". Sin embargo, ni el texto del proyecto de Convención ni el párrafo 26 de la Nota recogen esa autolimitación. A fin de evitar cualquier duda (y cualquier confusión resultante con respecto a la necesidad de hacer una declaración en virtud del artículo 19, la Mesa Permanente preferiría que se hiciera una declaración clara en el informe explicativo, que aclarase que la Convención comprende sólo los contratos mercantiles o relacionados con el comercio.

2. Exclusiones del ámbito de la Convención

Estimamos que esa aclaración sería una alternativa válida a otra exclusión más en el artículo 2, relativa a los "contratos que se rijan por el derecho de familia o por el derecho de sucesiones". Sin esa aclaración al menos en el informe explicativo, la actual exclusión de los "contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos" del apartado a) del párrafo 1 del artículo 2 no bastará para evitar la confusión. Aunque ese texto podría utilizarse en principio para excluir los contratos sobre régimen matrimonial del ámbito de la Convención sobre Contratación Electrónica, por lo general el texto -utilizado inicialmente en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa- se entiende como relativo a los "contratos celebrados con consumidores" (véase el párrafo 33 de la Nota). En consecuencia, el párrafo 35 de la Nota se ocupa de los contratos de compra de mercancías, diciendo que el Grupo de Trabajo convino en que esos casos deberían quedar completamente excluidos del ámbito del proyecto de convención. En otras palabras, el estrecho ámbito positivo de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (compraventa de mercaderías) ha reducido también el significado de los "contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos" tal como se interpreta comúnmente[1].

3. Artículo 19

La Mesa Permanente aprecia que el complejo mecanismo de exclusión general (artículo 19 2) final), exclusión de convenios específicos (artículo 19 4)) y, tras una exclusión general, posibilidad de optar por convenios específicos (artículo 19 3)). Ese artículo ofrece flexibilidad a los Estados Partes en los Convenios, que quedan claramente dentro del ámbito de la Convención sobre Contratación Electrónica.

---

[1] Interpretación que incluye la de otras organizaciones internacionales, como la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (véase el artículo 2, párrafos 1 a) y 2 del anteproyecto de Convenio sobre los acuerdos exclusivos de elección de foro).

Sin embargo, en cuanto al Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales antes mencionado, el artículo no basta para garantizar que la Convención sobre Contratación Electrónica no se aplique, y podría llevar a una fragmentación en la aplicación de ese Convenio de La Haya que sería incompatible tanto con su letra como con su espíritu.

A/CN.9/578/Add.7

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

Índice

II. Recopilación de observaciones/

A. Estados

1. Letonia

2. Mauricio

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

1. Letonia

[Original: inglés]
[19 de abril de 2005]

1. Algunas disposiciones del proyecto de convención podrían resultar difíciles de conciliar con las disposiciones de la Directiva 2000/31/CE:

- El artículo 14 del proyecto de convención y el artículo 11 de la Directiva corren el riesgo de crear incoherencias entre las disposiciones comunitarias y la Convención. La obligación de prever medios de corregir los errores cuando éstos se cometen está probablemente más en consonancia con el objetivo de brindar mayor seguridad a los contratos electrónicos. Una cláusula de corrección *ex post facto* podría socavar la estabilidad de los contratos. En este contexto, vale la pena señalar que el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 procura multiplicar las posibilidades de validar la formación de un contrato a fin de evitar tácticas dilatorias por parte de partes que impugnen de manera fraudulenta la validez de un contrato a fin de evadir sus obligaciones sustantivas.

- En el artículo 5 de la Directiva se establece la obligatoriedad de proporcionar determinada información, requisito que se refuerza en lo que se refiere a las profesiones reguladas. Según el derecho comunitario, el artículo 7 de la Convención sería una simple cláusula de desconexión. Permitiría que las disposiciones de la Directiva se aplicaran al comercio

intracomunitario. Las partes exteriores a la Comunidad no estarían obligadas a proporcionar ninguna información a sus co-contratantes de la Comunidad.

- La definición de establecimiento es diferente y el lugar de establecimiento de las partes se basa en la presunción de la validez del lugar indicado por una parte. En lo que respecta al concepto de prestador de servicios establecido, la Directiva indica que debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Otros términos como "establecimiento" o "centro de operaciones no temporal" también podrían crear problemas en el marco del derecho comunitario.

- El principio de la autonomía de las partes está formulado de manera tal que facultaría a no tener en cuenta una disposición cualquiera de la Convención.

- La exclusión de determinados contratos no abarca la lista que figura en la Directiva y dependerá de las reservas que formule cada Estado.

2. Las variaciones considerables de un Estado a otro en cuanto al ámbito de aplicación de la Convención que permite el sistema de declaraciones y reservas podrían socavar la seguridad jurídica de los contratos electrónicos. La variabilidad del ámbito de aplicación del proyecto de convención podría constituir una fuente de inseguridad jurídica para el sector.

2. Mauricio

[Original: inglés]
[5 de abril de 2005]

a) En el artículo 4, en la definición de la expresión "sistema de información", se sugiere que se añada la palabra "exhibir" después de la palabra "archivar", tanto más cuanto que en el artículo 9 4. b) se prevé que la información debe poder exhibirse;

b) En el artículo 4, en la definición de la expresión "sistema automatizado de mensajes", la palabra "operaciones" resta claridad a la definición. No queda claro a qué "operaciones" se hace referencia;

c) En el párrafo 2 del artículo 6, la referencia al párrafo 1 no es necesaria, dado que remite a la **indicación** proporcionada por una parte sobre su establecimiento, mientras que el párrafo 2 trata del caso en que no se ha indicado establecimiento;

d) En el párrafo 1 del artículo 8, debe aclararse que **no se negará efecto jurídico** a una comunicación o a un contrato que estén en forma de comunicación electrónica. Por consiguiente, se sugiere que se añadan las palabras "efecto jurídico" inmediatamente después de las palabras "no se negará";

e) i) En el párrafo 1 del artículo 10, la Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de emplear la palabra "enviada" en lugar de la palabra "expedida";

ii) Además, no obstante los principios generales contenidos en el párrafo 1, las partes pueden convenir entre ellas cuáles son, a los efectos de la conclusión de un contrato por vía electrónica, el momento y el lugar del envío y de la recepción de la comunicación electrónica. Por consiguiente, se sugiere que en el párrafo 1 se añadan las palabras "salvo acuerdo en contrario entre el

iniciador y el destinatario," inmediatamente antes de las palabras "en el momento en que ...".

f) En el artículo 12, se sugiere que se añadan las palabras "efecto jurídico" inmediatamente después de las palabras "No se negará".

A/CN.9/578/Add.8

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

Índice

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

1. Alemania

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

1. Alemania

[Original: inglés]
[25 de abril de 2005]

1. La delegación de Alemania teme que la redacción actual del artículo 3 del proyecto de convención de la CNUDMI sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales dé a las partes la posibilidad de burlar los requisitos impuestos por el artículo 9 en lo que respecta a la forma electrónica. Además, el artículo 3 no debería aplicarse al artículo 18 y sigs. de la Convención para que sea posible excluir efectivamente ciertos asuntos del ámbito de la misma. Por consiguiente, la delegación alemana recomienda enmendar la redacción del artículo 3 del proyecto de convención como sigue:

"*Artículo 3. Autonomía de las partes*

Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o exceptuar o modificar los efectos de los artículos 10 a 14."

2. Apoyamos plenamente la disposición del párrafo 6 del artículo 9, cuyo debate no se ha finalizado por falta de tiempo. A fin de conseguir la mayor uniformidad posible en lo que se refiere a su alcance, la delegación alemana prefiere esta disposición en lugar de la sugerencia sustitutoria de una exclusión correspondiente de los asuntos a nivel nacional conforme al párrafo 2 del artículo 18 del proyecto de convención.

3. Sugerimos que en el párrafo 1 del artículo 14, el término "*retirar*" se sustituya por el de "*anular*". Ello tiene la ventaja de que puede integrarse más fácilmente en

los ordenamientos jurídicos nacionales. Además, la delegación de Alemania ve con aprensión las disposiciones de los apartados a) a c) del párrafo 1 del artículo 14. Tal vez el Grupo de Trabajo considere oportuno dejar los detalles sustantivos del derecho de anulación al criterio de los legisladores en el plano nacional. En caso de que el Grupo de Trabajo prefiera mantener las disposiciones detalladas relativas a los requisitos para ese derecho de anulación en el proyecto de convención, la delegación alemana considera necesarios los siguientes cambios y/o adiciones:

a) En el apartado a) del párrafo 1 del artículo 14, la expresión jurídica "*tan pronto como sea posible*", que es demasiado vaga, debería sustituirse por "*sin demora culposa*";

b) A juicio de la delegación alemana, también es necesario añadir el siguiente texto al párrafo 1 del artículo 14:

> "x) *Cabe suponer que la persona*, *o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, no habría expedido la comunicación electrónica estando en conocimiento de los hechos y con una apreciación sensata del caso,*"

El fin principal de este requisito suplementario es evitar que errores insignificantes o tal vez intencionados en la introducción de datos (por ejemplo introducir una suma de 100.000,10 euros en lugar de 100.000,00 euros) sean aprovechados abusivamente por la persona que los introduce para librarse después de afirmaciones de otro modo vinculantes (por ejemplo, la aceptación de una oferta de contrato) por existir otras razones que ya no hagan deseable la vinculación a esas afirmaciones (por ejemplo, tener posteriormente conocimiento de una oferta más económica). La seguridad jurídica del comercio resultaría notablemente menoscabada por un derecho de anulación irrestricto.

c) También proponemos que se suprima el apartado b) del párrafo 1 del artículo 14, del proyecto de convención. La delegación alemana estima que el derecho a anular la comunicación electrónica por error en la introducción de datos no debe supeditarse a que la persona que comete ese error haya adoptado medidas razonables para devolver o destruir los bienes o servicios recibidos. Dado que esto es una consecuencia más que una condición previa de la anulación, la cuestión debería dejarse al criterio de los legisladores a nivel nacional.

d) Asimismo, el artículo 14 debería enmendarse para incluir el siguiente texto:

> "*x) Se excluirá el derecho de anulación si han transcurrido dos años desde que se expidiera la comunicación electrónica.*"

Consideramos que, por razones de seguridad jurídica, el derecho de anulación debería estar sujeto a un plazo de vigencia.

e) Por último, veríamos con agrado una disposición en el artículo 14 que diera a los legisladores nacionales la posibilidad de prever demandas de indemnización en favor del receptor de una comunicación electrónica que confía en la efectividad de la comunicación, contra la persona que impugne la comunicación electrónica alegando un error en la introducción de datos.

A/CN.9/578/Add.9 [Original: español]

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

Índice

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

2. Argentina

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

2. Argentina

[Original: español]
[28 de abril de 2005]

1. El término "partes", que en el proyecto de convención sub examine es utilizado para referirse a los sujetos obligados por un contrato, podría confundirse con el concepto de "Partes", que en materia de derecho de los tratados se utiliza para referirse a los sujetos de derecho internacional obligados en un Tratado internacional. Por tal motivo resultaría conveniente referirse a las "partes en un contrato".

2. Tal como se menciona en las notas explicativas sobre el proyecto de convención, en el apartado D (Requisitos de forma):

"La autonomía de las partes no significaba que el proyecto de convención debiera facultar a éstas para anular los requisitos legislativos sobre la forma o la autenticación de los contratos y operaciones."

Se considera conveniente que el contenido de esta aclaración conste en el texto de la Convención, pudiendo introducirse en el artículo 3 o bien en el artículo 9.

3. Asimismo, en lo que respecta a la autonomía de la voluntad o principio de la libertad de formas, plasmado especialmente en el artículo 9 del mencionado Proyecto, entendemos como posible que un tribunal pudiera cuestionar la validez de

un contrato internacional si el método utilizado para acreditar su autoría e integridad y evitar su repudio, no fuera suficiente para probar el acto jurídico. El contrato celebrado a través de comunicaciones electrónicas es un documento digital que satisface el requisito de escritura y, adicionalmente, podría ser necesario probar su existencia a través de algún procedimiento de autenticación.

Sin embargo, a través de la lectura de los documentos aludidos más arriba, se recomienda no condicionar la validez de una comunicación electrónica al requisito de la firma electrónica. En este sentido, puede interpretarse que en el caso de no exigirse requisitos a los efectos de la forma del contrato, bastará entonces sólo una declaración idónea para que el acto produzca consecuencias jurídicas.

Pero el acuerdo de partes sobre este punto no podría dejar sin efecto la forma legal impuesta, lo que significa que las partes pueden someterse al principio de autonomía de voluntad de formas, cuando la ley nada establezca al respecto, o bien cuando las partes decidan no reforzar o aumentar los recaudos de forma, agregándoles otros, lo cual tendría valor y vincularía a las partes del contrato obligatoriamente.

Por lo expuesto, muchas operaciones podrían considerarse como no válidas si no fueran firmadas por las partes y muchas veces la falta de firma o la utilización de mecanismos débiles de comprobación de autoría e integridad, podría acarrear el repudio de la comunicación o contrato.

En este caso, entendemos que si estamos hablando de un contrato internacional es importante establecer un método confiable que identifique a quien envía una comunicación electrónica de tal manera que se pueda determinar con certeza que dicha comunicación provino del remitente.

Sin embargo, el proyecto sólo habla de utilizar algún método “fiable” según los fines para los que se generó la comunicación electrónica, lo cual puede llevar a confusiones puesto que si cada parte utiliza el método fiable que le parezca apropiado, esta diferencia implicará que la otra parte contratante pueda quedar sujeta a un régimen jurídico distinto con un nivel de protección que podría ser mayor o menor. La consecuencia lógica de lo expuesto es un posible aumento del nivel de incertidumbre jurídica entre las partes de un contrato y de imprevisibilidad comercial en los contratos internacionales.

Entendemos que el requisito de autenticación más fiable es la firma electrónica, por lo que no se debería flexibilizar el régimen favoreciendo otros métodos que resultaren menos confiables.

Por lo tanto, se sugiere reforzar la exigencia de autoría e integridad para evitar el repudio de una comunicación electrónica, reemplazando el párrafo 3 del artículo 9 por la siguiente redacción:

“Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una parte, o prevea consecuencias en el caso de que no se firme, este requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica si se utiliza una firma electrónica fiable para garantizar la autoría e integridad de la información contenida en dicha comunicación electrónica.

Una firma electrónica se considera fiable si cumple con las siguientes condiciones:

a) Si los datos de creación de la firma corresponden exclusivamente al firmante,

b) Si los datos de creación de la firma estaban en el momento de la firma, bajo su absoluto y exclusivo control,

c) Si dicha firma es pasible de verificación, y

d) Si es posible detectar cualquier alteración del contenido de la comunicación electrónica hecha después del momento de la firma."

A/CN.9/578/Add.10

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

Índice

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

8. Singapur

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

8. Singapur

[Original: inglés]
[16 de mayo de 2005]

Observaciones respecto del proyecto de convención de la CNUDMI sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

1. Singapur expresa su reconocimiento al Grupo de Trabajo IV por haber concluido su labor en el 44º período de sesiones y considera que la versión revisada del proyecto de convención (A/CN.9/577) constituye una buena base para que la Comisión pueda examinar y aprobar el proyecto.

2. En esta etapa, sólo deseamos plantear algunas cuestiones concretas que, a nuestro juicio, el Grupo de Trabajo IV no examinó cabalmente durante sus deliberaciones. Proponemos que la Comisión considere la posibilidad de:

a) Enmendar el apartado a) del párrafo 3 del artículo 9 del proyecto de convención (A/CN.9/577) a fin de reconocer que a veces la ley exige firmas electrónicas con el único propósito de identificar a la persona que firma ("el firmante") y de establecer un vínculo entre la información y el firmante, pero no forzosamente para indicar que el firmante "aprueba" la información que figura en la comunicación electrónica;

b) Eliminar el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9 del proyecto de convención (A/CN.9/577), para lograr la equivalencia funcional entre las firmas manuscritas y las firmas electrónicas, y evitar las dificultades imprevistas que crearía el "requisito de fiabilidad" general contenido en ese apartado.

Cuestiones relacionadas con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 9

3. En el apartado a) del párrafo 3 del artículo 9 se enuncian los criterios generales de equivalencia funcional entre las firmas manuscritas y las firmas electrónicas[1]. Conforme a ese apartado, sólo una firma electrónica que cumple la función de identificar a la parte, *así como* la función de indicar que ésta aprueba la información consignada en la comunicación electrónica, satisface el requisito legal de firma en el caso de una comunicación electrónica[2].

4. Sin embargo, puede haber casos en que la ley exige una firma que no tiene por función indicar que el firmante aprueba la información consignada en la comunicación electrónica. Por ejemplo, en muchos países la ley exige la legalización de un documento por un notario o una declaración jurada de un fedatario público. En tales casos, el propósito de la ley no es exigir que el notario o el fedatario público, al firmar, indiquen que aprueban la información que figura en la comunicación electrónica. La firma del notario o el fedatario sirven simplemente para identificarlos y establecer un vínculo entre ellos y el contenido del documento, pero no indica que el notario o el fedatario aprueben la información consignada en el documento. Del mismo modo, puede haber leyes que exijan que un documento se redacte en presencia de un testigo, al que se puede exigir que ponga su firma en ese documento. La firma del testigo sólo identifica a ese testigo y establece un vínculo entre él y el contenido del documento hecho en su presencia, pero no indica que apruebe la información que figura en el documento.

5. El doble requisito que se impone en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 9 se impediría que las firmas electrónicas satisficieran el requisito legal de firma en los casos en que estas firmas no pudieran cumplir la función de indicar aprobación del contenido de la comunicación electrónica.

6. Para que las firmas electrónicas que no tienen por función de indicar que el firmante aprueba la información consignada en la comunicación electrónica

---

[1] El apartado a) del párrafo 3 del artículo 9 se basa en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996, que dice lo siguiente:

1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y

b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

[2] Conviene señalar que, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 9, que se inspira en el párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la mera firma de una comunicación electrónica mediante un equivalente funcional de una firma manuscrita no basta de por sí para dar validez jurídica al mensaje de datos. La cuestión de saber si una comunicación electrónica que cumplía el requisito de firma tiene o no validez jurídica se determinará conforme a la ley aplicable al margen del proyecto de convención. Véase el párrafo 61 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996).

satisfagan también el requisito legal de firma, proponemos que el apartado a) del párrafo 3 del artículo 9 se modifique para que diga así:

> "a) Si se utiliza algún método para identificar a esa parte y establecer un vínculo entre ella y la información consignada en la comunicación electrónica, y si procede habida cuenta de ese requisito legal, para indicar que esa parte aprueba la información consignada en la comunicación electrónica; y."

7. La cláusula "*Si se utiliza algún método para identificar a esa parte y establecer un vínculo entre ella y la información consignada en la comunicación electrónica"* representa los requisitos funcionales mínimos que debe satisfacer toda firma, manuscrita o electrónica. De este modo, se dispone que las firmas electrónicas que sólo cumplan esas funciones mínimas satisfarán el requisito legal de firma. Con las palabras "*y si procede habida cuenta de ese requisito legal*" se reconoce que la función que se prevé que cumpla la firma electrónica dependerá del propósito de ese determinado requisito legal. Así pues, la firma electrónica deberá cumplir la función de indicar que la parte firmante aprueba la información consignada en la comunicación electrónica, si procede habida cuenta de ese requisito legal. Por ejemplo, si la ley dispone que una parte deberá firmar un documento de oferta para indicar que acepta las condiciones estipuladas en él, la firma electrónica cumpliría los requisitos del apartado a) del párrafo 3 del artículo 9 si identifica a la parte firmante, establece un vínculo entre ella y la información consignada en el documento **e** indica que esa parte aprueba la información consignada en el documento.

Cuestiones relacionadas con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9

8. El apartado b) del párrafo 3 del artículo 9 dispone que, para que la firma electrónica sea jurídicamente válida, el método de firma debe ser "fiable según corresponda a los fines para los que se generó o se comunicó la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, así como todo acuerdo que sea aplicable".

9. Este "requisito de fiabilidad" del apartado b) del párrafo 3 del artículo 9 procede del apartado b) del párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996.

10. En la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas de 2001 ya se observó que el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico crea incertidumbre porque la cuestión de saber si la fiabilidad es suficiente sólo podría ser determinada *a posteriori* por un tribunal u otro verificador de los hechos. Para aumentar la certidumbre *ex ante*, se introdujo el párrafo 3 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas de 2001. En el párrafo 118 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas de 2001 se señala lo siguiente:

> "... Sin embargo, en virtud del artículo 7 de la Ley Modelo, la determinación de lo que constituye un método fiable de firma habida cuenta de las circunstancias sólo puede ser efectuada por un tribunal u otro investigador de

> hechos que intervenga *a posteriori*, posiblemente mucho tiempo después de que se haya utilizado la firma electrónica. En cambio, la Ley Modelo [para las Firmas Electrónicas, 2001] debe crear en principio un beneficio para ciertas técnicas consideradas particularmente fiables independientemente de las circunstancias en que se utilicen. Esta es la finalidad del párrafo 3), que debe crear la certeza (ya sea mediante una presunción o una regla de fondo), en el momento de utilizarse la técnica de firma electrónica o con anterioridad a ese momento (*a priori*), de que la utilización de una técnica reconocida producirá efectos jurídicos equivalentes a los que surtiría una firma manuscrita. Así pues, el párrafo 3) es una disposición esencial para que la nueva Ley Modelo cumpla su objetivo de *ofrecer una certeza mayor que la que ya brinda la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico* en cuanto al efecto jurídico que cabe esperar de la utilización de tipos de firmas electrónicas particularmente fiables. ...” [sin cursiva en el original]

11. En su 42º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había examinado dos variantes del párrafo 3 del artículo 9. La variante A se basaba en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, mientras que la variante B se inspiraba en el párrafo 3 del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas[3]. El Grupo de Trabajo optó por conservar sólo la variante A[4].

12. Al decidir por conservar sólo la variante A, tal vez el Grupo de Trabajo no tuviera plenamente en cuenta las consecuencias de mantener, en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9, el “requisito de fiabilidad” general basado en el artículo 7 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.

13. Conforme a lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9, una firma electrónica sólo puede satisfacer el requisito legal de firma si el método de firma es suficientemente fiable a los efectos de la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, según lo determine *a posteriori* un tribunal u otro verificador de los hechos. Esto significa que las partes en una comunicación electrónica o en un contrato electrónico no pueden saber con antelación si la firma electrónica será considerada “suficientemente fiable” por un tribunal u otro verificador de los hechos y, por ende, jurídicamente válida, mientras no surja una controversia. También significa que, incluso *si no hay controversia* en cuanto a la identidad del firmante o al hecho de firmar (es decir, si no hay controversia en cuanto a la autenticidad de la firma electrónica), un tribunal o verificador de los hechos podrá decidir que la firma electrónica no era suficientemente fiable y, en consecuencia, invalidar todo el contrato.

14. En la práctica, una disposición de este tipo puede tener consecuencias graves para el comercio electrónico:

a) Creará incertidumbre en las operaciones electrónicas porque el carácter suficientemente fiable del método de firma y, por ende, su validez jurídica, será determinado *a posteriori* por el tribunal o por un verificador de los hechos, y no *a priori* por las partes. Aunque las partes pueden ejercer su autonomía acordando un método de firma, sigue siendo cierto que el acuerdo entre las partes sólo es uno de los factores del apartado b) del párrafo 3 del artículo 9 que tendrán en cuenta el

---

[3] A/CN.9/546, párrafo 48.

[4] A/CN.9/546, párrafos 54 a 57.

tribunal o el verificador de los hechos[5]. Incluso si las partes estuvieran satisfechas al principio en cuanto a la fiabilidad del método de firma, un tribunal o verificador de los hechos puede decidir otra cosa;

b) Se podría utilizar en detrimento de la misma categoría de personas que el requisito jurídico de firma tenía por objeto proteger. Si le convenía, una parte podría tratar de invalidar su propia firma electrónica por ser insuficientemente fiable, con objeto de invalidar un contrato. Esto iría en detrimento de la otra parte, que habría confiado en la firma. En tal caso, esa disposición podría llegar a ser una trampa para los incautos o una oportunidad para los poco escrupulosos;

c) Puede obstaculizar el comercio electrónico. Provocará gastos adicionales si los usuarios se sienten obligados a utilizar tecnologías más costosas y más perfeccionadas para satisfacer el requisito de la fiabilidad. Por otra parte, la incertidumbre y los gastos adicionales pueden llegar incluso a desalentar la utilización de las operaciones electrónicas.

15. Cabe señalar que el requisito de la fiabilidad se originó en las leyes relativas a la esfera cerrada y sumamente reglamentada de la transferencia de fondos[6]. En ese contexto, la cuestión de determinar si el procedimiento de autenticación o de seguridad, por ejemplo, una firma, es apropiado, guarda relación con el concepto de atribución de la autoría de la firma a una determinada persona. Al principio, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico se necesitaba una prueba de fiabilidad porque la Ley Modelo, en su artículo 13, contenía una norma general de atribución[7]. En la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, los artículos 7 y 13 afirmaban la validez de una firma electrónica y permitían atribuir el mensaje de datos a un iniciador siempre que el destinatario utilizara un método convenido con éste para verificar la autenticidad del mensaje, sin necesidad de demostrar la autenticidad de la firma propiamente dicha[8]. La norma de atribución de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico se limitó en última instancia a la tecnología acordada entre el firmante y la parte que confiaba en la firma.

---

[5] Esto se observó específicamente en el párrafo 60 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) que dice, "Sin embargo, un acuerdo eventual entre iniciadores y destinatarios de mensajes de datos en cuanto a la utilización de un método de autenticación no constituye de por sí prueba fehaciente de que ese método sea fiable."

[6] Véase el documento A/CN.9/387, párrafos 81 a 87. En el 26º período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos, se examinaron los proyectos de disposición para unas reglas uniformes sobre los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) y medios afines de comunicación de datos comerciales (que tras ulteriores revisiones pasaron a ser la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico). En un anterior proyecto de artículo 7 figuraba la frase "y se haya utilizado algún método para identificar al expedidor del mensaje y el modo de identificación sea, atendidas las circunstancias, un método **[comercialmente] razonable** de protección contra los mensajes no autorizados", antes de que se sugiriera que esta frase se reemplazara por "el método de autenticación será suficiente si ese método es **tan fiable como sea apropiado** para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso". La frase "comercialmente razonable" procede del artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito y del artículo 4A del Código de Comercio Uniforme.

[7] Si, jurídicamente, se va a atribuir una firma a una determinada persona, en tal caso, para ser justos con esa persona, es preciso asegurar que las características de la firma sean técnicamente fiables.

[8] A/CN.9/571, párrafo 127.

16. El proyecto de convención no trata de la atribución de las comunicaciones electrónicas[9]. Por consiguiente, el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9 del proyecto de convención, tal como está redactado actualmente, impone un "requisito de fiabilidad" general sin prever, como corolario, ninguna disposición de atribución. A falta de una norma de atribución aceptable, la atribución de una firma deberá demostrarse. No hace falta introducir un "requisito de fiabilidad" como complemento de una norma de atribución inexistente.

17. Conviene señalar que no hay ningún "requisito de fiabilidad" de este tipo respecto de la validez jurídica de las firmas manuscritas (ni de ninguna otra marca sobre papel que pueda constituir jurídicamente una firma). En el *common law* no se impone ningún requisito formal a las firmas. Una persona puede firmar haciendo una cruz ("X") en un documento o utilizando una máquina de escribir para poner su nombre en ese documento. Tanto la cruz como el nombre escrito a máquina son firmas jurídicamente válidas, aunque pueden plantearse cuestiones de prueba. En ambos casos, se trata de probar que el presunto firmante firmó efectivamente de esa forma con el propósito de firmar el documento. Para establecer que la firma tiene por función vincular al firmante con el documento firmado, siempre habrá que demostrar el contexto en que se produjo la firma, tanto si se trata de una firma sobre papel como de una firma electrónica.

18. No es la forma de la firma, sino la prueba del vínculo entre la firma y el presunto firmante teniendo en cuenta el contexto, lo que da a la firma su efecto jurídico. A nuestro juicio, las firmas electrónicas no son más que otra forma de firma, y en principio deberían ser jurídicamente válidas sin ser objeto de ningún requisito especial de fiabilidad. Las cuestiones relacionadas con la prueba del acto de la firma (que existen tanto para las firmas manuscritas como para las electrónicas) no deberían alterar las normas sobre la validez de las firmas. Si se admite que una firma tiene efecto jurídico siempre que se demuestre el vínculo entre el documento, la firma y el presunto firmante, deja de plantearse la cuestión de saber si el método de firma es suficientemente fiable. Para lograr la equivalencia funcional entre las firmas manuscritas y las firmas electrónicas, no debería existir ningún requisito de fiabilidad adicional aplicable a las firmas electrónicas, como el contenido en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9.

19. En las operaciones comerciales, la persona que confía en una firma siempre corre el riesgo de que la firma no sea auténtica, por lo que evalúa ese riesgo y se protege en consecuencia[10]. Como es natural, en el análisis de ese riesgo se tendrá en cuenta el costo de los trámites necesarios para conseguir que la firma sea más fiable y el costo que supondría que no fuera auténtica. Así pues, si ha habido relaciones comerciales con el presunto firmante o si se trata de una operación que entraña sumas poco elevadas, el interesado puede optar por confiar en una firma que no sería satisfactoria si fuera la de un extraño o si se tratara de una operación que entrañara sumas más cuantiosas. Estas precauciones y juicios de valor no son una cuestión de derecho, sino de prudencia. Es decir, una parte puede dudar en confiar en una firma en forma de cruz, pero ese juicio se basa en la prudencia y no en el derecho, ya que la firma en forma de cruz es perfectamente válida desde un punto de

---

[9] A/CN.9/546, párrafo 127.

[10] Esto puede suponer comprobar la firma comparándola con versiones auténticas de ésta o hacer que la firma se ponga en presencia de un testigo, sea legalizada o garantizada por un banco, etc.

vista jurídico. A nuestro juicio, este análisis se aplica por igual a las operaciones comerciales electrónicas y a las firmas electrónicas.

20. Reconocemos que la gente lleva muchos años evaluando la fiabilidad de las firmas manuscritas, por lo que le es fácil determinar el tipo de firmas manuscritas en las que es prudente confiar. La gente aún no conoce tan bien las posibilidades y las lagunas de los métodos de firma electrónica, por lo que le puede resultar más difícil hacer juicios prudentes. No obstante, el derecho no colma esta falta de conocimiento introduciendo un requisito general de fiabilidad, como el que contiene el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9. Con un requisito de este tipo sólo se consigue transferir la necesidad de emitir ese juicio de la parte que confía en la firma al magistrado o al árbitro, que pueden no ser más competentes para cumplir esa tarea, aunque cuentan con el asesoramiento de expertos. La parte que confía en la firma también puede recurrir a expertos, pero en un momento más oportuno, a saber, antes de que se realice la operación. A medida que la gente se vaya familiarizando con las firmas electrónicas, se acostumbrará a hacer ese tipo de juicio.

21. Observamos que para lograr el objetivo de armonizar las leyes relativas al comercio electrónico, el proyecto de convención debería o bien contener una norma uniforme respecto del requisito de fiabilidad de las firmas electrónicas (que podría adoptar la forma de un "requisito de fiabilidad" general, como en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9) o bien no contener ningún requisito de fiabilidad (lo que se lograría de eliminarse el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9). Como ya se ha dicho, en su versión actual, el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9 crea una gran incertidumbre que no propicia la utilización del comercio electrónico, por lo que opinamos que ese requisito de fiabilidad es innecesario e inapropiado en estas circunstancias. Por ello, consideramos que la mejor solución y la más apropiada consistiría en no imponer ningún requisito de fiabilidad de las firmas electrónicas, y en suprimir el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9.

22. Si se elimina el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9 (y con él el requisito de fiabilidad), el artículo 9 dispondrá que *todas las firmas electrónicas* que cumplan las condiciones estipuladas en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 9 satisfarán el requisito jurídico de firma. De este modo, las partes tendrán la certeza de que la firma electrónica que pongan o en la que confíe satisface el requisito legal de firma, por lo que no se le negará validez jurídica.

A/CN.9/578/Add.11

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

Índice

II. Recopilación de observaciones

B. Organizaciones intergubernamentales

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

II. Recopilación de observaciones

B. Organizaciones intergubernamentales

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

[Original: inglés]
[18 de mayo de 2005]

El proyecto de convención de la CNUDMI sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en el contexto de los contratos internacionales aborda una serie de cuestiones que se plantean en la utilización de las comunicaciones electrónicas en el contexto de las convenciones internacionales. La mayoría de los convenios y convenciones existentes se adoptaron antes de que la comunicación por vía electrónica se convirtiera en una modalidad aceptada de comunicación, o incluso antes de que existiera. Entre las cuestiones tratadas figuran el requisito de la firma de los contratos o de que éstos figuren por escrito, así como el momento de envío y el momento de recepción.

En la mayoría de los casos, los instrumentos adoptados por el UNIDROIT solo regulan de forma marginal los requisitos referentes a la forma de un contrato o de un acuerdo (la mayoría de esos instrumentos se limitan a excluir tal requisito).

Las comunicaciones electrónicas solo han hecho su aparición en los últimos años y, por consiguiente, no se habían abordado en los instrumentos que había adoptado el UNIDROIT antes de 2001. No obstante, las definiciones del concepto de "escrito" que se enuncian en esos convenios y convenciones son lo suficientemente amplias para abarcar también los documentos electrónicos. De ello da prueba fehaciente el cuadro que se adjunta como anexo al presente documento.

En ese cuadro se reproducen los textos pertinentes, que se acompañan, en los casos necesarios, de observaciones. Tal como cabe deducir de las disposiciones citadas, el proyecto de convención de la CNUDMI podría convertirse en un eficaz complemento del texto de los instrumentos del UNIDROIT si permitiera la utilización de medios electrónicos de comunicación para cumplir, en su caso, todo requisito de que un documento figure por escrito. Cuando no se enuncia ningún requisito de esta índole, el proyecto de convención hace posible efectivamente que las comunicaciones electrónicas sean aceptadas sin reservas.

Entre los proyectos de instrumento que actualmente se examinan en el UNIDROIT, cabe destacar que en los anteproyectos de protocolo sobre el material rodante ferroviario y los bienes espaciales del Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil se afirma explícitamente que las definiciones enunciadas en el Convenio son también aplicables a los protocolos, lo cual significa, sin lugar a dudas, que las comunicaciones electrónicas entran en su ámbito.

En el *anteproyecto de convención sobre reglas sustantivas armonizadas en materia de garantías en poder de un intermediario* no se hace referencia al concepto de "escrito" como tal, si bien se mencionan acuerdos concretos, así como las instrucciones dadas por el titular de la cuenta al intermediario, etc., especificándose, no obstante, que dichos acuerdos o dichas instrucciones no están sujetas a ningún tipo de requisito enunciado en el proyecto de convención. El proyecto sobre *Operaciones en mercados de capital transnacionales y mercados vinculados entre sí* consta de varias partes, una de las cuales trata de la formulación de reglas sustantivas armonizadas o uniformes aplicables a las operaciones denominadas "deslocalizadas". Esa deslocalización puede ser a consecuencia de fusiones entre mercados sujetos a distintos ordenamientos jurídicos, o puede ser una consecuencia tecnológica de la utilización en el comercio, e incluso en las ofertas iniciales de garantías, de "Redes electrónicas de Comunicaciones" (ECNS). En cuanto se emprenda la labor sobre este tema, quedará totalmente claro que la utilización de las tecnologías modernas con todos sus fines y efectos constituye la parte más importante del proyecto.

Apéndice

Instrumentos del Unidroit y requisitos de forma o de forma escrita del acuerdo de arbitraje

A) Instrumentos ya adoptados

Instrumento	***Artículo***	*Texto de la disposición*	Observaciones
Convención relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías (ULIS) (La Haya, 1º de julio de 1964)	Art. 15	"Los contratos de compraventa no deberán probarse por escrito y no estarán sujetos a ningún otro requisito de forma. En particular, los contratos podrán ser probados por medio de testigos."	Tras la aprobación de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CIM),* las dos leyes uniformes sobre la compraventa ya sólo revisten un interés histórico. No obstante, si se tienen en cuenta las disposiciones de la convención ULIS se observará que en el artículo 15 se especifica que no es preciso que un contrato de compraventa figure por escrito. Por consiguiente, los contratos concertados por vía electrónica deberían entrar en su ámbito. Esta disposición debería compararse con el artículo 11 de la CIM; la Ley uniforme no contiene ninguna disposición similar al artículo 12 de la CIM.
Convención relativa a una Ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías (ULFC) (La Haya, 1º de julio de 1964)	Art. 3	"No es preciso que las ofertas o las aceptaciones estén respaldadas por un escrito, y tales ofertas o aceptaciones no estarán sujetas a ningún otro requisito de forma. En particular, podrán ser probadas a través de testigos."	El artículo 3 de la ULFC dispone expresamente que no es preciso que una oferta o una aceptación figuren por escrito. Además, el párrafo 1) del artículo 6 dice: "Una aceptación de una oferta consiste en una declaración comunicada por cualquier medio, del tipo que sea, al oferente." La expresión "por cualquier medio, del tipo que sea" parece suficiente para dar cabida a los nuevos medios de comunicación. Esta disposición también puede compararse con el artículo 11 de la CIM.

Instrumento	***Artículo***	*Texto de la disposición*	Observaciones
Convención relativa a una Ley uniforme sobre la forma de los testamentos internacionales (Washington, D.C., 1973)	Art. 3	"1. El testamento se expresará por escrito. 2. El testamento no deberá ser consignado por escrito por el propio testador. 3. El testamento podrá expresarse por escrito en cualquier idioma, manualmente o por cualquier otro medio."	La cuestión de si los instrumentos que regulan el derecho de familia o de sucesión deben entrar o no en el ámbito de aplicación del proyecto de convención de la CNUDMI puede ser debatible. Ahora bien, suponiendo que al menos algunos de los instrumentos deberían entrar en su ámbito, cabe señalar, en relación a la Ley uniforme de 1973 sobre la forma de los testamentos internacionales, que: En la Ley uniforme sobre los testamentos se indica explícitamente que el testamento deberá figurar por escrito, si bien no se define el concepto de "escrito". En el Informe Explicativo se dice lo siguiente: "En la Ley uniforme no se explica lo que se entiende por "escrito". Se trata de una palabra de uso cotidiano que, a juicio de los autores de la Ley, no requiere ninguna definición pero engloba toda forma de expresión manifestada por signos consignados sobre una sustancia duradera" (J.P. Plantard, *Explanatory Report on the Convention providing a Uniform Law on the Form of an International Will*, en Uniform Law Review, 1974, I, 121 a 123). No resulta sorprendente, habida cuenta de la época en que fue redactado, que en el párrafo 3) del Informe Explicativo se señale lo que los redactores de la Ley uniforme tenían en mente al hablar de "por cualquier otro medio" era una máquina de dactilografiar (Ibíd.). Sin embargo, esas palabras son

Instrumento	***Artículo***	*Texto de la disposición*	Observaciones
			fácilmente trasladables a los medios electrónicos.
El Convenio sobre la representación en la compraventa internacional de mercaderías (Ginebra, 17 de febrero de 1983)	Art. 10	"No será preciso dar la autorización por escrito ni respaldarla con un escrito; la autorización no estará sujeta a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por otros medios, inclusive a través de testigos."	En el Informe Explicativo se indica que se decidió no definir mejor lo que se entiende por "escrito", a fin de que los comerciantes dispusieran de la máxima libertad. Si bien se estudió la posibilidad de incluir en el texto del Convenio una disposición similar al artículo 13 de la CIM, se decidió no hacerlo, "por cuanto en el modelo de la Convención de Viena no se había dado plenamente cabida a formas más modernas de comunicaciones como, por ejemplo, la de cuando la información aparece en una pantalla pero se borra ulteriormente" (M. Evans, *Convention on Agency in the International Sale of Goods* (Ginebra, 15 de febrero de 1983): *Explanatory Report*): en Uniform Law Review 1984, I, 115).
	Art. 11	"Las disposiciones del artículo 10 y del artículo 15 del capítulo IV que permiten dar una autorización, efectuar una ratificación o retirar un mandato de forma no escrita no serán aplicables cuando el mandante o el mandatario tengan su establecimiento en un Estado contratante que haya hecho una declaración en virtud del artículo 27. Las partes no podrán apartarse de lo dispuesto en dicho párrafo y no podrán modificar su efecto."	El artículo 11 se introdujo en el texto principalmente a petición de los estados socialistas, que exigían que todos los actos de comercio exterior celebrados por sus organizaciones económicas figuraran por escrito (M. Evans, *op cit*., 115 – 117). El artículo 27 dispone que "todo Estado contratante cuya legislación requiera que la autorización se dé, las ratificaciones se efectúen o los mandatos se retiren por escrito, o que se prueben por escrito, o que la autorización, la ratificación o la retirada del mandato que se rijan en todos los casos por el presente Convenio podrán realizar en cualquier momento una declaración con arreglo al artículo 11 en el sentido de que las disposiciones del artículo 10 y del artículo 15 del Capítulo IV que permiten dar una autorización, efectuar una ratificación o retirar un mandato de forma que no sea escrita no serán aplicables cuando el

Instrumento	***Artículo***	*Texto de la disposición*	Observaciones
			mandante o el mandatario tengan su establecimiento en dicho Estado.”
Convenio del UNIDROIT sobre el Facturaje International (Ottawa, 28 de mayo de 1988)	Art. 1 párrs. 4) a) a c)	“4. - A los efectos del presente Convenio: a) toda notificación por escrito no deberá estar necesariamente firmada, pero en ella deberá determinarse la identidad de la persona que la dé o en cuyo nombre sea dada; b) por "notificación por escrito" se entenderá, aunque no exclusivamente, un telegrama, un télex y cualquier otra telecomunicación susceptible de ser reproducida de forma tangible; c) la notificación por escrito se tendrá por dada cuando la reciba su destinatario.”	En el apartado b) del párrafo 4) del artículo 1 se dispone expresamente que una “notificación por escrito” comprende, aunque no exclusivamente, “cualquier otra telecomunicación susceptible de ser reproducida de forma tangible”, con lo cual podrían también quedar englobados los medios electrónicos. En el proyecto de convención de la CNUDMI se regula tanto la cuestión de la identificación de la parte (artículo 9 3) a)), como la del momento de recepción (artículo 10 2)), lo cual parece complementar el Convenio sobre el Facturaje.
	Art. 3 párr. 1) b)	“1. - La aplicación del presente Convenio podrá ser excluida por: a) … b) las partes en el contrato de compraventa de mercaderías en lo que se refiera a créditos por cobrar que hayan nacido en el momento en que tal exclusión haya sido notificada por escrito al factor, o después de dicho momento.”	
	Art. 8 párr. 1)	“1. - El deudor estará obligado a pagar al factor única y exclusivamente cuando el deudor desconozca que otra persona goza, para el cobro, de un grado de prelación superior al suyo, y única y exclusivamente cuando la notificación por escrito de la cesión: a) sea dada al deudor por el proveedor o por el factor con la autorización del proveedor; b) determine razonablemente los créditos por cobrar que se hayan	

Instrumento	***Artículo***	*Texto de la disposición*	Observaciones
		cedido, así como la identidad del factor a quien o por cuya cuenta el deudor deba efectuar el pago; y c) se refiera a créditos por cobrar nacidos a raíz de un contrato de compraventa de mercaderías celebrado en el momento en que se haya dado la notificación o con anterioridad a dicho momento.”	
	Art. 9 párr. 2)	“2. - El deudor podrá también oponer al factor cualquier derecho de compensación que tenga con respecto a los créditos existentes frente al proveedor en cuyo beneficio haya nacido el crédito por cobrar y del que dispusiera el deudor en el momento en que se le hubiera notificado por escrito la cesión de conformidad con el artículo 8 1).”	
Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Cuidad del Cabo, 2001)	Art. 1 párr. nn)	“Por “escrito” se entenderá un documento en que se consigne información (incluida toda información comunicada por teletransmisión) que se presente de forma tangible o de otra forma y que sea susceptible de ser reproducido ulteriormente de forma tangible y en el que se indique de manera aceptable la aprobación de dicho documento por parte de una persona.”	En la definición enunciada en esta disposición ya se hace referencia a la “teletransmisión”, por lo que quedan incluidos los medios electrónicos de comunicación, y así se desprende también del Comentario, donde se emplea la expresión “formas electrónicas y de otra índole de teletransmisión” (R. Goode, *Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol thereto on Matters specific to Aircraft Equipment, Official Commentary*, Roma, 2002, 58).
	Art. 7, párr. a)	“En virtud del presente Convenio toda garantía quedará constituida como garantía internacional cuando el acuerdo mediante el cual se constituya o se prevea la garantía: a) figure por escrito; ……”	

Instrumento	***Artículo***	*Texto de la disposición*	Observaciones
	Art. 8, párr. 4)	"4. Todo deudor que proponga vender u ofrecer en arriendo un objeto, con arreglo al párrafo 1, deberá dar un preaviso por escrito, de la propuesta de venta o arriendo, en un plazo razonable, a: a) las personas interesadas que se especifican en el artículo 1 m) i) y ii); y a b) las personas interesadas que se especifican en el artículo 1 m) iii) que hayan dado notificación de sus derechos al deudor en un plazo razonable previo a la venta o al arriendo."	
	Art. 11, párr. 1)	"1. El deudor y el acreedor podrán, en cualquier momento, convenir por escrito lo que se considerará incumplimiento o lo que permitirá invocar los derechos a acogerse a los recursos especificados en los artículos 8 a 10 y 13."	
	Art. 15	"En sus relaciones entre sí, dos o más de las partes mencionadas en el presente Capítulo podrán, en cualquier momento, convenir por escrito que podrán apartarse de cualquiera de las disposiciones anteriores del presente capítulo, o que podrán modificar sus efectos, con excepción de los párrafos 3) a 6) del artículo 8, los párrafos 3) y 4) del artículo 9, el párrafo 2) del artículo 13 y el artículo 14."	
	Art. 20, párrs. 1) a 3)	"1. Podrán inscribirse en un registro las garantías internacionales y las garantías internacionales previstas o las cesiones o cesiones previstas de una garantía internacional, y tal inscripción podrá ser enmendada o prorrogada, antes de su expiración, por cualquiera de las partes, con el consentimiento por escrito de la otra.	

Instrumento	***Artículo***	*Texto de la disposición*	Observaciones
		2. La persona cuya garantía internacional se subordine a otra garantía internacional o que consienta por escrito en tal subordinación podrá inscribir, en cualquier momento, en un registro la subordinación de su garantía. 3. La inscripción en un registro podrá ser efectuada por la parte beneficiaria de la inscripción o con el consentimiento escrito de dicha parte.”	
	Art. 31, párr. 4)	“4. El deudor podrá convenir, en cualquier momento, por escrito en renunciar a todas o a cualquiera de las excepciones y a todos y a cualquiera de los derechos de compensación que se especifican en el párrafo anterior, salvo a las excepciones derivadas de actos fraudulentos cometidos por el cesionario.”	
	Art. 32, párr. 1) a)	“1. Con una cesión de derechos conexos sólo se transfiere la garantía internacional pertinente si dicha cesión: a) figura por escrito; …….”	
	Art. 33, párr. 1) a)	“1. Cuando los derechos conexos y la garantía internacional pertinente se hayan transferido con arreglo a los artículos 31 y 32, el deudor relacionado con esos derechos y con esa garantía quedará vinculado por la cesión y tendrá el deber de efectuar el pago o de cumplir de algún otro modo su obligación frente al cesionario, pero sólo tendrá este deber única y exclusivamente cuando: a) el deudor haya recibido una notificación por escrito de la cesión	

Instrumento	***Artículo***	*Texto de la disposición*	Observaciones
		que le haya sido enviada por el propio cedente o con la autorización de éste; ……”	
	Art. 38, párr. 2)	“2. El grado de prelación entre cualquier garantía que entre en el ámbito del párrafo anterior y una garantía concurrente podrá ser modificado, mediante acuerdo escrito entre los titulares de las respectivas garantías, pero el cesionario de una garantía subordinada no quedará vinculado por un acuerdo conforme al cual se subordine esa garantía, a menos que en el momento de efectuarse la cesión se haya inscrito en un registro una subordinación referente a dicho acuerdo.”	
	Art. 42, párr. 2)	“2. Tal acuerdo deberá constar por escrito o deberá haberse celebrado de modo que se ajuste a los requisitos formales de la ley del Estado del foro elegido.”	
Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Ciudad del Cabo, 2001)	Art. IV, párr. 3)	“3. Las partes podrán convenir por escrito en excluir la aplicación del artículo XI y, en sus relaciones entre sí, podrán apartarse de cualquiera de las disposiciones del presente Protocolo, con excepción de los párrafos 2) a 4) del artículo IX, o modificar los efectos de las disposiciones no exceptuadas.”	En el párrafo 1) del artículo I del Protocolo se afirma explícitamente que, salvo en los casos en que el contexto requiera otra interpretación, los términos empleados en él se entenderán en el sentido que tienen en el Convenio. Así pues, el término “escrito” incluye asimismo las comunicaciones electrónicas.
	Art. V, párr. 1) a)	“1. A los efectos del presente Protocolo, se entenderá por contrato de compraventa todo aquel que: a) conste por escrito; ....”	

Instrumento	***Artículo***	*Texto de la disposición*	Observaciones
	Art. IX, párrs. 2) y 6)	"2. El acreedor no podrá acogerse a los recursos especificados en el párrafo anterior sin el previo consentimiento por escrito del titular de cualquier garantía inscrita en un registro que goce de mayor prelación que la del acreedor. ..... 6. El deudor que proponga que se anule la inscripción registral y exportar una aeronave con arreglo al párrafo 1, pero sin contar con una orden judicial, deberá notificar previamente por escrito tal solicitud y tal exportación, en un plazo razonable, a: a) las personas interesadas que se especifican en los incisos i) y ii) del párrafo m) del artículo 1 del Convenio; y a b) las personas interesadas que se especifican en el inciso iii) del párrafo m) del artículo 1 del Convenio que hayan notificado sus derechos al deudor en un plazo razonable antes de la anulación de la inscripción registral y de la exportación."	
	Art. X, párr. 5)	"5. El acreedor y el deudor, o cualquier otra persona interesada, podrán convenir por escrito en excluir la aplicación del párrafo 2) del artículo 13 del Convenio."	
	Art. XIII, párr. 3)	"3. La persona en beneficio de la cual se haya emitido la autorización (en adelante, "la parte autorizada") o la persona que ésta haya designado y acreditado a tal efecto serán las únicas personas que podrán acogerse a los recursos especificados en el párrafo 1) del artículo IX, y sólo podrán hacerlo con arreglo a la autorización y a la	

Instrumento	***Artículo***	*Texto de la disposición*	Observaciones
		legislación y reglamentaciones aplicables en materia de seguridad aérea. El deudor no podrá revocar tal autorización sin el consentimiento dado por escrito por la parte autorizada. La entidad registral suprimirá del registro la autorización a petición de la parte autorizada.”	
	Art. XV	“El párrafo 1) del artículo 33 se entenderá aplicable como si, inmediatamente después del apartado b), se hubiera agregado: “y c) el deudor haya dado su consentimiento por escrito, independientemente de si dicho consentimiento haya sido dado antes de la cesión o de si en él se especifique o no la identidad del cesionario.””	
	Art. XXII, párr. 2)	“2. Toda renuncia en virtud del párrafo anterior deberá figurar por escrito y contener una descripción del objeto aeronáutico.”	
Ley Modelo sobre la Revelación de Franquicias (2002)	Artículo 4, párr. 1)	“La revelación deberá facilitarse por escrito”.	En el Informe Explicativo de la Ley Modelo sobre la Revelación de Franquicias se explica la razón por la que es conveniente que las revelaciones de franquicias se efectúen por escrito. En el mismo informe se indica también que las revelaciones no deben figurar necesariamente sobre papel y se hace referencia a la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*. En el Informe se agrega que, al tratarse de un instrumento modelo, cada Estado podrá naturalmente determinar si la revelación por medios electrónicos es o no aceptable (véase *La Ley Modelo sobre la Revelación de Franquicias*, Roma, 2002, págs. 37 y 38).

Instrumento	***Artículo***	*Texto de la disposición*	Observaciones
Principios sobre los contratos comerciales internacionales (2004)	Art. 1.2	"Nada de lo dispuesto en los presentes Principios exige que un contrato sea celebrado o que una declaración o cualquier otro acto sean efectuados o probados de una determinada forma. Dichos contratos, declaraciones o actos podrán ser probados por cualquier medio, inclusive a través de testigos."	En los Principios de 2004 se modificaron ligeramente varias disposiciones, a fin de asegurar que se tuvieran en cuenta las necesidades del comercio electrónico. Este es el motivo por el cual se emplea la palabra "forma", y no la palabra "escrito".
	Art. 2.1.18	"Todo contrato escrito que contenga una cláusula en virtud de la cual cualquier modificación o rescisión decidida de común acuerdo deba efectuarse de una determinada forma no podrá modificarse ni rescindirse de otra forma que no sea la especificada. No obstante, una parte no podrá invocar esta cláusula a causa de su conducta, cuando la otra parte haya actuado razonablemente confiando en dicha conducta."	
	Art. 2.1.8	"El plazo de aceptación fijado por el oferente empezará a correr a partir del momento en que la oferta sea enviada. Se entenderá que el momento de envío es la fecha o momento consignado en la oferta, a menos que de las circunstancias se desprenda que es otro momento."	

B) Convenios en preparación

Instrumento	*Artículo*	*Texto de la disposición*	*Observaciones*
Anteproyecto de protocolo sobre cuestiones específicas del material rodante ferroviario	Art. III	"En sus relaciones mutuas, las partes podrán convenir por escrito en apartarse de cualquiera de las disposiciones del presente protocolo, o en modificarlas, salvo si se trata del párrafo 2) del artículo VII."	En el párrafo 1) del artículo I del anteproyecto de protocolo se indica explícitamente que, salvo si el contexto requiere otra cosa, los términos en él empleados tendrán el significado enunciado en el Convenio. Así pues, el término "escrito" abarca también las comunicaciones electrónicas.
	Art. XI	"El párrafo 1) del artículo 33 del Convenio será aplicable como si, inmediatamente después del apartado b), se hubiera insertado un apartado c) del siguiente tenor: "y c) no se haya notificado previamente por escrito al deudor la cesión en beneficio de otra persona.""	
	Art. XIX, párr. 2)	"2. Toda renuncia declarada con arreglo al párrafo anterior deberá figurar por escrito y deberá contener una descripción del material rodante especificado en el artículo V del presente Protocolo."	
Anteproyecto de protocolo sobre cuestiones específicas de los bienes espaciales	Art. IV	"Las partes podrán convenir por escrito en excluir la aplicación del artículo XI y, en sus relaciones mutuas, podrán convenir en apartarse de cualquiera de las disposiciones del presente Protocolo, o en modificarlas, salvo si se trata de los párrafos 2) y 3) del artículo IX."	En el párrafo 1) del artículo I del anteproyecto de protocolo se indica explícitamente que, salvo si el contexto requiere otra cosa, los términos en él empleados tendrán el significado enunciado en el Convenio. Así pues, el término "escrito" abarca también las comunicaciones electrónicas.
	Art.V, párr. 1) a)	"1. - A los efectos del presente Protocolo, se entenderá por contrato de compraventa todo aquel que: a) conste por escrito; ……."	

Instrumento	*Artículo*	*Texto de la disposición*	*Observaciones*
	Art. X, párr. 5)	"[5. – El acreedor y el deudor, o cualquier otra persona interesada, podrán convenir por escrito en excluir la aplicación del párrafo 2) del artículo 13 del Convenio.]"	
	Art. XIV	"El párrafo 1) del artículo 33 del Convenio será aplicable teniendo en cuenta el texto que, inmediatamente después del apartado b), se agrega como apartado c), cuyo tenor es el siguiente: "y c) el deudor haya dado su consentimiento por escrito, independientemente de si dicho consentimiento haya sido dado antes de la cesión o de si en él se especifique o no la identidad del cesionario.""	
	Art. XX, párr. 2)	"2. - Toda renuncia declarada con arreglo al párrafo anterior deberá figurar por escrito y deberá contener una descripción del bien espacial, de conformidad con el artículo VII."	
Anteproyecto de convenio sobre la armonización de las reglas sustantivas referentes a las garantías en posesión de intermediarios			En varias disposiciones figura el término "acuerdo", pero no se exige que dicho acuerdo figure por escrito y en efecto, en las Notas Explicativas del anteproyecto de convenio se especifica que no se ha enunciado ningún requisito de forma en lo relativo a los acuerdos sobre cuentas (véase la nota correspondiente al apartado e) del párrafo 1) del artículo 1, Estudio LXXVIII, doc. 19, pág. 23).

A/CN.9/578/Add.12 [Original: francés]

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

Índice

II. Recopilación de observaciones
A. Estados miembros
3. Bégica

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

9. Bélgica

[Original: francés]
[19 de mayo de 2005]

La presente aportación se centra en los párrafos 4 a 6 del artículo 9 del proyecto de convención, que definen el equivalente electrónico de un original y constituyen, a juicio de la delegación belga, la principal dificultad que sigue suscitando el proyecto.

La delegación belga estima que estos tres párrafos, que no han podido ser examinados a fondo por el Grupo de Trabajo, no deberían recogerse en el proyecto de convención.

En efecto, la delegación estima que sería inoportuno incluir en dicho proyecto disposiciones que consagran legalmente el equivalente electrónico de un original mientras que esas disposiciones no dan respuesta a la cuestión del equivalente electrónico de la transmisión de derechos por medio de documentos que incorporan la propiedad o de títulos negociables (excluidos del proyecto por el párrafo 2 del artículo 2), transmisión que, sin embargo, depende precisamente de la posesión de un título original.

Como se indica en el último estudio de la Secretaría sobre esta cuestión (A/CN.9/WG.IV/WP.90), el problema particular con el que tropieza la creación de un equivalente electrónico de la transmisión de un título original sobre papel es el de saber cómo ofrecer una garantía del carácter único equivalente a la posesión del original de un documento que incorpore la propiedad o de un título negociable. Ese estudio, lo mismo que la nota de la Secretaría que acompaña al presente proyecto de convención, puntualiza que hasta ahora no se ha podido conseguir una solución totalmente satisfactoria para garantizar ese "carácter único u original" (documento A/CN.9/577/Add.1, párr. 37).

En tales condiciones, parece sorprendente que en los párrafos 4 y 5 del artículo 9 se pretenda definir el equivalente electrónico de un original mientras que dicho artículo no subordina esta equivalencia a la condición de carácter único del original, la cual está, sin embargo, intrínsicamente ligada a la naturaleza y la función misma de un original, y por tanto no podrá dar respuesta a la cuestión de la transmisión de un título negociable.

A fin de prevenir toda incoherencia en este terreno, la delegación belga estima preferible tratar simultáneamente, en un sólo enfoque global, la cuestión del equivalente electrónico de un original y la del equivalente electrónico de la transmisión de derechos mediante documentos que incorporen títulos negociables. En este contexto sería acertado tener en cuenta la labor actual del Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte encaminada a definir un equivalente electrónico del documento de transporte negociable.

La delegación belga observa, además, que el párrafo 6 del artículo 9 excluye la aplicación de los párrafos 4 y 5 al requerir que una parte *presente* un documento original para reclamar un pago, mientras que el párrafo 4 menciona específicamente la posibilidad de *presentar* una información como una de las condiciones para reconocer a una comunicación electrónica el valor de un original.

La delegación belga ve aquí un indicio suplementario de que, en tal situación, es imposible considerar que los párrafos 4 y 5 del artículo 9 aportan una solución satisfactoria a la cuestión del equivalente electrónico de un original.

A/CN.9/578/Add.13

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

Índice

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

10. Estados Unidos de América

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

10. Estados Unidos de América

[Original: inglés]
[1º de junio de 2005]

1. Apoyamos en general el texto revisado del proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (A/CN.9/577), a reserva de las recomendaciones que figuran seguidamente así como de las recomendaciones de redacción y de otra índole que posiblemente formulemos en el Pleno. Consideramos que el Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico, de la Comisión, ha realizado una labor práctica generando entre los Estados un amplio apoyo al proyecto de convención, que establecerá normas básicas comunes para facilitar y validar el comercio electrónico entre mercados muy distintos con regímenes jurídicos diferentes, conectando así muchos caminos hacia el comercio mundial y el desarrollo nacional. El régimen de la convención no exige a nadie que utilice o acepte mensajes electrónicos y reconoce la autonomía de las partes protegiendo su derecho a modificar las disposiciones sustantivas del instrumento, así como respetando la necesidad de que las autoridades nacionales determinen los métodos apropiados para dirigir los asuntos públicos.

2. La convención facilitaría también la aplicación de tratados y otros instrumentos internacionales vigentes en la medida en que los Estados deseen hacerlo. El comercio electrónico se ha convertido en un elemento integrante de muchas economías nacionales, pero se halla en una fase demasiado temprana de evolución para aplicar normas sin dar a los Estados la oportunidad de adaptar esa aplicación en los diferentes sectores o en lo que respecta a determinadas

operaciones o prácticas o bien responder de otra forma a sus necesidades económicas. Así, además de las exclusiones previstas en el artículo 2, los Estados podrían, a tenor de los artículos 18 y 19, excluir otros asuntos.

3. Nuestras observaciones se dividen en dos grupos. El primero de ellos se refiere a los capítulos I a III y a los artículos 18 y 19 del Capítulo IV del proyecto de convención, que el Grupo de Trabajo ha revisado sustancialmente, por lo que nuestras observaciones se limitan a varios asuntos que, previas consultas adicionales, estimamos que deben aclararse en el comentario o modificarse. El segundo grupo de observaciones se refiere a las disposiciones del Capítulo IV sobre las que el Grupo de Trabajo no concluyó su labor.

Artículos 1 y 19 (ámbito de aplicación)

4. Apoyamos la amplia esfera de aplicación respaldada por estos dos artículos, que los Estados pueden limitar según estimen apropiado mediante la oportuna declaración.

Artículo 3 (autonomía de las partes)

5. Apoyamos el reconocimiento de la autonomía de las partes, incluida la interpretación de que el artículo, tal como está redactado, comprende la modificación de términos en forma implícita, por ejemplo por términos contractuales que difieran de las disposiciones de la convención relativas a operaciones entre partes. Algunos han opinado que este aspecto crucial debería especificarse en el propio documento, mientras que otros han estimado que el texto no debería discrepar del de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CIM), y consideran que el resultado perseguido es consecuencia necesaria de esa forma de expresión. Estimamos necesario insertar en el comentario una clara afirmación que refleje esta interpretación para ofrecer la seguridad necesaria en las operaciones o, de no ser así, deberían insertarse las palabras “explícitamente o implícitamente” a continuación de la palabra “exceptuar”, si se prefiere una aclaración de tipo legal.

Párrafo 2) del artículo 6 (“ubicación”)

6. El párrafo 1 establece una norma de ubicación cuando una parte ha indicado tal ubicación; el párrafo 2 es aplicable si no existe esa indicación. Tal como están redactados, ninguno de los dos englobaría los casos en que no se indica la ubicación, pero la parte tiene sólo un establecimiento como el definido en el artículo 4. Suprimir la cláusula que figura en la primera y segunda líneas del párrafo 2) “y tiene más de un establecimiento” así como las palabras entre corchetes que siguen permitirá obviar el problema.

Párrafos 4 y 6 del artículo 9 (forma original)

7. Es necesario adaptar la aplicación de los términos de la convención a las cartas de crédito, las garantías a primera demanda y a obligaciones similares. Sustituyendo los términos “presente”, en el párrafo introductorio, y “presentar”, en el apartado b), que pueden tener un significado específico en esas esferas de actividad, por “proporcione” y “proporcionar”, respectivamente, se evitará la consecuencia implícita de que los documentos electrónicos pueden presentarse como fundamento

del pago cuando no lo autoricen así las condiciones de la carta de crédito o la garantía a primera demanda u otra obligación independiente. Este cambio, juntamente con una clara afirmación en el comentario sobre el efecto pretendido, puede hacer innecesario mantener el párrafo 6), que actualmente figura entre corchetes por falta de tiempo para concluir las deliberaciones sobre el mismo en la última reunión del Grupo de Trabajo.

8. Para asegurar el logro de los resultados previstos, debería aclararse en el comentario el texto del párrafo 2 del artículo 2 en el sentido de que este artículo no excluye las obligaciones tales como cartas de crédito, cartas de crédito contingente y garantías a primera demanda, como documentos distintos de los que han de presentarse con arreglo a ellos para el pago.

Párrafo 2 del artículo 10, normas sobre recepción

9. En el párrafo 2) se recoge un texto de avenencia cuyo fin era garantizar que la norma "pueda ser recuperada", expresada en la primera oración, queda sujeta a una presunción refutable a tenor de la oración final de dicho párrafo, y que se dispone de una protección razonable de la seguridad para refutar una conclusión en el sentido de que ha tenido lugar la recepción. Muchos Estados que dieron su conformidad al texto de avenencia consideraron que el resultado se desprendía necesariamente de las disposiciones de este párrafo tal como está redactado. En cambio, nosotros, juntamente con algunos Estados, hubiéramos preferido una confirmación de base legal.

10. Dada la importancia crucial de esta norma, en una época en que los sistemas de mensajería electrónica funcionan cada vez más con mecanismos de seguridad que regulan el flujo de mensajes entrantes a causa de la creciente preocupación mundial motivada por los virus, los mensajes indeseados y la variedad de contenido invasivo que conllevan los datos entrantes, el resultado perseguido debería ser confirmado por un comentario claro.

Artículo 14 (corrección de errores en ciertas operaciones automatizadas)

11. Creemos que el derecho de anular o retirar un error en la introducción de datos debiera limitarse a ese error, en lugar de aplicarse al mensaje en su totalidad. Esta alteración dejará inafectadas a las partes del mensaje que no estén sujetas a la obligación de corrección de errores, y a cuyo retiro no debiera, por tanto, tener opción el expedidor del mensaje.

Disposiciones del capítulo IV

Artículo 16 (período de firma)

12. Recomendamos que el período sea de tres (3) años a fin de ofrecer amplio tiempo para que los Estados adopten esa medida y promover así la convención.

Artículo 19 (aplicación a otros tratados)

13. Respaldamos el objetivo de este artículo y disposiciones conexas, que ofrecen a los Estados el mecanismo de un tratado para promover la aplicación de acuerdos internacionales vigentes aplicando las normas del moderno comercio electrónico, siempre que éstas sean compatibles con el propósito y los resultados previstos de

esos tratados. Tal como el texto está redactado, no se exige a ningún Estado que aplique estas normas a otros tratados, pero puede hacerlo mediante procedimientos de aceptación o de rechazo, así como hacer otras correcciones mediante una declaración a tenor del párrafo 4) del artículo 18.

Artículo 20 (aplicación de las declaraciones)

14. Respaldamos el artículo en líneas generales. Desde los años 70, en las convenciones de derecho internacional privado se hace uso de declaraciones autorizadas por tratados que adaptan determinadas disposiciones sólo con respecto al Estado en cuestión. Esas declaraciones no son reservas en el sentido dado a este término en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sino adaptaciones autorizadas por tratados que no dan origen a medidas recíprocas. Para la previsibilidad en la esfera comercial son importantes la notificación de las declaraciones oficiales y las normas sobre el momento en que los respectivos términos son aplicables a las operaciones.

Párrafo 1)

15. La referencia al artículo 17 debería ser coherente con dicho artículo, es decir una declaración al amparo de dicho artículo sólo podrá hacerse en el momento de la ratificación, adhesión, etc., aunque pueda enmendarse posteriormente. Todas las demás declaraciones debieran poder efectuarse y enmendarse en cualquier momento.

Párrafo 3)

16. No tenemos nada que objetar al plazo habitual de seis meses. Tal vez la Comisión se sirva tomar nota de que para asegurar la pronta aplicación de la convención a las operaciones comerciales, la recepción de las declaraciones y su contenido puede ser transmitida rápidamente mediante notificación electrónica del depositario o de otra dependencia orgánica como la Subdivisión de Derecho Mercantil.

Artículo 22 (enmiendas y funciones de la Comisión)

17. Según las prácticas vigentes en derecho internacional privado, las modificaciones de los textos concertados suelen ser elaboradas por los mismos órganos multilaterales que los formularon, actuando por vía de su composición numérica general, y no sólo por Estados parte en un tratado determinado (aunque los Estados parte siempre pueden también convenir acuerdos entre sí). Por ejemplo, la CNUDMI enmendó su primera convención (Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías) no mediante medidas adoptadas por los Estados parte sino mediante la elaboración por la Comisión, en 1980, de un Protocolo de enmienda de la Convención, aplicable a los Estados que lo aprueban por ratificación.

18. Por tanto el artículo 22 es innecesario. Ahora bien, si se mantiene, la variante B) propuesta es coherente con las prácticas seguidas por la Comisión (el párrafo 3) de la variante B debería prescribir la aprobación de la Asamblea General por recomendación de la Comisión). La variante A) es innecesaria de todos modos puesto que los Estados parte podrían en todo caso enmendar las disposiciones entre

sí mismos. Ello conllevaría un grado de complejidad no introducido hasta ahora en las convenciones de derecho privado, y debieran evitarse problemas de significación actual hipotética, que nosotros creemos no existen.

Artículo 23 (entrada en vigor)

19. Creemos que la convención debiera entrar en vigor una vez que la ratifiquen los tres (3) primeros Estados. Esto está en consonancia con la tendencia moderna de las convenciones de derecho mercantil, que respalda su aplicación con la mayor celeridad posible a los Estados que tratan de aplicar esa normativa a su comercio. No es necesario contar con una aprobación generalizada antes de la aplicación, y la entrada en vigor de la convención en la oportunidad más temprana posible favorecerá su empleo.

Artículo 24 (disposiciones transitorias)

20. Estimamos que éste es un artículo muy importante, porque la práctica de las operaciones comerciales exige un grado considerable de previsibilidad en cuanto a la normativa aplicable. Si no se insertaran los párrafos 2) a 5), existiría notable inseguridad en cuanto a la forma en que se aplicaría el párrafo 1). Aunque no hay norma transitoria que permita especificar todos los casos posibles, las normas propuestas, desarrolladas en consulta con otros Estados y entidades del mundo comercial, darán al menos orientación sobre los casos que quepa prever en general.

Artículo 25 (retiro)

21. Consideramos que la estipulación usual de doce (12) meses para el retiro es adecuada en este caso como lo ha sido en otros instrumentos de derecho internacional privado.

Disposición final, firma

22. Es posible que esta disposición haya de formularse de nuevo según se prevea una aprobación por actuación de la Asamblea General previa recomendación de la Comisión, o por la vía de una conferencia diplomática.

A/CN.9/578/Add.14

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

Índice

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

11. Macedonia

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

11. Macedonia

[Original: inglés]
[8 de junio de 2005]

Consideramos que este asunto debería reglamentarse a nivel internacional. Teniendo en cuenta la expansión del comercio internacional, esta convención serviría fundamentalmente para mejorar la eficacia de las actividades comerciales entre empresas de diferentes países. Señalamos que esta convención se refiere a los acuerdos comerciales concluidos por entidades económicas con establecimientos en países distintos.

Respecto de las cuestiones pendientes que aún no se han armonizado en el Grupo de Trabajo, proponemos lo siguiente:

1. Artículo 1. Proponemos que se agregue “o acuerdo”. Sería preferible que la Comisión, en sus comentarios sobre el proyecto de convención, explicara el significado de la palabra “contrato”. A nuestro juicio, si en el artículo 1 se agrega la expresión “contrato o acuerdo”, debería agregarse “o acuerdo” después de “contrato” en todo el texto, empezando por el título;

2. Artículo 16 bis. Esta propuesta es aceptable porque es una disposición común en los acuerdos multilaterales;

3. Artículo 19 bis. En lo que respecta al párrafo 1, estimamos que es preferible optar por “convenciones, tratados o acuerdos pertinentes” a fin de no limitarse únicamente a las convenciones de la CNUDMI;

4. Artículo 24. Disposiciones transitorias. La propuesta presentada por los Estados Unidos nos parece apropiada porque los nuevos párrafos reglamentan, de forma más detallada, las distintas situaciones posibles en lo referente a las obligaciones de los Estados.

A/CN.9/578/Add.15 [Original: francés/inglés]

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

Índice

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

12. Canadá

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

12. Canadá

[Original: francés/inglés]
[9 de junio de 2005]

Preámbulo de la Convención

1. Es importante insertar en el proyecto de convención el preámbulo presentado en el documento de trabajo WP.110 (A/CN.9/WG.IV/WP.110) ya que explicita lo que la comunidad internacional trata realmente de conseguir: libertad para escoger medios y la posibilidad de intercambiarlos así como tecnologías apropiadas, en el grado en que las medidas escogidas permitan conseguir los objetivos de las normas correspondientes de derecho.

2. El preámbulo, en particular el párrafo 5, expresa el deseo internacional de extender el uso de las tecnologías de la información sin crear regímenes jurídicos paralelos basados en la tecnología utilizada. Además, es una ampliación lógica de los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional sostenido por la CNUDMI. Subraya las consecuencias de esos principios, en el sentido de que si diversos métodos pueden producir resultados funcionalmente equivalentes, deberían aplicarse a todos esos métodos las mismas normas de derecho. En consecuencia, los métodos diferentes son intercambiables en la medida en que conduzcan a los resultados estipulados por la ley.

3. En resumen, esta parte del preámbulo muestra que las tecnologías de la información deben considerarse medios de comunicación y que su uso no modifica

ni debe modificar los valores básicos del derecho. Las tecnologías pueden percibirse como medio al servicio del derecho y la justicia.

Fiabilidad de las firmas electrónicas

4. Esta observación se refiere al apartado b) del párrafo 3 del artículo 9, que estipula que un método de firma electrónica ha de ser "fiable según corresponda a los fines para los que se generó o se notificó la comunicación electrónica atendidas todas las circunstancias del caso". En nuestra opinión, esta prueba de fiabilidad causará más daño que beneficio. No genera certeza sino que más bien la reduce, obrando así en contra del propósito del proyecto de convención.

5. El Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico consideró en su 44º período de sesiones la posibilidad de eliminar la condición de fiabilidad. Ahora bien, dicho grupo decidió retener la disposición (A/CN.9/571, párrafos 127 y 128).

a) Principios

6. Los principios fundamentales de la CNUDMI en materia de comercio electrónico son los de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional. Con arreglo a estos principios, el objetivo no es crear un nuevo régimen jurídico paralelo sino integrar las comunicaciones por medios tecnológicos en el régimen ya existente. En nuestra legislación se han establecido normas por las que se reconocen esas comunicaciones. Sería, pues, preferible que no hubiera normas diferentes para las comunicaciones por medios distintos.

7. El texto propuesto en el artículo 9 vulnera esos principios. Crea expresamente un doble régimen jurídico para las firmas. Tanto en el derecho de tradición sajona como en el de tradición romana, la noción de firma no incluye una prueba de fiabilidad. Una firma es simplemente la señal distintiva que una persona emplea habitualmente para significar su intención. Esa noción no incluye tradicionalmente una prueba de fiabilidad. Esta prueba no debería introducirse porque se utilicen medios electrónicos para poner esa señal. Tal proceder originaría un régimen jurídico doble para las firmas, lo cual sólo produciría confusión en derecho y crearía otro obstáculo a la utilización de las comunicaciones electrónicas. Creemos que este resultado no es deseable.

b) El problema: la prueba de fiabilidad no es suficientemente flexible

8. Se dice a veces que "una firma tiene que ser fiable". La cuestión es quién decide si es fiable: la persona que opta por fiarse de ella, o alguien ajeno a la operación en que se ha utilizado. El proyecto de convención se ciñe a los contratos entre empresas. No afecta a los consumidores. Las empresas partes debieran tener la posibilidad de escoger de qué se van a fiar, lo mismo que deciden con quién hacer negocios -decisión todavía más importante. La parte que se fía de una firma, sea ésta manuscrita o electrónica, asume el riesgo de que la firma no sea válida o de que sea una falsificación. Incumbe a la parte que se fía decidir qué medios de prueba necesita en apoyo de esa confianza. A veces puede ser una tecnología determinada, otra vez puede ser la presencia de un notario o de testigos de confianza, otra puede ser el contenido del propio contrato que demuestre convincentemente (fiablemente) que proviene de la parte que presuntamente lo firma.

9. No existe un solo factor que responda a todos los casos. El proyecto de convención parece reconocerlo al referirse a "todas las circunstancias". La dificultad es que la evaluación de esas circunstancias, y por ende la decisión acerca de lo que es confiable, se encomienda a un tribunal y no a las partes. El acuerdo de las partes es importante, pero un tribunal puede desestimarlo fundándose en las circunstancias. ¿Quién conoce las circunstancias mejor que las partes en la operación? ¿Quién está en mejores condiciones de juzgar el riesgo empresarial y jurídico de confiar en el método utilizado?

c) Dificultades de aplicación de la prueba de fiabilidad en la práctica

10. Nos preocupan dos situaciones. En la primera, una de las partes en una operación en que se requiera una firma trata de eludir sus obligaciones negando que su firma (o la de la otra parte) sea válida -no fundándose en que el presunto firmante no haya firmado, ni en que el documento que firmó ha sido alterado, sino sólo en que el método de firma utilizado no fue tan fiable como procedía dadas las circunstancias. Dicho de otro modo, los términos en que está concebido el proyecto de convención permiten socavar el contrato en forma dolosa.

11. Cabe alegar que la situación anterior es improbable dada la dificultad de probar una intención o hechos contrarios a los actos de uno mismo. Pero la conclusión sería diferente en los casos en que intervinieran terceros. En las operaciones comerciales se dan muchas situaciones en que un tercero, no participante en la operación, tiene interés en que la operación se considere inválida. Cabe pensar en acreedores con reclamaciones sobre los bienes de una de las partes, o un administrador concursal, o un inspector financiero público. El proyecto de convención permitiría a un tribunal invalidar una operación por demanda de un tercero, fundándose en una fiabilidad insuficiente de la firma, incluso aunque las partes hayan probado que el acto de la firma es una cuestión de hecho. La norma legal puede privar de significación al hecho. En nuestra opinión, establecer una prueba de fiabilidad independiente de la voluntad de las partes e independiente del hecho de la firma produce incertidumbre en cuanto a la validez de una firma electrónica. No se gana nada a cambio de esta incertidumbre. En la mayoría de las operaciones de empresa a empresa, las únicas partes cuya opinión sobre la fiabilidad debería contar son las partes en la operación.

d) Perspectiva histórica del artículo 9 propuesto

12. El apartado b) del párrafo 3 del artículo 9 del proyecto de convención se ha tomado casi literalmente del apartado b) del párrafo 1) del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico. Ahora bien, es importante señalar que, al redactarse inicialmente esa disposición, la Ley Modelo contenía una norma que atribuía los mensajes de datos firmados al presunto firmante. Si la ley va a presumir la atribución, ésta tiene que fundarse en una norma de fiabilidad. Ahora bien, el texto final de la Ley Modelo es un tanto diferente. El actual artículo 13 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico no confiere efecto particular alguno a una firma. No es, pues, necesaria la prueba de fiabilidad. En varios ordenamientos jurídicos internos que dan aplicación a la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico no se ha implantado una prueba de fiabilidad, particularmente en los ordenamientos estadounidense y canadiense. Los países que la han adoptado no parecen disponer de interpretaciones judiciales que muestren su forma de funcionamiento.

13. Merece la pena señalar que la Directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica, de 1999, no contiene ninguna prueba de fiabilidad. Por el contrario, prohíbe a los Estados Miembros discriminar cualquier método de firma por la mera razón de que figure en forma electrónica. La Directiva reconoce un rango jurídico especial -equivalencia a una firma manuscrita- solo a lo que denomina 'firma electrónica avanzada', pero admite el efecto jurídico de otras. Incumbe a las partes probar quién firmó un documento determinado, pero una vez probado esto, no necesitan probar nada especial en cuanto al método de firma propiamente dicho.

14. El Grupo de Trabajo intentó en 1997 y 1998 formular una regla de atribución como acompañante de su estipulación sobre una norma de fiabilidad. Decidió tras considerable empeño desistir de la tentativa. Había demasiadas variables en cuanto a prácticas comerciales y tecnológicas, por no hablar de los resultados jurídicos pretendidos.

15. Una cosa es introducir una prueba basada en la tecnología, como la prueba de fiabilidad, en una ley modelo, en que los países que le dan aplicación pueden decidir si adoptarla o no, y que pueden enmendar con relativa facilidad si no resulta práctica o si la tecnología evoluciona. Es mucho menos deseable introducir esa prueba en una convención que los Estados adoptan o no, sin modificación, y que es sumamente difícil modificar una vez elaborada.

e) Necesidad pública de una firma digna de confianza

16. Cabe pensar que la ley exija una firma a veces como garantía de que la identificación de las partes o la expresión de su voluntad merecen confianza, a fin de proteger una parte o un derecho o bien público. En nuestra opinión, la simple prueba de fiabilidad prevista en el proyecto de convención no es adecuada para servir a este fin. Es demasiado flexible, demasiado ligada a las circunstancias del caso. Si por razones de regulación a nivel público se requiere fiabilidad con un fin determinado, es menester establecer una norma de fiabilidad más precisa con tal fin.

17. En resumen, la prueba de fiabilidad prevista en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9 del proyecto de convención es demasiado rigurosa a efectos comerciales y demasiado flexible a efectos de regulación. En cambio crea un riesgo potencial y difícil de prever para las operaciones comerciales consensuales. Ello va en contra del propósito del proyecto de convención y podría constituir un obstáculo para su aceptación. Señalamos la conveniencia de suprimirla.

Presunción relativa al tiempo de envío de una comunicación electrónica

18. El texto actual propuesto del párrafo 3 del artículo 10 del proyecto de convención dice que la comunicación electrónica "se tendrá por recibida" en determinados lugares. En nuestra opinión, la norma en este caso debería ser una presunción, refutable por el medio de prueba adecuado. Por tanto proponemos sustituir las palabras "se tendrá por" por la palabra "presumirá" en dicho párrafo. Estimamos que el uso normal del término presunción por la CNUDMI denota una presunción refutable. Si hubiere alguna duda, esta interpretación debería precisarse en el texto o en un comentario, pero en cualquier caso el término de presunción debería figurar en el texto. En el párrafo 4 del artículo 10 debería introducirse una modificación análoga.

Disposiciones finales

f) Disposición sobre las unidades territoriales

19. En el documento de trabajo WP.110 (A/CN.9/WG.IV/WP.110) se propone también una disposición sobre aplicación a unidades territoriales. El texto de la disposición propuesta inicialmente incluía una referencia a unidades territoriales en las que existieran regímenes jurídicos distintos con arreglo a la constitución del Estado. Se entiende que esta disposición se basa en una fórmula que fue elaborada hace decenios y que las nuevas disposiciones relativas a esta materia, como las de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional y la Convención del Unidroit, de Ciudad del Cabo, no mencionan la constitución del Estado. En vista de esa evolución, opinamos que en la disposición relativa a las unidades territoriales no deberían figurar las palabras "con arreglo a su constitución".

g) Procedimiento de enmienda

20. El Gobierno del Canadá estima que el procedimiento de enmienda de la Convención, contemplado en el artículo 21 del documento de trabajo WP.110 (A/CN.9/WG.IV/WP.110), no es conveniente porque impondría en realidad nuevas obligaciones a los Estados que no hayan convenido en las enmiendas. Además, el procedimiento de enmienda puede causar dificultades a los Estados que tengan que incorporar textos internacionales a su legislación interna. Consideramos, pues, que toda enmienda a la Convención debería ser vinculante para los Estados que expresen su voluntad de obligarse por vía convencional.

A/CN.9/578/Add.16 [Original: francés]

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

Índice

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

13. Francia

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

13. Francia

[Original: francés]
[10 de junio de 2005]

1. El propósito del proyecto de convención es ante todo "eliminar los obstáculos jurídicos al comercio electrónico" que pueden resultar de las exigencias de forma, referentes a los contratos comerciales, prescritas con anterioridad al desarrollo de las comunicaciones electrónicas. El proyecto adopta a este efecto las soluciones elaboradas por la CNUDMI en su Ley Modelo sobre Comercio Electrónico. El modo de proceder seguido consiste en reconocer la equivalencia funcional de los documentos electrónicos y los "documentos en papel" siempre que existan garantías de su conservación y su integridad. *La aportación útil de la Convención será, desde este ángulo, extender la aplicación de esas soluciones al comercio internacional*, en especial permitiendo a los países que no han adoptado una legislación en la materia practicarlas en sus intercambios. Así pues, este aspecto del proyecto no suscita dificultades sino de carácter puntual.

2. Ahora bien, transplantar normas concebidas para un marco nacional no es suficiente. En efecto, en derecho internacional no se da el funcionamiento completo y homogéneo de normas que es característico de los regímenes jurídicos internos. Además, el comercio electrónico internacional presenta riesgos especiales para las partes contratantes. Y por último, esta actividad puede ser el vector de fenómenos que son causa de grave preocupación, como el fraude comercial en diversas formas, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Por todas estas razones, parece indispensable elaborar disposiciones complementarias que por su naturaleza

favorezcan, según la fórmula en uso hoy en día, "*la confianza en las comunicaciones electrónicas*". En materia de lugar *de establecimiento*, que constituye una noción esencial para la seguridad jurídica de las partes contratantes "electrónicas", o incluso en el ámbito de los *requisitos de información*, las disposiciones por las que se ha optado resultan parciales y claramente rezagadas con respecto a las útiles normas implantadas por otras legislaciones.

3. Finalmente, el proyecto de convención, en su estado actual, tendría un vasto ámbito de aplicación espacial y material. La ambición que animaba inicialmente al Grupo de Trabajo era buscar los medios de eliminar los obstáculos a la utilización de las comunicaciones electrónicas en el conjunto de convenciones que se refieren al comercio internacional. Como tal eje de actuación no ha resultado concluyente, esta ambición se centró en el proyecto de convención. Así pues, *ratione materiae*, la Convención sería aplicable a los instrumentos internacionales que la han precedido en el tiempo. Igualmente, la Convención se aplicaría, *ratione loci*, a los contratos internacionales celebrados entre operadores situados en Estados diferentes. Estas disposiciones, combinadas con las relativas a la autonomía de las partes, llevarían a hacer la Convención aplicable incluso a Estados que no la hayan firmado ni ratificado. *Es, pues, importante limitar el ámbito de aplicación de la Convención*.

La eliminación de los obstáculos jurídicos al comercio electrónico: una transposición útil en el orden internacional de las reglas de la Ley Modelo de la CNUDMI.

4. En materia de validez de los contratos electrónicos, el proyecto de convención establece en su artículo 8, referente a "reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas", el principio, hoy día admitido[1], de que no se negará validez a un contrato por la sola razón de que ese contrato esté en forma electrónica.

5. En cuanto a *la forma* del contrato electrónico, la celebración de dicho contrato no se somete a ninguna condición de forma. Se trata de un recordatorio de los principios de consensualismo y libertad de formas que son la regla en derecho de obligaciones y figuran en la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CIM)[2].

6. No obstante, el comercio internacional impone la necesidad de contratos escritos y a menudo muy detallados en la mayor parte de las situaciones. Conviene por tanto cuidar de que haya *equivalencia en términos de fiabilidad* entre los mensajes intercambiados en forma electrónica y los documentos en papel.

7. Las disposiciones contempladas provienen en lo esencial de la Ley Modelo de la CNUDMI, que tienden a reconocer la equivalencia funcional de los documentos electrónicos y las diferentes categorías de documentos en papel. Por consiguiente serán muy útiles para el desarrollo del comercio electrónico.

---

[1] Ley Uniforme de las operaciones electrónicas de los Estados Unidos, Ley Uniforme sobre el Comercio Electrónico del Canadá, Directiva europea 2000/31/CE, artículos 1108-1, 1316-1 y siguientes del Código Civil francés.

[2] Artículo 11 de la CIM: "El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos".

8. Ahora bien esas condiciones de forma se exigirían únicamente "cuando *la ley* requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito" (párrafo 2 del proyecto de artículo 9), o bien "cuando *la ley* requiera que una comunicación o un contrato sea firmado" (párrafo 3). Habida cuenta de que los operadores suelen remitirse no a una ley sino a una convención o a usos admitidos, ello se traduciría en una reducción considerable del alcance de esta disposición. Por tanto sería conveniente formularla como sigue: "cuando las convenciones internacionales aplicables, las reglas y usos del comercio internacional o la ley requieran [...][3]".

9. En cuanto a la cuestión importante, cuenta habida de los riesgos especiales que presentan estas operaciones, de los *errores en las comunicaciones electrónicas*, el Grupo de Trabajo ha formulado disposiciones que presentan el inconveniente de dar a las partes la posibilidad de poner en tela de juicio los contratos ya concertados.

10. Estas disposiciones harían vulnerables los contratos celebrados por vía electrónica, lo que tendería a frenar el desarrollo del comercio electrónico.

11. Debe evitarse que se nieguen al contrato sus efectos una vez concertado. Debería darse a los compradores de bienes y servicios la posibilidad de corregir los errores cometidos al introducir los datos *en una fase previa a la confirmación de la aceptación (doble clic)*. El hecho de prever una obligación para los proveedores de servicios -lo que técnicamente es desde luego realizable- permitiría permanecer en el marco de la equivalencia funcional.

12. Conviene igualmente recordar que el Grupo de Trabajo se fijó como regla *no afectar al derecho común de obligaciones*, que es diferente en cada Estado, estableciendo normas específicas para el comercio electrónico.

Confianza en las comunicaciones electrónicas: un contenido normativo imperfecto

13. Las disposiciones contempladas presentan un alcance aleatorio en cuanto al lugar de establecimiento, noción esencial si se quiere instaurar la confianza en las comunicaciones electrónicas.

14. La influencia de ciertas tesis según las cuales los operadores tendrían un "domicilio virtual", que sería su sitio en Internet o su buzón electrónico, no parece haber dejado de influir en la labor del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico[4]. Con todo, las nociones de tal naturaleza presentan grandes riesgos pues harían aleatoria la identificación del domicilio del operador internacional. Éste podría ubicar artificialmente su "domicilio virtual", sumiendo a la otra parte contratante en la ignorancia del país de ubicación del sitio o del servidor y pudiendo inducirle a tramitar un procedimiento en un país, en una lengua o conforme a normas imprevistos.

15. Así pues, el proyecto de convención puede suscitar obstáculos de procedimiento inoportunos. Podría crear un terreno propicio a los fraudes

[3] O bien otra posibilidad "cuando las normas de derecho aplicables lo requieran".

[4] En el último período de sesiones del Grupo de Trabajo, éste se apartó de su orientación inicial decidiendo concretamente no incluir en el proyecto una disposición relativa a las "empresas virtuales". Sería conveniente extraer de este cambio de perspectiva todas las conclusiones que proceden reconsiderando las disposiciones referentes al establecimiento.

comerciales, cuya rápida expansión provoca muy comprensiblemente la inquietud de los Estados miembros de la CNUDMI. Procede recordar a este respecto que, en el último período de sesiones de la Comisión, los Estados miembros convinieron en *velar por que esta preocupación se integre en la actividad de cada uno de los grupos de trabajo*.

16. Aparte de los aspectos comerciales propiamente dichos, la CNUDMI no puede dejar de tener en cuenta las exigencias de *la lucha contra el blanqueo de capitales y contra la financiación del terrorismo,* que son actualmente objeto de negociaciones internacionales. Conviene remitirse en este aspecto a las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera sobre el blanqueo de capitales relativas a la financiación del terrorismo. Por esta razón, parecería lógico imponer a los operadores la obligación de dar a conocer su *lugar de establecimiento*.

17. Convendría en este aspecto apoyarse en algunas reglas esenciales de las que tiende a alejarse el proyecto de convención en su estado actual. Así el texto establece *una presunción según la cual el lugar de establecimiento de las partes sería el declarado por ellas mismas* (proyecto de artículo 4).

18. El proyecto sigue siendo minimalista por cuanto se limita a remitir a la ley nacional en materia de "*requisitos de información*" de las partes en el contrato (proyecto de artículo 7). Esta última disposición tendrá después de todo un alcance aleatorio dada la importancia atribuida en otras partes del proyecto de convención a la libertad contractual (artículo 3 sobre autonomía de las partes).

19. *Cuenta habida también del extensivo ámbito de aplicación en el espacio que se contempla, estas disposiciones podrían ser utilizadas por las partes para eludir las obligaciones previstas por la ley nacional. En opinión de la delegación francesa, deberían recogerse en la Convención cinco elementos fundamentales:*

a) El lugar de ubicación de las partes debe ser el constituido por su establecimiento. Esta afirmación fundamental debería constar en el artículo 6.

b) El establecimiento debe ser objeto de una declaración o de una información obligatoria. El proyecto de artículo 6 lo prevé en forma de declaración facultativa, con el inconveniente capital de establecer en favor del declarante la presunción de que su establecimiento está situado en el lugar que indica. Esto llevaría paradójicamente a proteger desde el principio al vendedor y no a la otra parte contratante. Sería conveniente estipular que la declaración indique el lugar de establecimiento, la identidad y el número de matrícula en el registro mercantil. Es necesario, so pena de vaciarlas de su contenido, separar estas obligaciones mínimas, lo mismo que las relativas a la noción de establecimiento, de las disposiciones que las partes podrán exceptuar en ejercicio de su libertad contractual (proyecto de artículo 3).

c) Es conveniente -como lo hace con toda la razón el proyecto- afirmar que el establecimiento no se identifica con la instalación tecnológica por medio de la cual se efectúa el comercio electrónico.

d) Finalmente procede establecer normas claras, a fin de evitar la incertidumbre jurídica, especialmente en caso de litigio, que permitan determinar la ubicación de las partes. La imprecisión de la CIM a este respecto ha originado un importante punto de controversia. Se debería recurrir al efecto a la noción comúnmente admitida de establecimiento. En este aspecto, no parece indicado

proponer una definición específica en el texto: esta técnica presenta el inconveniente de dar lugar a una interpretación distinta de la misma noción en cada convención internacional, con el resultado de una fragmentación del derecho que no es de desear. Así, en lo que atañe al establecimiento, éste se distingue por una combinación de varios elementos: instalación caracterizada por un local, fijeza de la instalación -debe tener un cierto grado de permanencia apreciado con arreglo a la actividad de que se trate-, ejercicio de toda o parte de la actividad social en el lugar de la instalación. El grado de permanencia de la instalación se puede apreciar en función de la actividad de que se trate. Conviene igualmente precisar, lo que hace con toda razón el proyecto, que cuando una empresa tiene varios establecimientos, es importante tomar en consideración el que tenga la relación más estrecha con el contrato pertinente.

Ámbito de aplicación de la Convención: extensión demasiado amplia

20. *En lo que respecta al ámbito de aplicación en el espacio,* el proyecto de convención se aplica a los contratos "*entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados"* (proyecto de artículo 1). A diferencia de otros instrumentos internacionales, no se exigiría pues que las partes estén ubicadas en un Estado que haya adoptado la Convención. Resultado de esta disposición sería que la Convención fuera aplicable incluso a los Estados no partes en la misma, que no la habrían negociado ni aprobado. Bastaría, para hacer este texto universalmente aplicable, que hubiera sido ratificado por un pequeño número de países, según lo que se previera en las condiciones de entrada en vigor de la Convención.

21. Esta disposición rebasa claramente el alcance que se suele reconocer a las normas internacionales. Así, por ejemplo, la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CIM) de 1980, el instrumento de derecho uniforme más próximo por la materia tratada al proyecto de convención, es aplicable cuando las partes están establecidas en Estados contratantes o bien si las reglas de derecho internacional privado conducen a la aplicación de la ley de un Estado contratante.

22. La totalidad de las convenciones de la CNUDMI exigen que al menos una de las partes interesadas pertenezca a un Estado contratante. Además de la CIM, así ocurre en las convenciones sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías[5] sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente[6], y sobre la cesión de créditos en el comercio internacional[7]. Igual sucede con el Convenio, no entrado en vigor, sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional.

Parece pues imponerse la limitación del ámbito de aplicación en el espacio.

---

[5] "La presente Convención sólo se aplicará: a) cuando, en el momento de la celebración del contrato, los establecimientos de las partes en un contrato de compraventa internacional de mercaderías estén situados en Estados contratantes; o b) cuando, en virtud de las normas de derecho internacional privado, la ley de un Estado contratante sea aplicable al contrato de compraventa."

[6] "La presente Convención será aplicable a las promesas internacionales [...] si el establecimiento del garante/emisor en que se emite la promesa se halla en un Estado contratante."

[7] La presente Convención será aplicable a la cesión de créditos internacionales [...] cuando, en el momento de celebrarse el contrato de cesión, el cedente esté situado en un Estado contratante".

23. En cuanto al ámbito de aplicación *ratione materiae*, el proyecto contiene disposiciones adicionales que prevén que los Estados Signatarios harán una declaración por la que se comprometerán a aplicar la nueva convención a los instrumentos relativos al comercio internacional que la han precedido en el tiempo.

24. Entre los instrumentos que han parecido prestarse a este modo de proceder general, dos no han entrado todavía en vigor[8] y un tercero[9], que ha entrado en vigor, sólo cuenta con un pequeño número de Estados partes. La convención relativa a la prescripción en materia de compraventa se refiere a un tema particular no tratado por la CIM. En la práctica, esta lista se reduce entonces a la CIM y a la Convención de Nueva York de 1958 sobre las sentencias arbitrales extranjeras. Cabe preguntarse si no sería más ventajoso, *desde el punto de vista de la promoción de la futura convención en el plano internacional*, limitarse a enunciar en el preámbulo del texto un vínculo con la CIM, instrumento de derecho uniforme hoy día ampliamente reconocido y aplicado en el mundo.

25. Finalmente, es discutible el complejo sistema de reservas del artículo 18 y del ámbito de aplicación variable del artículo 19 pues creará modalidades de aplicación variables según cada Estado que haya adoptado la convención. Semejante régimen sería fuente de inseguridad jurídica.

26. Las principales *propuestas de enmienda* de Francia son las siguientes (subrayadas en el texto):

Preámbulo

27. *Deseosos de eliminar los obstáculos jurídicos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, y especialmente en los que puedan ser regidos por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías.*

28. Parece posible aligerar sensiblemente el preámbulo. Cabría limitarse a indicar los dos fines perseguidos: promover el uso de las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional e instaurar condiciones de confianza en las comunicaciones electrónicas.

Artículo 1 - Ámbito de aplicación- párrafo 1

"La presente Convención será aplicable [...] en distintos Estados contratantes."

Artículo 3 - Autonomía de las partes

"Las partes podrán excluir [...], *con excepción de las disposiciones relativas a ubicación de las partes, requisitos de información, reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas y requisitos de forma*."

Artículo 6 - Ubicación de las partes

1. *La ubicación de las partes será la constituida por su establecimiento.*

---

[8] Convenio sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional.

[9] Convención sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente.

2. *Las partes se informarán mutuamente del lugar de su establecimiento.*

3. El párrafo 2 pasa a ser el párrafo 3. Supresión de las palabras "no ha indicado un establecimiento y". Nueva numeración de los párrafos 3, 4 y 5 que permanecen invariables.

Artículo 7 - Requisitos de información

Las partes declararán su identidad, su lugar de establecimiento y su número de matrícula en el registro mercantil.

Artículo 9 - Requisitos de forma

Sustitución del término "*la ley*" por la fórmula "*cuando las convenciones internacionales aplicables, los usos del comercio internacional o la ley*" (párrafos 2, 3 y 4).

Artículo 14 - Error en las comunicaciones electrónicas

Cada parte deberá tener la posibilidad de corregir los errores de introducción de datos antes de confirmar su obligación.

A/CN.9/578/Add.17

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

Índice

II. Recopilación de observaciones

A. Estados observadores

14. Azerbaiyán

II. Recopilación de observaciones

A. Estados

14. Azerbaiyán

[Original: inglés]

[1º de julio de 2005]

1. Incorpórese al texto del artículo 2 el siguiente nuevo párrafo:

"La presente Convención no será aplicable a los contratos que requieran por ley la participación o actuación de tribunales, autoridades públicas o de profesionales que ejerzan algún tipo de autoridad pública; la intervención de notarios o profesionales equivalentes que ejerzan una actividad directa y específicamente relacionada con el ejercicio de la autoridad pública; la representación de un cliente y la defensa de sus intereses ante los tribunales."

2. Suprímanse, en el artículo 4, las definiciones de "comunicación" y sustitúyanse por las siguientes nuevas definiciones:

"se entenderá por 'comunicación comercial' toda forma de comunicación encaminada a promover, directa o indirectamente, los bienes, los servicios o la imagen de partes que lleven a cabo una actividad comercial, industrial o artesanal o que ejerzan una profesión. No constituirían de por sí comunicaciones comerciales: las informaciones que permitan tener un acceso directo a la actividad de las partes, en particular al nombre del dominio o a la

dirección de correo electrónico; las comunicaciones relacionadas con bienes, servicios o con la imagen de las partes que se hayan compilado de forma independiente, en particular cuando ello se haya hecho sin contraprestación financiera."

"se entenderá por 'intermediario' respecto de un determinado mensaje de datos la persona que, por cuenta de otra persona, envíe, reciba o archive ese mensaje de datos o preste otros servicios con respecto a dicho mensaje de datos."

3. Enmiéndese el párrafo 2 del artículo 10 del modo siguiente:

"A menos que convengan otra cosa el iniciador y el destinatario, la comunicación electrónica se tendrá por recibida en el momento en que entre en el sistema de información designado, en caso de que el destinatario haya designado un sistema de información para la recepción de comunicaciones comerciales. Cuando el destinatario no haya designado un sistema de información a tal efecto, una comunicación electrónica se tendrá por recibida en el momento en que sea recuperada por el destinatario o en que entre en un sistema de información de éste. Se presumirá que el destinatario podrá recuperar una comunicación electrónica cuando ésta llegue a sus destinatarios."

4. Insértese, en el artículo 11, el nuevo párrafo siguiente:

"Las partes que accedan a recibir comunicaciones comerciales no solicitadas por vía electrónica se asegurarán de que tales comunicaciones electrónicas enviadas por un intermediario establecido en su territorio son identificables con toda claridad y sin ambigüedad a partir del momento en que las reciba el receptor. Las partes adoptarán medidas para cerciorarse de que las entidades intermediarias que envíen comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico consultan con regularidad los registros en los que pueden inscribirse las personas físicas o jurídicas que no deseen recibir tales comunicaciones comerciales y de que dichas entidades respetan tal deseo."

II. CONTRATACIÓN PÚBLICA

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública acerca de la labor del sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004)

(A/CN.9/568) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Organización del período de sesiones	3-8
III.	Deliberaciones y decisiones	9-11
IV.	Examen de posibles temas para la futura labor	12-128
	A. Novedades en la contratación pública: aplicación en la contratación pública de la tecnología electrónica y sus nuevas vías de comunicación	12-54
	1. Observaciones generales	12-18
	2. Posibles tareas en la esfera de la contratación por vía electrónica	19-54
	a) Publicación por vía electrónica de la información relativa a la contratación pública	20-29
	b) Utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública	30-40
	c) Medidas de control de la utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública	41-45
	d) Subasta electrónica inversa o de puja o precio descendente	46-54
	B. Posibilidades de enmienda de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública	55-128
	1. Recursos a las listas de proveedores	55-67
	2. Acuerdos marco	68-78
	3. Contratación de servicios	79-93
	4. Evaluación y comparación de las ofertas, y empleo de la contratación pública al servicio de la política industrial, social o del medio ambiente	94-101
	5. Vías de recurso y medidas ejecutorias	102-113
	6. Otros asuntos	114-128

a) Otros métodos de contratación pública 114-118
b) Participación de la comunidad destinataria en la adjudicación . . . 119-122
c) Simplificación y racionalización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública 123-126
d) Legalización de documentos 127-128

I. Introducción

1. En su 37º período de sesiones, en 2004, la Comisión decidió que cabría actualizar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios[1] ("Ley Modelo") para recoger ciertas nuevas prácticas comerciales, particularmente las nacidas del creciente empleo de las comunicaciones electrónicas en el curso de la contratación pública, y de la experiencia adquirida en la utilización de la Ley Modelo como instrumento para la reforma del derecho interno. Se observó, no obstante, que la actualización del texto de la Ley Modelo debería hacerse de modo que no se alterara ninguno de los principios básicos de su régimen y no se modificara ninguna disposición que hubiera ya demostrado su idoneidad[2].

2. La Comisión decidió encomendar a su Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) la elaboración de propuestas para la revisión de la Ley Modelo. Se dio al Grupo de Trabajo un mandato flexible para determinar las cuestiones que deberían abordarse en sus deliberaciones y se pidió a la Secretaría que presentara al Grupo de Trabajo toda nota que procediera con miras a que se analizaran más a fondo, en el curso de sus deliberaciones, las cuestiones suscitadas en el documento A/CN.9/553[3].

II. Organización del período de sesiones

3. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su sexto período de sesiones en Viena del 30 de agosto al 3 de septiembre de 2004. Asistieron a las sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Belarús, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Japón, Lituania, Marruecos, México, Nigeria, Polonia, Qatar, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Rwanda, Singapur, Sri Lanka, Suecia, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda y Venezuela (República Bolivariana de).

4. Asistieron observadores de los siguientes Estados: Afganistán, Arabia Saudita, Filipinas, Malí, Perú, Ucrania y Yemen.

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), anexo I.

[2] Ibíd., *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 81.

[3] Ibíd., párr. 82.

5. Estuvieron, además, presentes observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Secretaría y Programa de las Naciones Unidas (Oficina de Asuntos Jurídicos (División de Asuntos Jurídicos Generales) y Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS)), Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) y Banco Mundial;

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Banco de Desarrollo del África Occidental, Comisión Europea y Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo;

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión*: Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Asociación Internacional de Abogados, Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) e Instituto Árabe de Planificación.

6. El Grupo de Trabajo eligió a las siguientes personas para integrar la Mesa:

Presidente: Sr. Stephen R. Karangizi (Uganda)

Relator: Sr. Marek Slegl (República Checa)

7. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: el programa provisional (A/CN.9/WG.I/WP.30); una nota de la Secretaría en la que se mencionaban las cuestiones que planteaba la creciente utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.31), y otra nota de la Secretaría en la que se presentaban otras posibles cuestiones que cabría revisar en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.32).

8. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Labor futura en materia de contratación pública.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe del Grupo de Trabajo.

III. Deliberaciones y decisiones

9. En su sexto período de sesiones el Grupo de Trabajo inició la elaboración de propuestas para la revisión de la Ley Modelo, en cumplimiento de una decisión adoptada por la Comisión en su 37º período de sesiones (véase párrafo 2 *supra*). El Grupo de Trabajo utilizó las notas de la Secretaría a que se hace referencia en el párrafo 7 *supra* (A/CN.9/WG.I/WP.31 y 32) como base de sus deliberaciones.

10. El Grupo de Trabajo decidió encomendar a la Secretaría la preparación de textos y de estudios en donde se reflejaran las deliberaciones del Grupo de Trabajo

para su examen en un futuro período de sesiones. Decidió asimismo que en su próximo período de sesiones examinaría a fondo los temas expuestos en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.31 y 32, que examinaría sucesivamente.

11. Al concluir sus deliberaciones sustantivas, el Grupo de Trabajo escuchó la presentación por representantes del Banco Mundial y de la FIDIC sobre el tema del fraude y la corrupción en la contratación pública, que fue seguida por una sesión de preguntas y respuestas. El Grupo de Trabajo pudo escuchar que el Banco Mundial había revisado recientemente el procedimiento que seguía para responder a toda denuncia de fraude o de corrupción, con miras a reforzar la eficiencia y eficacia de dicho procedimiento. El Grupo de Trabajo pudo también escuchar que la FIDIC había desarrollado un sistema al servicio de la integridad en la gestión, con la finalidad de prevenir el recurso a toda práctica corrupta mediante, entre otras cosas, el estímulo de la integridad en el marco institucional. El Grupo de Trabajo agradeció esas presentaciones y señaló que, en su labor en curso, se tendría en cuenta la necesidad de prevenir el fraude y la corrupción, al revisar el texto de la Ley Modelo.

IV. Examen de posibles temas para la futura labor

A. Novedades en la contratación pública: aplicación en la contratación pública de la tecnología electrónica y sus nuevas vías de comunicación

1. Observaciones generales

12. Se observó que dos importantes avances tecnológicos del último decenio habían cambiado la forma de llevarse a cabo la contratación pública: en primer lugar, se había difundido notablemente el recurso a los medios de comunicación electrónica y, en segundo lugar, algunos Estados negociaban actualmente ciertos sectores de su contratación pública por vía electrónica. Se observó que el recurso a dicha vía se estaba difundiendo rápidamente y era objeto de estudio en el marco del derecho interno de diversos países y en el seno de diversas organizaciones regionales e internacionales. Se observó además que la contratación pública por vía electrónica podría resultar muy provechosa, mejorando la rentabilidad y la transparencia del proceso de contratación.

13. El Grupo de Trabajo recordó que numerosos países habían adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI como modelo para modernizar su propio régimen de la contratación pública, por lo que el Grupo de Trabajo debería esforzarse por facilitar la difusión y la puesta en práctica efectiva del régimen preconizado por la Ley Modelo. Se observó además que debería, por ello mismo, evitarse adoptar un enfoque excesivamente prescriptivo, a fin de salvaguardar la flexibilidad que realzaba el valor de la Ley Modelo, conforme fue aprobada en 1994. El Grupo de Trabajo insistió en que debería preservarse la universalidad de la Ley Modelo que hacía que su régimen fuera adaptable a todos los ordenamientos, evitando toda peculiaridad que fuera propia de algún ordenamiento particular. Se observó, además, que toda revisión del texto de la Ley Modelo debería tratar de eliminar obstáculos a la introducción de los métodos más modernos de contratación pública.

14. El Grupo de Trabajo observó que las ventajas potenciales de la contratación pública anteriormente reseñadas se adecuaban perfectamente a las metas y objetivos principales de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el alcance de los cambios que procedía introducir en la Ley Modelo para que todo Estado promulgante pudiera sacar pleno provecho de la contratación por vía electrónica.

15. Se observó que el alcance del recurso a la contratación electrónica dependería de la disponibilidad de una infraestructura apropiada y demás recursos requeridos. Por ejemplo, el régimen aplicable al requisito de un escrito y a la firma electrónica, así como la conceptuación legal de lo que constituye un documento original o una prueba admisible por los tribunales podían constituir un obstáculo para la contratación pública por vía electrónica. Se observó que esas cuestiones habían sido tratadas por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) y por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001), y seguían siendo objeto de la labor de la Comisión. No obstante, se expresó el parecer de que la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno podría hacer remisión expresa a dichos textos y a la labor en curso de la Comisión en esta esfera.

16. El Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo en que, para preservar la coherencia, procedería resolver dichas cuestiones mediante medidas ajenas al régimen de la contratación pública de cada Estado promulgante, pero que dichas cuestiones deberían resolverse de forma que se facilitara el acceso de los interesados a toda oportunidad de contratación pública. Ahora bien, se habló también de que no estaría de más que la Guía impartiera cierta orientación respecto de dichas cuestiones.

17. El Grupo de Trabajo se mostró claramente favorable a la propuesta de que, dada la celeridad del avance tecnológico, al que los Estados miembros se iban adaptando a diverso ritmo, sería conveniente que las disposiciones de la Ley Modelo emplearan un lenguaje tecnológicamente neutro.

18. En resumen, el Grupo de Trabajo señaló tres principios básicos que deberían inspirar la utilización de la informática y de las vías de comunicación electrónicas en el marco de la Ley Modelo. En primer lugar, la Ley Modelo debería alentar en lo posible el recurso, en la contratación pública, a dicha tecnología y a dichas vías de comunicación. En segundo lugar, debería también enunciar ciertas reglas apropiadas al respecto en términos técnicamente neutros; y, en tercer lugar, debería impartir orientación más detallada en su Guía para la incorporación al derecho interno. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que el lenguaje utilizado en la Ley Modelo fuera aplicable a todas las vías de comunicación utilizables y en que se impartiera orientación respecto de los controles requeridos para la utilización correcta de cada una de esas vías.

2. Posibles tareas en la esfera de la contratación por vía electrónica

19. Se observó que las principales cuestiones a dilucidar en lo relativo a la contratación por vía electrónica eran las siguientes: la publicidad dada a la información concerniente a la contratación pública (particularmente en lo relativo a la promulgación de nuevas leyes o reglamentos aplicables a los contratos adjudicados), el pliego de condiciones y todo documento informativo conexo, la adjudicación de contratos, la negociación por vía electrónica, y la subasta

electrónica inversa (de puja regresiva o descendente). El Grupo de Trabajo pasó a examinar el alcance de su futura labor sobre cada una de dichas cuestiones.

a) Publicación por vía electrónica de la información relativa a la contratación pública

20. Se dijo que su publicación por vía electrónica daría, a la información relativa a la contratación pública, mayor difusión que la que cabía obtener por medio de la documentación consignada sobre papel, al hacerla accesible a un mayor número de proveedores. Se insistió en que el recurso a dicha vía tenía por objeto facilitar el acceso de los interesados a las oportunidades ofrecidas por la contratación pública.

21. El Grupo de Trabajo expresó el parecer de que la Ley Modelo debería alentar la difusión por vía electrónica de toda información que hubiera de publicar el Estado adjudicador, a tenor del texto actual de la Ley Modelo. Se opinó, además, que tal vez fuera conveniente impartir orientación en la Guía para su incorporación al derecho interno acerca de la conveniencia de que dicha información se publique por vía electrónica.

22. Se observó también que el texto del artículo 5 de la Ley Modelo enunciaba, a título de principio general, la regla de que debía darse una publicidad que hiciera accesible los textos de la propia ley y los de todo "reglamento de la contratación pública, así como todas las decisiones y directrices administrativas de aplicación general referentes a contratos cuya adjudicación se rija por la presente Ley", debiéndose procurar que dichos textos informativos sean puestos "sin demora" al alcance del público y sean además "sistemáticamente actualizados". El Grupo de Trabajo observó que el artículo 5 de la Ley Modelo estaba formulado en términos, al parecer, lo bastante latos para hacerlo aplicable a la publicación de dicha información por cualquier medio, ya sea por vía electrónica o consignada sobre papel, dado que se había regulado la cuestión desde la sola perspectiva de su accesibilidad.

23. El Grupo de Trabajo observó que el artículo 24 daba, por el contrario, a entender que la información requerida sería publicada sobre papel. Habida cuenta de las ventajas que podría reportar su publicación por vía electrónica, el Grupo de Trabajo convino en que tal vez procediera revisar el texto de dicho artículo con miras a eliminar todo obstáculo a la publicación por vía electrónica de dicha información.

24. Dado el objetivo de promover la adopción y puesta en práctica de la Ley Modelo, se convino en la necesidad de mantener su flexibilidad, y en el imperativo de que la labor del Grupo de Trabajo se ciñera a la tarea de buscar la manera de equilibrar lo dispuesto en la Ley Modelo, que enunciaría un régimen de la contratación pública inspirado en las políticas y principios, y lo recomendado en la Guía para su incorporación al derecho interno, en donde se examinarían las mismas cuestiones en mayor detalle y se impartiría, conforme procediera, directrices prácticas para el legislador. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo consideró que el texto de la Ley Modelo debía limitarse a enunciar ciertos principios rectores apropiados, pero impartiéndose en cambio una orientación más completa al respecto en la Guía para su incorporación al derecho interno. Por ejemplo, cabría examinar más en detalle la cuestión de la accesibilidad, para todo interesado, de la información disponible al respecto.

25. El Grupo de Trabajo observó que una cuestión importante era la de la índole imperativa u optativa de la regla de que se publicara la información disponible por vía electrónica, es decir, la de determinar si esa publicidad electrónica era de por sí obligatoria y suficiente, o meramente complementaria de la documentación tradicionalmente consignada sobre papel.

26. Hubo notable apoyo por el parecer de que la publicación por vía electrónica debería ser optativa, a fin de preservar el principio de la flexibilidad del régimen modelo y de respetar las prácticas imperantes en cada uno de los Estados que promulgaran dicho régimen. El Grupo de Trabajo observó además que debería mantenerse cierta coherencia en las modalidades de publicación, a fin de que fuera más localizable toda la información concerniente al contrato anunciado.

27. El Grupo de Trabajo consideró también la cuestión de si debía decretarse obligatoria la publicación por vía electrónica, pero fue del parecer de que dicha publicación siguiera siendo optativa en el marco de la Ley Modelo. No obstante, el Grupo de Trabajo convino en que se enunciaran en la Guía para su incorporación al derecho interno ciertas consideraciones que ayudaran al legislador a fijar ciertos umbrales de madurez tecnológica y de accesibilidad al mercado por vía informática a partir de los cuales cabría considerar la conveniencia de hacer obligatoria la publicación por vía electrónica de la información.

28. Respecto del contenido de la información publicable, el Grupo de Trabajo tomó nota de la conveniencia de que se examinara más en detalle la procedencia de que se incluyera, en el marco de toda nueva disposición o de toda nueva orientación que se impartiera, cierta información adicional hasta ahora no requerida, pero que pudiera ser de interés para los eventuales proveedores. Se observó que dicha información pudiera referirse a las orientaciones o políticas internas del país adjudicador, así como información general sobre contratos que fueran a adjudicar. Se observó que la Ley Modelo no se ocupaba actualmente de ese tipo de información, ya que, como sucedía en su artículo 24, se regulaba únicamente la publicación de ofertas de contrato o de convocatorias a licitación, sin que se dispusiera nada respecto de otras etapas anteriores del proceso de contratación. Se observó que toda información adicional requerida por el régimen de la Ley Modelo debería ser tal vez definida en su propio texto, o explicitada según procediera en la Guía para su incorporación al derecho interno. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que le presentara una nota adicional relativa a dichas cuestiones para que fuera examinada durante su próximo período de sesiones.

29. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara algunos proyectos de texto en donde se reflejara el contenido de sus deliberaciones, en forma tanto de disposición modelo como de texto ilustrativo o explicativo, para su futuro examen por el Grupo de Trabajo.

b) Utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública

30. En lo que respecta a la utilización de la vía electrónica en la contratación pública, se observó que entre las cuestiones más importantes figuraban las de: a) si el régimen de la contratación pública debería permitir o exigir a las entidades adjudicadoras que utilizaran la vía electrónica de común acuerdo con los proveedores o si deberían prever que cada una de las partes pudiera exigir de la otra que se utilizara la vía electrónica; b) si debería imponerse condiciones para la

utilización de la vía electrónica a fin de salvaguardar los objetivos del régimen de la contratación pública, procurando impedir que la vía electrónica elegida dificulte el acceso a la información o suponga un peligro para la confidencialidad, la autenticidad y la seguridad de las operaciones, o para la integridad de los datos.

31. Se observó que el párrafo 1) del artículo 9 de la Ley Modelo, que regulaba la forma que deberán revestir las comunicaciones intercambiadas en la contratación pública, dispone que, sin perjuicio de los requisitos de forma impuestos por la entidad adjudicadora en la convocatoria, todas las comunicaciones deberán efectuarse de tal forma que se deje constancia de su contenido. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que la Ley Modelo daba margen suficiente a la entidad adjudicadora para establecer todo "requisito de forma" que estimara oportuno, al invitar a los proveedores a participar en el proceso.

32. No obstante, se señaló que el texto actual de varias disposiciones de la Ley Modelo no permitía que se exigiera que los proveedores presentaran sus ofertas por vía electrónica. Por ejemplo, a tenor del apartado a) del párrafo 5) del artículo 30, las ofertas deberían "presentarse por escrito, firmadas y en sobre sellado" o "de cualquier otra forma que se especifique en el pliego de condiciones", a reserva de ciertos requisitos. El apartado b) del párrafo 5) del artículo 30 reconoce expresamente el derecho de todo proveedor a presentar su oferta por la vía "habitual" indicada en el apartado a) de dicho párrafo, a saber, por escrito, firmada y en sobre sellado. Según la Guía para la incorporación al derecho interno, se trata de una "salvaguardia ... importante por no tener todo el mundo igual acceso a ciertos medios no tradicionales de comunicación como el EDI [intercambio electrónico de datos]". La Ley Modelo no debería suponer un obstáculo para una utilización lo más eficiente posible de la vía electrónica, ni debería desfasarse respecto de todo avance registrado en las comunicaciones electrónicas. Tal vez deba ajustarse esas y otras disposiciones conexas, a fin de que no obstaculicen la utilización de las comunicaciones electrónicas.

33. Acerca de hasta qué punto cabía exigir o hacer obligatorio que las comunicaciones se intercambien por vía electrónica, y que incluso las ofertas se presenten por dicha vía, el Grupo de Trabajo entendió en general que era conveniente regular la cuestión con un criterio flexible. Hubo acuerdo general en que el Grupo de Trabajo, en sus deliberaciones, debería tratar de preservar esa situación, y en que no debería tener como objetivo, por ejemplo, facultar al proveedor para imponer a la entidad adjudicadora un determinado medio de comunicación. No obstante, en lo referente al derecho de la entidad adjudicadora a requerir que las comunicaciones se efectúen por vía electrónica, se estimó en general que no sería oportuno formular una regla que previera esa posibilidad en todos los casos y circunstancias.

34. Se estimó que, en ciertos casos, la obligatoriedad de la vía electrónica podría suponer, de hecho, una discriminación frente a algunos proveedores o entre ellos. Sin embargo, el párrafo 3) del artículo 9 de la Ley Modelo dispone que la entidad adjudicadora no discriminará contra ningún proveedor, ni entre unos y otros, por razón de la forma en la cual transmitan o reciban comunicaciones. Por consiguiente, no debería hacerse obligatorio el empleo de la vía electrónica en supuestos en los que algunos proveedores eventuales no tengan acceso, en condiciones de igualdad, a dicha vía de comunicación.

35. Se examinó la cuestión de si, aun cuando la convocatoria a precalificación fijara el mismo plazo para que todos los proveedores presentaran su documentación de precalificación, tal vez resultara discriminatorio, con arreglo al artículo 9 3) de la Ley Modelo, que ese plazo se fijara únicamente en función del tiempo requerido para dicho trámite por los que utilizaran la vía electrónica. Se observó que el hecho de que dos proveedores se valieran de diversas vías de comunicación no suponía en sí que se estuviera discriminando contra alguno de ellos. Hubo acuerdo general en que la regla del artículo 9 3) no obligaba a todos los proveedores a valerse de una misma vía de comunicación con la entidad adjudicadora. Tras deliberar al respecto, se convino en que el factor esencial que había de salvaguardar era el de la equivalencia efectiva entre las vías de comunicación utilizadas, a fin de que no hubiera discriminación entre ellas.

36. También en apoyo de un enfoque flexible de la cuestión, se estimó además que en la práctica podían darse situaciones en que las comunicaciones electrónicas no funcionaran adecuadamente, por ejemplo, a causa de las limitaciones de capacidad de los sistemas utilizados, como una amplitud de banda insuficiente para la transmisión de archivos electrónicos voluminosos, los fallos técnicos u otras circunstancias externas, como los cortes de suministro eléctrico o algún desastre natural.

37. En consecuencia, se sugirió que el Grupo de Trabajo previera opciones adecuadas en lo que se refiere al uso de las comunicaciones electrónicas regulado en la Ley Modelo. Según una de las opciones propuestas, no debería imponerse como requisito general la utilización de la vía electrónica.

38. A la luz de esos argumentos se sostuvo que el Grupo de Trabajo no debería formular disposiciones que regularan pormenorizadamente las circunstancias en las que se permitiera la utilización de la vía electrónica o en las que se establecieran los tipos de comunicaciones electrónicas y las condiciones para su debida aprobación o para la justificación de su empleo. La contratación pública difería mucho en lo relativo a la magnitud del contrato adjudicado y a sus requisitos comerciales y técnicos y, ante tales diferencias, no sería razonable tratar de formular reglas adaptables a todos los ordenamientos jurídicos. Tal vez bastara con indicar, en la Guía para la incorporación al derecho interno, las cuestiones que el legislador de cualquier Estado tal vez pudiera tomar en consideración al introducir o al permitir la utilización de la vía electrónica en la contratación pública.

39. El Grupo de Trabajo tomó nota de los argumentos expuestos. Sin embargo, se convino en general que sería útil formular disposiciones que permitieran expresamente y, en circunstancias apropiadas, promovieran la utilización de la vía electrónica, tal vez con la salvedad de que se evitara, en general, que la vía de comunicación impuesta por la entidad adjudicadora restringiera indebidamente el acceso al contrato adjudicado. En la Guía para la incorporación al derecho interno convendría tal vez agregar orientaciones y explicaciones sobre las diversas opciones relativas a los tipos de medios de comunicación disponibles y a las medidas de control que pudieran resultar necesarias.

40. El Grupo de Trabajo tomó nota de esas opciones y decidió que se plasmaran en todo proyecto de disposición modelo que la Secretaría preparara para ulteriores debates. El Grupo de Trabajo convino en que, independientemente de lo que al final

se decida, sería útil que en la Guía para la incorporación al derecho interno se proporcionara a los Estados una orientación detallada al respecto.

c) Medidas de control de la utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública

41. El Grupo de Trabajo reconoció que para que todo sistema de contratación pública por vía electrónica sea eficiente y fiable, será preciso adoptar medidas que salvaguarden la seguridad, la confidencialidad y la autenticidad del texto comunicado, así como la integridad de los datos, para lo cual tal vez convendría formular ciertas reglas y prácticas utilizables. En particular, se consideró que toda regla u orientación futura sobre la utilización de la vía electrónica en la contratación pública habría de ajustarse a los siguientes principios rectores:

a) La vía de comunicación impuesta no deberá obstaculizar arbitrariamente la participación en el proceso adjudicatorio (principio que permitiría exigir, en ciertos supuestos, que las comunicaciones se presenten sobre papel o por vía electrónica);

b) Deberá preverse algún procedimiento o sistema adecuado para determinar el origen (la autenticidad) de las comunicaciones;

c) Todo medio o dispositivo empleado deberá permitir preservar la integridad de los datos;

d) Los medios utilizados deberán permitir determinar el momento de recepción de los documentos, siempre que dicho momento sea relevante para la observancia del régimen de la contratación pública (por ejemplo, en la presentación de solicitudes de participación y de ofertas o propuestas);

e) Todo medio o dispositivo empleado deberá permitir impedir que la entidad adjudicadora o alguna otra persona tenga acceso a las ofertas y a otros documentos importantes antes del plazo fijado, a fin de evitar que la entidad adjudicadora transmita información sobre otras ofertas a sus proveedores preferidos, y también para evitar que algún otro concursante tenga acceso a dicha información (seguridad);

f) Deberá respetarse la índole confidencial de toda información presentada por los proveedores o relativa a ellos.

42. Por amplia mayoría, las delegaciones del Grupo de Trabajo consideraron que los principios arriba enunciados constituían una buena base para la formulación de reglas, pautas u orientaciones concretas al respecto. Sin embargo, hubo diferencias en cuanto al modo en que debían enunciarse esos principios y en cuanto a lo detallados que deberían ser.

43. A juicio de una delegación, la mayoría de esos principios ya se aplicaba a los procedimientos de contratación pública tramitados sobre papel; así ocurría, por ejemplo, con el principio de que las ofertas deberían ser auténticas y mantenerse confidenciales durante el curso de la licitación. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo debería sopesar cuidadosamente la necesidad de toda nueva regla o práctica que impusiera, y debería evitar enunciar principios sobre cuestiones ya reguladas en normas de derecho general o relativas al comercio electrónico o la firma electrónica.

El Grupo de Trabajo debería procurar no duplicar la labor ya realizada por la Comisión, por ejemplo, con su Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.

44. Según otra delegación, si el Grupo de Trabajo pretendía formular orientación legislativa que permitiera la utilización de comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública, sin que ello fuera imperativo, sería útil enunciar en la propia Ley Modelo las condiciones en que debería recurrirse a las comunicaciones electrónicas.

45. El Grupo de Trabajo convino en que convendría examinar más a fondo la forma en que habrá de impartir sus orientaciones. No obstante, hubo acuerdo general en que esas orientaciones deberían formularse en términos aplicables a todos los medios de comunicación, dando una idea general de los controles necesarios, y que tales orientaciones no deberían ser excesivamente perentorias.

d) Subasta electrónica inversa o de puja o precio descendente

46. El Grupo de Trabajo tomó nota de que si bien la subasta electrónica de puja o precio ofrecido descendente se encontraba, en sus diversas variantes, en una etapa inicial de su desarrollo, podía llegar a convertirse en un procedimiento de contratación al que se recurriera a menudo. La técnica de la subasta inversa o de puja descendente estaba estructurada conforme al modelo de un procedimiento de licitación o de presentación de ofertas en el que se facilitaba a los demás proveedores o licitantes información sobre el curso del precio de las demás ofertas presentadas, de forma que cada concursante podía mejorar o rectificar su oferta en régimen de competencia abierta o continua con los demás ofertantes o proveedores, sin conocer habitualmente la identidad de los demás concursantes. En una subasta electrónica de puja regresiva, los proveedores presentan su oferta por vía electrónica, en un sitio de la red destinado a dicha subasta, a la luz de la información facilitada sobre el curso del precio con miras a mejorar su propia oferta, rebajando su precio. Los proveedores podrán seguir por vía electrónica el curso del precio ofrecido a medida que la subasta avanza, rectificando su propia oferta a la luz de dicho curso. La subasta tal vez se desarrolle a lo largo de un plazo previamente anunciado, o tal vez haya de seguir abierta hasta que transcurra un cierto plazo sin que se presente ninguna nueva oferta. Se observó que la técnica de la subasta de precio descendente o regresivo solía utilizarse para productos y servicios de índole o calidad normalizada respecto de los cuales el único, o al menos el principal, criterio de valoración o de adjudicación había de ser el precio, por lo que el precio de la oferta presentada solía ser el único factor o elemento de la oferta que era objeto del "procedimiento de subasta". Ahora bien, cabía incorporar a la subasta otros criterios de valoración, o cabía destinar una fase aparte del procedimiento para la valoración de todo otro criterio que fuera deseable tener en cuenta para la adjudicación del contrato.

47. El Grupo de Trabajo observó que la Ley Modelo no regulaba en modo alguno la subasta. El método de licitación utilizable para la contratación de bienes y de obras preveía una sola fase de licitación para la presentación de una única oferta, y prohibía que se efectuara cambio alguno en cuanto al fondo de la oferta presentada, particularmente en lo relativo al precio (artículo 34 1) a)). Está igualmente prohibido que la entidad adjudicadora revele dato alguno relativo a una oferta presentada (artículo 34 8)), lo que impide que se recurra a la técnica de subasta, en el curso de un proceso de licitación, por acuerdo al respecto negociado entre la

entidad adjudicadora y los proveedores concursantes. La disposición por la que la Ley Modelo confiere un derecho a presentar la oferta por escrito en un sobre sellado o precintado impedía, a su vez, toda subasta sin el consentimiento de los proveedores (artículo 30 5) a) y b)). Dichas reglas son igualmente aplicables a la denominada licitación restringida (artículo 47 3)). Se sugirió que se eliminara de la Ley Modelo todo obstáculo que pudiera haber para la subasta inversa y otras vías de contratación electrónica.

48. Se preguntó si el Grupo de Trabajo examinaría también la conveniencia de regular otros tipos de subasta, no previstos actualmente por el régimen de la Ley Modelo. Se respondió que las objeciones de principio que habían motivado la decisión inicial de la CNUDMI de no regular la subasta de puja descendente en el texto de la Ley Modelo, principalmente el riesgo de que dicho método se prestara a connivencia o confabulación entre los proveedores, abogaba en contra de dicha inclusión dado que sólo cabría controlar adecuadamente ese riesgo en una subasta de precio regresivo que no diera a conocer la identidad de los ofertantes, por lo que únicamente esta técnica merecía ser reconocida como válida en la versión revisada de la Ley Modelo.

49. Se sugirió con firmeza que el Grupo de Trabajo impartiera orientación legislativa sobre la técnica de la subasta electrónica de puja descendente, dado que dicha técnica permitía obtener, conforme a la experiencia de algunos países, notables ahorros en la contratación, al estimular al proveedor a ofrecer su mejor precio. Esa técnica obraba además en aras de la transparencia del procedimiento, al incentivar a la entidad adjudicadora a definir minuciosamente los criterios de adjudicación ajenos al precio. La tecnología moderna permitía eliminar las principales objeciones que se hicieron a la subasta de puja descendente o regresiva en los años en que preparó la Ley Modelo. Cierto es que la tecnología de la información permite llevar a cabo con la debida transparencia una subasta de precio regresivo (al tener todos los concursantes acceso permanente al curso de la oferta y al ser visible para todos los participantes el resultado de la subasta), sin menoscabar la confidencialidad de la oferta y de la identidad del ofertante, que era un factor esencial para reducir el riesgo de connivencia o confabulación entre los proveedores eventuales. La tecnología electrónica facilitaba el recurso a la subasta de precio regresivo, al reducir notablemente los gastos administrativos de la operación.

50. En cuanto a la forma de incorporar las reglas aplicables a la subasta electrónica de puja descendente, al régimen actual de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, se sugirió regular dicha subasta como un método *sui generis* de contratación, en vista de sus rasgos diferenciales, como el de publicar el curso del precio ofrecido antes de la clausura del procedimiento de contratación (publicación, por lo demás, prohibida) y la valoración en dos etapas de la oferta, que eran rasgos ajenos a los métodos tradicionales, por lo que requerirían la formulación de reglas especiales al respecto. Pero también se propuso que se regulara la subasta electrónica como una nueva versión de alguno de los métodos tradicionales, y no como un método de contratación totalmente nuevo que requiriera la formulación de un régimen legal aparte.

51. Ahora bien, se urgió al mismo tiempo cierta cautela en vista de algunas dificultades eventuales de la subasta electrónica de precio regresivo. Cabe citar, por ejemplo, el riesgo de focalizar en exceso la valoración de la oferta en el precio, así

como el riesgo de que algún proveedor se sienta tentado a ofrecer un precio anormalmente bajo (fenómeno descrito a veces como "fiebre de la subasta"), lo que daría lugar a graves problemas durante la etapa de ejecución del contrato si el proveedor seleccionado se veía en la imposibilidad de cumplir lo prometido. Se dijo además que la entidad adjudicadora tal vez no detectara con facilidad un eventual abuso de la subasta electrónica de precio regresivo para confabularse entre los ofertantes, riesgo particularmente grave en un mercado que estuviera dominado por algún oligopolio, en donde los concursantes se valieran de la técnica de la subasta para señalarse entre ellos el precio que convendría ofrecer a la entidad adjudicadora. Una técnica alternativa más segura, al menos en algunos mercados, era la del denominado método de "compra dinámica" ("dynamic purchasing"), en donde el precio del mercado se determinaba mediante el recurso a catálogos electrónicos, que ofrecían además la ventaja de ser más flexibles que la subasta electrónica de precio regresivo.

52. Prevaleció el parecer de que, de estar bien estructurada y si se administraba correctamente, las ventajas de la subasta electrónica eran superiores a sus eventuales inconvenientes. Dado su creciente uso, procedía regular la subasta electrónica de precio descendente en el marco de la Ley Modelo y tratar de impartir directrices sobre cómo eliminar o mitigar todo riesgo eventual de abuso de dicho método. Por ejemplo, respecto de la clase de contratos que cabría adjudicar por el método de la subasta electrónica de precio descendente, se opinó en general que debería señalarse al Estado promulgante que dicho método resultaría ventajoso en la medida en que fuera posible formular un pliego de condiciones común y claramente definido para toda oferta que fuera a presentarse, así como para contratos respecto de los cuales todo criterio de valoración, distinto del precio que se fuera a utilizar, fuera fácilmente cuantificable. El riesgo de que se ofreciera un precio anormalmente bajo podría ser atendido por una disposición similar a la ya existente, en algunos regímenes de ámbito regional, por la que se facultara a toda entidad adjudicadora, que sospechara que el precio ofrecido por algún proveedor era irreal, a pedir que dicho proveedor le facilitara información adicional, corroborando la validez del precio ofrecido.

53. Se observó, a dicho respecto, que el problema de la oferta de un precio anormalmente bajo se extendía más allá de la denominada "fiebre de la subasta" que se daba a veces en la subasta electrónica de precio regresivo. De hecho, el riesgo de que se ofreciera un precio atractivo pero irreal podría darse en el marco de cualquier otro método de contratación. Se observó además que la Ley Modelo no había regulado expresamente dicho problema, al parecer por ser difícil darle una solución adecuada. El fijar un umbral mínimo razonable para el precio ofrecido no parecía ser una solución compatible con el principio de la libre competencia que inspiraba la Ley Modelo. Otras soluciones, como la de facultar a la entidad adjudicadora para rechazar ciertas ofertas por razón del precio anormalmente bajo que ofrecían, se prestarían, a su vez, a abusos, por lo que deberían ser cuidadosamente estudiadas.

54. El Grupo de Trabajo concluyó su estudio de esta cuestión reconociendo la realidad de la denominada subasta de puja o de precio descendente y su deseo de examinar toda disposición de derecho supletorio que se juzgara oportuna para facultar el recurso a la subasta electrónica de puja descendente en la Ley Modelo. Ahora bien, antes de adoptar una decisión definitiva al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que sería conveniente reunir más información sobre las

aplicaciones prácticas de la subasta electrónica de puja descendente, en países donde ya se hubiera introducido dicho método. Se pidió a la Secretaría que presentara dicha información en forma de un estudio comparativo de la experiencia práctica adquirida, e indicando toda solución existente para atenuar el riesgo de que algún concursante ofreciera un precio anormalmente bajo en el marco de una subasta electrónica. Además de analizar la práctica actual en lo relativo a la subasta electrónica de precio regresivo, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que llevara a cabo un estudio comparativo de las soluciones adoptadas por las entidades adjudicadoras para eliminar toda oferta de un precio irreal. Se convino en que el estudio examinara también la relación entre la práctica de ofrecer precios anormalmente bajos y la normativa legal protectora de la libertad de competencia comercial.

B. Posibilidades de enmienda de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

1. Recursos a las listas de proveedores

55. Se observó que las denominadas listas de proveedores (conocidas también por el nombre de listas profesionales o listas de entidades cualificadas) designaban a las entidades de competencia reconocida para ciertos tipos de contratos adjudicables y podían funcionar como listas de inscripción obligatoria o de inscripción opcional. En las listas de inscripción obligatoria el proveedor había de inscribirse en la lista para poder participar en el proceso adjudicatorio de todo contrato. Tratándose de una lista opcional, el proveedor podía optar por inscribirse, pero el hecho de no hacerlo no le impediría concursar válidamente para la adjudicación de determinado contrato. La admisión de un proveedor a una lista tal vez conlleve una evaluación plena o parcial de su aptitud para ejecutar determinados contratos, o tal vez no entrañe evaluación alguna del proveedor inscrito. Ahora bien, lo habitual es que se haga una evaluación inicial de ciertas aptitudes profesionales y técnicas del proveedor, dejándose los pormenores a la evaluación que habrá de hacerse al seleccionarse a dicho proveedor para la posible adjudicación de determinado contrato.

56. Se observó también que, además de lo que habitualmente se designaba por el nombre de “listas de proveedores”, existían instrumentos análogos denominados “registros de contratistas” y otros catálogos de proveedores. Se convino en que se abordara en el debate todo tipo de inscripción que funcionara de hecho como una lista de proveedores, cualquiera que fuera el nombre que se le diera y con independencia de si la inscripción corría a cargo de la propia entidad adjudicadora o de un tercero.

57. El Grupo de Trabajo observó que la Ley Modelo no regulaba las listas de proveedores, aun cuando no prohibía el recurso de la entidad adjudicadora a una lista opcional para seleccionar al proveedor en la adjudicación de un contrato que no fuera obligatorio anunciar por algún medio de publicidad reconocido, como pudiera ser el caso de todo contrato adjudicable por licitación restringida, negociación competitiva, solicitud de cotizaciones o contratación con un solo proveedor o contratista. Se sugirió que al tiempo de prepararse la Ley Modelo, la Comisión no se mostró favorable a la difusión de dichas listas, que por aquel entonces iba en

retroceso, por estimar que ofrecían a la entidad adjudicadora una oportunidad para limitar la competencia y practicar el proteccionismo comercial. Dicho criterio era conforme a la política de muchas instituciones financieras internacionales, que no consideraban a dichas listas como una práctica comercial recomendable. Se observó además que la regulación, por aquellas fechas, de las listas de proveedores hubiera obligado al Grupo de Trabajo a regular cuestiones que no estimaba oportunas, particularmente la de si dichas listas debían ser de inscripción obligatoria u optativa y la de determinar los controles requeridos para un empleo equitativo de las mismas. Por aquel entonces, la Comisión no estimó, sin embargo, oportuno desaconsejar su empleo.

58. Se observó que, en muchos Estados, se recurría cada vez más a las listas de proveedores, particularmente para la compra a granel de ciertos artículos básicos. Dicha difusión se debía en parte al empleo cada vez mayor de catálogos electrónicos, es decir, a catálogos de productos de un único o de varios proveedores. A raíz de ciertos procesos de licitación, se seleccionaba a algunos proveedores para que presentaran un catálogo electrónico que la entidad adjudicadora utilizaría para seleccionar mercancías y servicios y formular sus pedidos, práctica que tal vez diera lugar a que un mayor número de contratos fueran adjudicados por vías que dependieran de hecho de una lista de proveedores.

59. Se tomó nota de las ventajas y desventajas reportadas por el empleo de listas de proveedores. En países en donde era frecuente su empleo, se solía decir que dichas listas racionalizaban el proceso de contratación, reduciendo los gastos que suponía para la entidad adjudicadora y para los proveedores, dotándolo así de mayor eficiencia y rentabilidad, metas todas ellas enunciadas en el propio texto de la Ley Modelo. Se aducía, en particular, que dichas listas ahorraban tiempo y gastos administrativos al eliminar la necesidad de tener que presentar y evaluar para cada contrato la información sobre las aptitudes del contratista o proveedor seleccionado para ejecutar el contrato, al tiempo que reducían los gastos que había de hacer el proveedor para obtener información relativa al contrato. Se observó, no obstante, que el funcionamiento de dichas listas no siempre había reportado ahorros y que en la práctica habían servido en ocasiones para restringir la competencia e incluso para facilitar prácticas de confabulación o de corrupción. También cabía observar que las listas funcionaban en la práctica como listas de inscripción obligatoria, aun cuando se dijera que la inscripción era opcional. Se observó que esos riesgos eran aún mayores cuando esas listas funcionaban de manera oculta.

60. Se observó que en aquellos regímenes en los que se regulaba la utilización de listas, se limitaba el recurso a dichas listas en algunos supuestos y se controlaba su utilización a fin de que funcionaran con la claridad y transparencia debida. Entre las medidas de control impuestas cabe señalar ciertos requisitos como el de que se mantuviera permanentemente abierta la vía de inscripción a dicha lista, el de que se tramitara la inscripción a la mayor brevedad posible, y el de que se permitiera la inscripción por correo, y (de ser viable) presentar la solicitud de inscripción por Internet.

61. Por todo ello, al reconocerse que el recurso a dichas listas, fuera o no conforme con las metas y objetivos de la Ley Modelo, era cada vez más frecuente en diversos Estados, se convino en que procedía reconocer su existencia y la legitimidad de su empleo. De hecho, de no obrarse así se estaría contraviniendo los principios de la Ley Modelo, al no permitir dicha actitud que se impusiera a esa

práctica comercial ciertas normas mínimas de transparencia en su funcionamiento. A título aparte, se convino en que regular el buen empleo de las listas de proveedores permitiría ofrecer una vía transparente y no discriminatoria para la selección de proveedores en el marco de aquellos métodos de contratación de índole restrictiva, para los que la Ley Modelo no imponía control alguno respecto del método a seguir en la selección del proveedor, y en que debería regularse también la utilización de toda otra lista o registro oficioso de proveedores (así como las inscripciones en alguna lista o registro llevado por un tercero). La finalidad de este ejercicio sería conseguir que las vías de acceso a toda eventual lista de proveedores fueran más equitativas y transparentes para los interesados. Además, dado que las listas de proveedores estaban ya reconocidas por algunos regímenes internacionales de contratación pública reconocidos como obligatorios por algunos de los Estados miembros de la Comisión, cierto grado de armonización al respecto era no sólo necesaria sino deseable.

62. En aras de la transparencia y a fin de prevenir toda discriminación en el empleo de las listas de proveedores, el Grupo de Trabajo pasó a examinar la manera de regularlas. Se expresó el parecer de que dichas listas se habían de emplear con cautela, dado el riesgo que entrañaban para la competencia y la transparencia. El Grupo de Trabajo observó la necesidad de equilibrar lo dispuesto en el texto de la Ley Modelo y la orientación impartida al respecto en la Guía para su incorporación al derecho interno, y recordó, a título de principio general, que ni uno ni otro texto debería ser excesivamente prescriptivo.

63. El Grupo de Trabajo se mostró claramente favorable a que las listas utilizadas fueran optativas y no obligatorias. Se recordó que el principal método de contratación previsto por la Ley Modelo, es decir, la licitación, excluía de por sí el empleo de una lista obligatoria, al presuponer el empleo de una convocatoria abierta a licitación o su equivalente. Se dijo que permitir el recurso a una lista de inscripción obligatoria en la licitación supondría la sustitución de una convocatoria abierta a la prueba de precalificación por un proceso de selección de los invitados a presentar una oferta de entre los proveedores ya inscritos en una lista, lo que constituiría un retroceso que privaría a los principales métodos de contratación previstos por la Ley Modelo de su razón de ser.

64. Se observó además que tal vez procediera que el Grupo de Trabajo tratara de limitar la posibilidad de recurrir a listas de proveedores a determinados supuestos y para determinados fines. Se sugirió, en particular, que se limitara el empleo de toda lista que fuera de inscripción obligatoria a contratos que no fuera obligatorio adjudicar por vía de licitación y a ciertos registros de contratistas o compilaciones similares. Se adujo, contra dicho parecer, que dichas restricciones tal vez no fueran convenientes, dado que se habría de recurrir necesariamente a dichas listas en todo procedimiento restrictivo de contratación.

65. Se sugirió que la obligación de dar a conocer la existencia de dichas listas supondría de por sí un factor de control importante sobre su empleo. Se convino en que la existencia de esas listas debería ser anunciada con regularidad y continuidad. Se observó, a dicho respecto, que la Ley Modelo no permitía que el anuncio de la existencia de una lista fuera empleado, por razones de eficiencia, como medio para cumplir con la obligación de anunciar todo contrato que se fuera a adjudicar. El Grupo de Trabajo convino en reconsiderar, en alguna fecha ulterior, si la Ley

Modelo debía permitir que se recurriera al anuncio de la existencia de una lista para omitir la obligación de anunciar la adjudicación de determinado contrato.

66. El Grupo de Trabajo convino, además, en que se diera a todo proveedor eventual la oportunidad de llegar a conocer la existencia de una lista, a fin de poder inscribirse en ella y de poder solicitar oportunamente toda prueba de aptitud que estuviera prevista para poder ser incluido en dicha lista en un plazo razonable (con miras a evitar que toda demora injustificada en el trámite de la inscripción obstaculice, de hecho, la competencia comercial deseable), y de que se le notificara toda decisión de clausurar una lista o de cancelar su inscripción en ella. Otro control conexo sería el de que se permitiera participar a todo proveedor que no hubiera completado su inscripción, cuando dicha inscripción se viera demorada, en espera de algún certificado estatal de índole fiscal o similar, siempre que por lo demás hubiera tiempo suficiente para completar el proceso de inscripción.

67. En cuanto a si procedería incluir ciertos textos en el propio cuerpo de la Ley Modelo o en la Guía para su incorporación al derecho interno (previéndose en algunos casos su publicación en los reglamentos pertinentes de cada Estado), el Grupo de Trabajo convino en que toda decisión a dicho respecto solo sería posible cuando pudiera examinar los textos eventualmente propuestos. Toda cuestión sobre la que no se hubiera llegado a un consenso sería de nuevo examinada en esa fase ulterior.

2. Acuerdos marco

68. Se observó que los acuerdos marco eran acuerdos encaminados a asegurar el suministro reiterado de un producto o de un servicio durante cierto período, y en los que se hacía una convocatoria inicial a licitación conforme a un pliego de condiciones bien definido, para la selección de uno o más proveedores en función de sus ofertas, con miras a hacer subsiguientemente pedidos periódicos o a adjudicar periódicamente contratos al proveedor o a los proveedores elegidos. La necesidad de este tipo de contratos surgía siempre que una entidad adjudicadora requería determinados productos o servicios durante cierto período, pero sin saber la cantidad, la índole o el momento exacto en que se requeriría. Los acuerdos marco podían concertarse con un único proveedor o con varios y, según se ha afirmado, están muy difundidos. En algunos países los contratos marco estaban regulados por el derecho interno y estaban además reconocidos por algunos órganos regionales o por instituciones crediticias internacionales.

69. Se ha dicho que el acuerdo marco ofrecía indudables ventajas, frente al inconveniente de tener que iniciar un nuevo procedimiento de contratación cada vez que se requiera un producto o un servicio, pues permitía ahorrar los gastos y el tiempo requerido para su tramitación. En particular, se evitaban los gastos de publicidad de cada contrato y de tener que evaluar las cualificaciones de los proveedores para cada pedido cursado, ya que esa fase del proceso solo se llevaba a cabo una vez al celebrarse el acuerdo marco. Se sostuvo que los acuerdos marco podían resultar también rentables y facilitar el cumplimiento de otros objetivos de la contratación pública al prever un procedimiento más transparente del que cabría seguir en el caso de pequeñas compras. En particular, se observó que la suma agregada de los importes de varios contratos en un acuerdo marco podía justificar los gastos de publicidad, y que todo proveedor que fuera beneficiario de un acuerdo

marco estaría interesado en supervisar la buena marcha de las compras efectuadas en el marco de dicho acuerdo.

70. Se dijo que no había disposición alguna en la Ley Modelo que regulara expresamente los acuerdos marco. En cierta medida, cabía argumentar que los acuerdos con un único proveedor y algunos acuerdos con varios proveedores podrían tramitarse por los procedimientos existentes, por ejemplo, adjudicándolos por licitación, pero escalando las entregas en lotes. No obstante, a tenor de la Ley Modelo, el pliego de condiciones debía especificar la cantidad requerida de bienes, aun cuando cabía prever que la reglamentación adjunta autorizara una mera estimación, mientras que en un acuerdo marco no solía conocerse la cuantía de la demanda total o definitiva. Se señaló además que en el procedimiento de licitación previsto en la Ley Modelo tampoco se preveían acuerdos que solo pasaran a ser vinculantes a medida que se cursaran los pedidos. En particular, el párrafo 4) del artículo 36 disponía que un contrato nacía una vez aceptada una oferta y no preveía que los contratos solo entraran en vigor a medida que la entidad adjudicadora decidiera cursar sus pedidos. Se argumentó que el requisito, previsto en el artículo 14, de que se publicara un anuncio de todo contrato que se fuera a adjudicar, que era aplicable a todos los procedimientos, no parecía idóneo para dar publicidad a los acuerdos marco. Por otra parte, no existía ninguna obligación de publicar los resultados de una elección de proveedores para un acuerdo marco ni, lógicamente, de publicar pormenores de los contratos adjudicados a los diversos proveedores.

71. Se advirtió que convendría que el Grupo de Trabajo enfocara la cuestión de los acuerdos marco con cautela. Se indicó que actualmente algunos países con mucha experiencia en la celebración de acuerdos marco estaban examinando a fondo su funcionamiento. Se había reconocido que en esos países los acuerdos marco habían permitido realizar notables economías en el presupuesto general para la contratación pública. No obstante, los acuerdos marco también habían originado gastos que, no por ser difíciles de evaluar, eran insignificantes. A este respecto cabe señalar las oportunidades perdidas por los proveedores no seleccionados para los acuerdos marco, la falta de transparencia y la disminución de la competencia.

72. Se sostuvo además que, para administrar adecuadamente los acuerdos marco, era preciso velar continuamente por la máxima transparencia y competencia en cada fase del proceso de contratación, publicando incluso todo nuevo pedido adjudicable y todo contrato adjudicado con miras a invitar una respuesta directa del mercado cuando la solución prevista en el acuerdo marco no fuera óptima. No obstante, sin la suficiente transparencia y competencia, los acuerdos marco tendían a crear un mercado basado en las relaciones ya existentes entre proveedores y compradores, en detrimento de la competencia entre los proveedores, lo que ni era deseable ni debía promoverse. Como medida de control deseable cabía citar la creciente tendencia hacia formas no vinculantes de acuerdo marco, cuyo origen remontaba a los costosos litigios entablados por algunos proveedores que habían impugnado la adjudicación de contratos a proveedores que no figuraban entre los firmantes iniciales de un acuerdo marco. También se expresó preocupación por la duración de un acuerdo marco, que en general no debería exceder de la vida útil de la tecnología ni prolongarse más allá del momento en que se produjera algún cambio en las necesidades de la entidad adjudicadora.

73. En respuesta, se expuso ante el Grupo de Trabajo la experiencia positiva que se había tenido, en otras regiones, en la ejecución de acuerdos marco. En algunos países se había recurrido a los acuerdo marco con un único proveedor para la compra reiterada de pequeñas cuantías de determinados productos, cuando la cantidad requerida era variable y no se conocía el momento en que se necesitaría. Con el fin de evitar una larga serie de contratos de escaso interés para los proveedores, se había recurrido a la técnica del acuerdo marco para el suministro de cierta cantidad aproximada a lo largo de uno o más años, evitándose así los elevados gastos de tener que convocar sucesivos concursos para cada nueva compra. Se reconoció que los acuerdos marco también planteaban algunos problemas, pero se sostuvo que no eran insuperables. Por ejemplo, el riesgo de pérdidas resultantes de la compra a precio fijo cuando los precios caían en el mercado (como sucedía a menudo con el precio de los productos informáticos) podía compensarse con la introducción de una segunda etapa competitiva, en forma de miniconvocatoria, cada vez que surgiera la necesidad de efectuar una nueva compra. Cabía citar como control habitual el de limitar la duración del acuerdo admitiendo únicamente prórrogas que se justificaran. Cabía también prever alguna vía de reconsideración del acuerdo para paliar los riesgos de precios excesivos cuando pareciera que los proveedores no respetaban alguna regla.

74. Las delegaciones convinieron en general en la necesidad de que la Comisión reconociera el hecho de que los acuerdos marco, aunque no se mencionaran en la Ley Modelo, se utilizaban en la práctica. Sin embargo, había divergencias entre las delegaciones sobre la forma en que convendría regular dichos acuerdos.

75. El Grupo de Trabajo expresó firme apoyo a favor de que se impartiera asesoramiento al respecto que no se limitara al mero reconocimiento de las prácticas ya existentes. Más que esto, los Estados promulgantes esperaban que la Comisión les diera orientación sobre el mejor modo de sacar provecho de los acuerdos marco. Debería asesorarse a los Estados sobre ciertas salvaguardias mínimas para evitar abusos y asegurar la eficiencia en el gasto público. Se sugirió al Grupo de Trabajo que examinara, entre otras, las siguientes cuestiones: a) el nivel de competencia que se estimara deseable para un acuerdo marco con múltiples proveedores; b) la conveniencia de que los acuerdos marco fueran de índole excluyente; c) los criterios apropiados para fijar la duración de un acuerdo marco; d) los tipos de contrato que convendría adjudicar mediante un acuerdo marco; e) los procedimientos a seguir para seleccionar los participantes en un acuerdo marco y para adjudicar los pedidos de compra. Sin embargo, incluso algunos de los partidarios de que se examinara más en detalle la técnica de los acuerdo marco previnieron al Grupo de Trabajo contra el riesgo de que se limitara la utilidad de los acuerdos marco si se imponían demasiadas condiciones para su utilización. Se estimó que algunas cuestiones debían dejarse en manos de la entidad adjudicadora.

76. Ahora bien, según algunos no había nada en la Ley Modelo que impidiera que un Estado previera en su ordenamiento el recurso a un acuerdo marco. De hacerse algo, bastaría con que la Guía para su incorporación al derecho interno reconociera su existencia e impartiera información sobre los problemas que podían darse en su aplicación. Se sugirió que el Grupo de Trabajo adoptara un criterio flexible y pragmático y que se abstuviera de impartir directrices demasiado perentorias al respecto. Por ejemplo, la duración de los acuerdos marco debería regirse por factores externos objetivos, como el tipo de tecnología y las condiciones del

mercado, y no por límites temporales arbitrarios. Del mismo modo, tampoco sería deseable formular una lista de supuestos en que los acuerdos marco resultarían apropiados, dado que las condiciones variaban enormemente de un Estado a otro y porque la Ley Modelo debería poder aplicarse adecuadamente en todas partes.

77. Se respondió a dicha actitud que la Guía para la incorporación al derecho interno solo podría impartir asesoramiento sobre cómo conformar los acuerdos marco al régimen de la Ley Modelo, en la medida en que dicho régimen hubiera previsto y fuera aplicable a dichos acuerdos. Se dijo que la Ley Modelo no había previsto el acuerdo marco y que, en algunos supuestos, su régimen tal vez supusiera un obstáculo para el empleo de dichos acuerdos. Por consiguiente, no bastaría con que la Guía formulara ciertas declaraciones generales para regular el empleo de dichos acuerdos y la Guía no sería además el lugar adecuado para regular el acuerdo marco, si el Grupo de Trabajo llegaba a la conclusión de que el régimen de la Ley Modelo era contrario a que se emplearan dichos acuerdos.

78. A fin de facilitar el curso de las deliberaciones sobre el criterio general a seguir respecto de los acuerdos marco, y sobre si procedía o no regularlos con cierto detalle y la mejor manera de hacerlo (mediante disposiciones modelo, orientación legislativa o de ambas formas a la vez), se convino en que el Grupo de Trabajo debía primero examinar si la Ley Modelo, en su forma actual, suponía un obstáculo para el empleo de los denominados acuerdos marco. El Grupo de Trabajo convino en pedir a la Secretaría que preparara una nota sobre este asunto, presentando, si procedía, algún texto ilustrativo, para que pudiera ser examinado por el Grupo de Trabajo en algún período ulterior de sesiones.

3. Contratación de servicios

79. Las deliberaciones trataron de determinar si debía revisarse el texto de la Ley Modelo a fin de limitar el ámbito de los servicios adjudicables por el "método principal para la contratación pública de servicios" previsto en los artículos 37 a 45 de la Ley Modelo. Se observó que ese método había dado resultado en la práctica para ciertos tipos de contratos, principalmente para la adjudicación de servicios intelectuales que no se prestaran a ser medidos en función de un producto material, tales como los servicios de consultoría y otros servicios profesionales. Se cuestionó, no obstante, su idoneidad para la adjudicación de servicios respecto de los cuales la entidad adjudicadora pudiera dar, por adelantado, especificaciones tanto cualitativas como cuantitativas. Se observó que, el hecho de que la Ley Modelo hubiera considerado a los servicios como una categoría aparte, había dado lugar a que se prestara atención a las características especiales de algunos servicios en detrimento de los rasgos comunes de la contratación de muchos servicios con la contratación de bienes y obras.

80. El Grupo de Trabajo tomó nota de la información de antecedentes facilitada en los párrafos 41 a 44 de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.32) acerca de las disposiciones por las que se regulaba, en la Ley Modelo, el "principal método para la contratación de servicios". Se examinó también la experiencia en esta materia de algunas organizaciones regionales y nacionales. Se había observado, como rasgo común, que el régimen de la contratación de servicios solía ser más flexible que el de la contratación de bienes y obras.

81. Los métodos previstos por una organización económica regional permitían el recurso a una forma flexible de negociación competitiva, sujeta a la publicación previa del contrato ofrecido, como método principal de contratación para todo supuesto en el que no fuera posible presentar un pliego de condiciones bien definido. Esta forma de negociación sería particularmente aplicable a los servicios financieros y a los "servicios intelectuales", definidos como servicios sin producto material alguno (pese a ser su rasgo distintivo el factor intelectual), aun cuando el rasgo esencial de estos servicios era su faceta cualitativa, es decir, el mérito técnico incorporado a la propuesta presentada. Su aplicación no estaba, sin embargo, limitada a dichos servicios. Las respuestas iniciales dadas por los proveedores permitirían ir ultimando el pliego de condiciones. A fin de no desatender la cuestión de la transparencia y de preservar la flexibilidad del proceso, se habría de difundir todo cambio importante que se introdujera, durante el proceso, en el pliego de condiciones, indicándose claramente el momento en el que dicho pliego se diera por ultimado. Se consignaría, en el expediente, la mejor y definitiva oferta de cada proveedor, a título de garantía del procedimiento.

82. Una entidad financiera multilateral había adoptado un enfoque algo distinto. Observando que los bancos de desarrollo no intervenían en la contratación de ciertos servicios de índole más simple (tales como los servicios de limpieza), dicha entidad había deslindado los "servicios intelectuales", conforme fueron descritos anteriormente, de las demás categorías de servicios adjudicables. Tras una convocatoria general a que se expresara interés, se solía invitar a un número restringido de proveedores a que presentaran sus propuestas, posiblemente a raíz de algún procedimiento oficial de precalificación. El valor cualitativo de cada propuesta sería incorporado a su valoración, junto con el precio, conforme a criterios que diferían según cuál fuera la categoría de los servicios adjudicados, y se seleccionaría de dicho modo la propuesta ganadora. Dado que el costo relativo de preparar una buena propuesta resultaba elevado, se consideraba improcedente invitar a demasiados proveedores a asumir dichos gastos con escasas probabilidades de ser seleccionados, ya que ello constituiría un factor disuasor de la participación, que repercutiría en última instancia en la competitividad y el éxito en general del procedimiento de adjudicación. Se observó además que era probable que dichos gastos relativamente elevados disuadieran la participación en el proceso de adjudicación de la pequeña o mediana empresa, lo que sería contrario a la política industrial general de algunos Estados.

83. Se dijo que los regímenes nacionales de contratación adoptaban enfoques muy divergentes al respecto, pero se observó que, incluso los más flexibles, no permitían un empleo indiscriminado de todos los métodos de selección previstos para el principal método de contratación de todo tipo de servicios enunciado en la Ley Modelo. Por el contrario, se exigía que toda entidad adjudicadora recurriera a los métodos ordinarios previstos para la contratación de bienes cuando fuera a contratar servicios, salvo que fuera aplicable alguna excepción igualmente prevista. El Grupo de Trabajo convino en que la Ley Modelo reflejara la práctica actual y toda experiencia que fuera del caso.

84. Se expresó el parecer de que debería obrarse con cautela al prever el recurso al principal método previsto en la Ley Modelo para la contratación de servicios, dados los riesgos que dicho método entrañaba para la transparencia y las oportunidades

que ofrecía para un empleo abusivo del mismo en razón de su flexibilidad y del margen de discrecionalidad que dejaba para la resolución de cuestiones subjetivas.

85. Se observó que los objetivos y procesos de contratación previstos en la Ley Modelo eran los mismos cualquiera que fuera la categoría de contrato adjudicado (de servicios o de otra índole) por lo que aun cuando difirieran los criterios de valoración utilizables, debería hacerse un esfuerzo por adoptar un criterio coherente a la hora de seleccionar el método de contratación.

86. Se recordó que el objetivo de la rentabilidad de la inversión efectuada en el contrato adjudicado abogaba en favor de que, en todo supuesto en el que fuera posible preparar desde el principio un pliego de condiciones bien definido, se recurriera, a título de método más rentable, a la licitación. Se convino en que la cuestión planteada ante el Grupo de Trabajo era la de determinar el método a seguir en supuestos, en los que al no ser posible formular un pliego de condiciones lo bastante preciso, fuera desaconsejable el recurso a la licitación. Se convino en que se dejara abierta la posibilidad de recurrir a cualquiera de los cuatro métodos de contratación, distintos de la licitación, previstos en la Ley Modelo, pero que el Grupo de Trabajo debería ocuparse del procedimiento a seguir al seleccionar alguno de dichos métodos. Se reconoció también que la orientación actualmente impartida al respecto era escasa, tanto en la Ley Modelo como en la Guía para su incorporación al derecho interno.

87. El Grupo de Trabajo examinó las tres facetas principales de la cuestión suscitada. En primer lugar, la de si la Ley Modelo debería especificar los supuestos para los que fuera utilizable determinado método de contratación, tal vez en función de la categoría del servicio que se hubiera de prestar, especificando en particular si procedía restringir el recurso al principal método de contratación de servicios a la contratación de determinados tipos de servicio. De ser así, cabía preguntarse si procedía o no definir dichos servicios, en función tal vez de la categoría del servicio a prestar o de las circunstancias imperantes en cada caso. Otra faceta de esa misma cuestión era la de si cabía dar una definición clara del servicio a prestar, por ejemplo, de los denominados servicios intelectuales. En tercer lugar, en vista del deseo del Grupo de Trabajo de que el enfoque adoptado no fuera excesivamente prescriptivo y de la experiencia anteriormente descrita de algunos Estados y organizaciones regionales, cabía preguntarse si procedía o no que algunas de las nuevas disposiciones fueran detalladas y dónde convendría ubicarlas.

88. Se citó, a título de ejemplo de la conexión eventual entre dichas cuestiones, el hecho de que algunos proyectos entrañaban diversas etapas, dando cada una de ellas lugar a la adjudicación de un contrato distinto, con rasgos diferenciales. Era frecuente que un contrato de obras conllevara una fase de diseño arquitectónico o de ingeniería y una fase de construcción. Era importante reconocer que se habría de tener en cuenta la cuantía del presupuesto previsto para la fase de construcción, al evaluar los méritos relativos de los diseños propuestos (que tal vez fueran presentados en el marco de un concurso de diseños) a fin de obtener una rentabilidad óptima de la inversión efectuada en la totalidad del proyecto.

89. El Grupo de Trabajo examinó la limitación propuesta al empleo del principal método previsto para la contratación de servicios. Como alternativas posibles se citaron las de proponer que el proceso de licitación fuera el principal método para la contratación de servicios, o la segunda opción ofrecida, tras la solicitud de

propuestas (o viceversa). Se respondió, no obstante, a dichas sugerencias que sería claramente preferible que no se alterara, a dicho respecto, el texto actual de la Ley Modelo.

90. En cuanto a la noción de servicios, el Grupo de Trabajo convino en que la cuestión de si los servicios intelectuales se prestaban a ser definidos en términos claros sería un factor decisivo en el curso de sus deliberaciones. Se dijo que toda definición debería ser, en lo posible, coherente con la definición que se diera de dichos servicios en el marco de otros regímenes. Se observó además que la definición resultaría más difícil en el supuesto de un proyecto que supusiera una entrega combinada de bienes y servicios, dado que el costo de cada uno de los factores implicados en la oferta resultante no reflejaría necesariamente la importancia relativa de cada uno de los dos factores para el proyecto. Por ejemplo, en un proyecto de informatización, el equipo inicial pudiera ser el elemento más costoso, pero los servicios que habrían de prestarse subsiguientemente pudieran ser los que determinaran el éxito o el fracaso de dicho proyecto. Por ello, cabía preguntarse si dicho proyecto debiera ser catalogado como un proyecto de servicios intelectuales. De igual modo, cabía prever que ciertos servicios requirieran en determinados supuestos técnicas especializadas que no fueran requeridas en otros supuestos, por lo que su catalogación en la categoría de servicios intelectuales tal vez solo resultara apropiada en algunos supuestos.

91. Se dijo además que, si se restringía el recurso al principal método para la contratación de servicios a la prestación de servicios intelectuales definidos como servicios no mensurables en función de su producto, existía el riesgo de que demasiados contratos fueran adjudicados por el método de la licitación abierta. Se observó que era cada vez más frecuente que los contratos de servicios, incluidos los de un contenido intelectual importante, se estructuraran en términos mensurables en función de su producto. El hecho de que el producto fuera mensurable no justificaría, por lo tanto, que se los adjudicara por el método de la licitación abierta, que no resultaba adecuado para la negociación de contratos tan complejos.

92. Por último, se observó que el régimen de contratación tendía cada vez más a regular todos los proyectos de índole compleja como contratos de servicios. Por ejemplo, cabía catalogar una central hidroeléctrica como un servicio para el suministro de energía, sin que fuera preciso que la entidad adjudicadora comprara o encargara la construcción de dicha central.

93. En resumidas cuentas, y tras largas deliberaciones y reflexiones sobre la dificultad de definir la noción de servicios intelectuales, el Grupo de Trabajo convino en que el texto actual de la Ley Modelo preveía una gama suficiente de métodos para la contratación de servicios, por lo que no requería enmienda alguna a dicho respecto. Ahora bien, el Grupo de Trabajo convino asimismo en la necesidad de que se formularan directrices en la Guía para su incorporación al derecho interno sobre la conveniencia de recurrir a uno u otro método según cuál fuera la índole de los servicios contratados o las circunstancias del caso considerado. Al hacerlo, debería explicitarse la relación entre las directrices que se dieran y los objetivos y metas enunciados en el cuerpo de la Ley Modelo.

4. Evaluación y comparación de las ofertas, y empleo de la contratación pública al servicio de la política industrial, social o del medio ambiente

94. El Grupo de Trabajo tomó nota de que al prepararse la Ley Modelo se reconoció que cabía utilizar la contratación pública al servicio de ciertos objetivos económicos o no, de índole industrial o social, o al servicio del medio ambiente. Ese concepto puede verse reflejado en el artículo 34, en su párrafo 4), de la Ley Modelo y se examina en la Guía para su incorporación al derecho interno. Se observó que la Ley Modelo no prescribía que se empleara la contratación pública al servicio de dichas metas, pero sí sugería la manera de hacerlo con la debida transparencia. Se invitó al Grupo de Trabajo a que considerara si el régimen de la Ley Modelo equilibraba debidamente las metas de optimizar la rentabilidad y la eficiencia de la contratación pública con otras metas de interés social o público y, caso de no ser así, si procedía tratar de equilibrar mejor dichas metas mediante alguna enmienda de la Ley Modelo o impartiendo orientación al respecto en la Guía para su incorporación al derecho interno.

95. Al examinar dichas cuestiones, se señaló a la atención del Grupo de Trabajo el texto de dos de los apartados del párrafo 4) del artículo 34 de la Ley Modelo: el inciso iii) de su apartado c) que se ocupaba de los factores no objetivos que cabría tener en cuenta al determinar la oferta más económica; y el apartado d) que trataba del margen de preferencia otorgable a los proveedores nacionales. Se dijo que dichas disposiciones se duplicaban en cierto modo al estar las dos destinadas al fomento de la economía nacional.

96. Se observó que pese a ciertas objeciones de principio contra la utilización de la contratación pública al servicio de metas sociales o medioambientales o al servicio de otras metas no económicas, al margen de la meta general de su "rentabilidad", se observó que en la práctica era frecuente que los Estados adjudicaran ciertos contratos públicos al servicio de dichas metas. Se expresó además el parecer de que, en determinados supuestos, resultaba apropiado e incluso importante valerse de la contratación pública como un instrumento al servicio de dichas metas con tal de que dicho interés social no socavara los principales objetivos de la contratación pública, es decir, su economía, eficiencia, transparencia, competitividad y el trato equitativo otorgado a todos los proveedores y contratistas que ofrecieran sus servicios. El parecer general fue, no obstante, el de que el régimen de la Ley Modelo debería seguir estando al servicio del buen funcionamiento de la contratación pública y no al servicio del fomento de objetivos sociales, medioambientales y de índole similar.

97. Se consideraron dos posibles vías para limitar el posible abuso de la contratación pública para dichos fines: a) la de incorporar el fomento de ciertos objetivos no económicos al propio texto de las especificaciones o del pliego de condiciones; o b) el de cuantificar dichos objetivos en el marco de los criterios de valoración de la oferta, dándolos a conocer en la propia convocatoria o solicitud de ofertas o propuestas. Entre las medidas de control adicionales cabría citar los siguientes requisitos: las metas sociales valorables deberían guardar relación con la finalidad del contrato adjudicado; su evaluación no debería estar únicamente en manos de la entidad adjudicadora; y su empleo como criterios de evaluación de la oferta debería respetar ciertos principios básicos propios de las buenas prácticas de gestión de la contratación pública, tales como la de asegurar un trato equitativo de

los proveedores y respetar la necesidad de promover la competencia. Otra forma de mejorar la transparencia sería la de utilizar dichos criterios de evaluación de algún modo que permitiera impugnarlos a través de la vía de recurso contra la adjudicación del contrato.

98. El Grupo de Trabajo examinó detenidamente dichas sugerencias. Se opinó, en general, que la Ley Modelo había previsto adecuadamente la necesidad de obrar con ponderación y equidad, por lo que no sería necesario enmendarla. Si, no obstante, el Grupo de Trabajo decidía que se enmendara su texto, dicha enmienda debería hacerse sin menoscabo alguno de los principios de la contratación pública enunciados en el preámbulo de la Ley Modelo. Se opinó, no obstante, que sería preferible dejar el texto de la Ley Modelo como estaba y mejorar las explicaciones que se daban en la Guía sobre cuándo procedía utilizar la contratación pública al servicio de metas no económicas y sobre la manera de garantizar que su utilización al servicio de dichas metas se hacía con la debida transparencia.

99. Se expresó inquietud respecto de que se retuvieran los arreglos de comercio compensatorio o de precio ficticio o asignable a las divisas, como factores valorables para la determinación de la oferta ganadora o más económica (artículo 34 4) d) de la Ley Modelo). El Grupo de Trabajo decidió dejar abierta la posibilidad de que se reconsiderara, en su momento, la conveniencia de retener dichas referencias en la Ley Modelo.

100. El Grupo de Trabajo observó también que la facultad del Estado promulgante para recurrir a criterios no económicos en la evaluación y comparación de las ofertas pudiera estar ya restringida en el marco de ciertos acuerdos regionales o internacionales en los que dicho Estado fuera parte. Se convino, no obstante, en que el texto actual del párrafo 4) del artículo 34 de la Ley Modelo no prescribía el empleo de preferencias nacionales y en que el texto del artículo 3 de la Ley Modelo regulaba adecuadamente dicha cuestión al asentar el principio de la precedencia de que gozaba toda obligación contraída en el marco de un tratado sobre lo dispuesto en el régimen de la Ley Modelo.

101. El Grupo de Trabajo concluyó reconociendo que el texto actual de la Ley Modelo equilibraba adecuadamente la necesidad de economía y de eficiencia con la posibilidad de que el Estado promulgante se valiera de la contratación pública para obrar al servicio de ciertas metas de su política interior. No obstante, se diría que algunas de las metas citadas habían perdido actualidad, por lo que cabía que el Grupo de Trabajo examinara en alguna etapa ulterior la conveniencia actual de retenerlas. El Grupo de Trabajo no adoptó, en la presente etapa, decisión definitiva alguna sobre la necesidad o conveniencia de introducir, en el texto de la Ley Modelo, algún mecanismo adicional de control al servicio de la transparencia que debía observarse en el empleo de la contratación pública para promover metas de política interior. Se convino, no obstante, en que el Grupo de Trabajo tal vez deseara formular alguna orientación adicional sobre la manera de reforzar la transparencia y objetividad del empleo de objetivos sociales o económicos internos como criterios para la evaluación de una oferta.

5. Vías de recurso y medidas ejecutorias

102. El Grupo de Trabajo observó que la cuestión de las vías de recurso y medidas ejecutorias se refería al control de la legalidad de los actos de entidades públicas o

estatales y a la separación entre el poder ejecutivo y el poder judicial de un Estado. Estas cuestiones se enfocaban de muy diverso modo según las tradiciones jurídicas de cada país, motivo por el cual resultaba aún más importante abordarlas de manera equilibrada. Efectivamente, los Estados velaban de manera muy distinta por la buena observancia de su régimen de la contratación pública y no ofrecían al proveedor las mismas oportunidades de reconsideración o de recurso. En algunos países existían ya ciertas vías de recurso muy arraigadas ante órganos especializados, tanto administrativos como judiciales, mientras que en otros países la ley no preveía recurso alguno (salvo en los casos en que lo requirieran obligaciones internacionales y por vía exclusivamente judicial). En algunos países se preveía la imposición de sanciones administrativas a los órganos estatales que violaran el régimen de la contratación pública, y el recurso se tramitaba por vía administrativa, mientras que en otros la reconsideración administrativa, que podía dar lugar a la suspensión del proceso adjudicatorio, podía desembocar en un recurso judicial, contra la decisión por la que se adjudicara el contrato, interpuesto ante los tribunales ordinarios, así como a la apertura de un procedimiento penal especial contra ciertos supuestos de violación del régimen de la contratación pública, que sean imputables a la entidad adjudicadora.

103. Al elaborarse la Ley Modelo se tuvieron en cuenta esos factores y las disposiciones del capítulo VI se limitaron a dar orientaciones generales y en una nota de pie de página correspondiente a dicho capítulo se daba a entender que los Estados promulgantes podían no incorporar la totalidad de los artículos de la Ley Modelo a su legislación interna, lo cual les daba un considerable margen de maniobra en la promulgación y aplicación de dicho capítulo de la Ley Modelo. Además, la Ley Modelo se abstenía de regular cuestiones como las de la independencia del órgano administrativo encargado de la reconsideración, la forma de las medidas otorgables (que podían consistir en órdenes o recomendaciones) y no se había previsto ninguna disposición que regulara procedimientos judiciales o cuasijudiciales. Tampoco se otorgaba derecho alguno a recurrir por la vía judicial, aun cuando el artículo 57 permite que todo Estado promulgante, cuyo derecho interno haya previsto el recurso contencioso-administrativo o judicial, designe al tribunal o los tribunales competentes para entender en dichas causas.

104. Pese a reconocer que se habría de obrar con cautela al intentar ampliar lo dispuesto en la Ley Modelo sobre las vías de recurso, a fin de no alterar el delicado equilibrio que se logró dar al texto existente, el Grupo de Trabajo pasó a examinar los siguientes puntos:

a) Si debería hacerse en la Guía una recomendación más explícita sobre la conveniencia de que el derecho interno prevea alguna vía de recurso, impartiéndose cierta orientación al respecto, tal vez en forma de proyectos de disposición modelo;

b) Si convendría reforzar lo dispuesto sobre la vía de recurso o de reconsideración administrativa, por ejemplo, exigiéndose que sean órganos independientes los que intervengan;

c) Si debería impartirse mayor asesoramiento y formularse directrices más detalladas, sobre la vía de recurso judicial, definiéndose mejor la competencia de los tribunales y el calendario para la tramitación de un recurso, la posible revocación de toda adjudicación incorrecta de un contrato y otras medidas de índole reparatoria otorgables;

d) Si procedía reconsiderar el alcance de las excepciones invocables frente al recurso interpuesto (artículo 52, párrafo 2)).

105. Con respecto a la cuestión planteada en el apartado a) *supra*, se expresaron también dudas sobre si sería realmente factible proponer un modelo de reconsideración y de sanciones o medidas ejecutorias que fueran viables y aceptables en diversos ordenamientos. Se estimó que tal vez sería mejor no tratar de insertar disposiciones detalladas en la propia Ley Modelo, ya que la Guía para su incorporación al derecho interno era el texto más adecuado para explicar los diversos enfoques y opciones normativas, así como las repercusiones que pudieran tener en la práctica y las posibles ventajas e inconvenientes. Por ejemplo, cabría que la Guía explicara que la vía de recurso mejoraría la supervisión de la actuación de los órganos estatales y ampararía los derechos de todo contratista eventual.

106. Hubo discrepancias con respecto a la cuestión planteada en el apartado b). Se insistió en la necesidad de instituir una vía de recurso independiente, pues no sería realista confiar en que las decisiones de reconsideración de sus propios actos y decisiones, por parte de la propia entidad adjudicadora, fueran siempre imparciales y eficientes. Se sugirió que la Guía diera ciertos detalles sobre el órgano administrativo independiente que convendría crear (por ejemplo, si debería ser un órgano permanente o un órgano creado cuando la necesidad se presentara). Se observó que algunos países disponían ya de una vía de recurso independiente por vía judicial, mediante el denominado recurso contencioso administrativo. Dichos Estados no desearían crear una estructura adicional que pudiera perturbar la estructura o el funcionamiento de su administración pública actual.

107. Se convino en que la identidad del órgano al que se encomendara la función de reconsiderar todo acto adjudicador impugnado era menos importante que la eficiencia de dicho órgano y su independencia de la entidad adjudicadora y de toda presión política eventual. Se citaron como facultades de las que debería estar dotado el órgano que efectuara la reconsideración, las siguientes: la facultad de intervenir sin demora y de suspender o cancelar el procedimiento de adjudicación impugnado; la facultad de adoptar ciertas medidas cautelares como pudiera ser la de imponer algún interdicto u orden de paralización, o alguna sanción financiera por incumplimiento; la facultad de otorgar alguna indemnización, caso de que se intervenga demasiado tarde (por ejemplo, una vez adjudicado el contrato); la facultad de actuar con celeridad en un plazo razonablemente breve cuya duración óptima se estimó en cuatro o cinco semanas. Llegado a este punto, se remitió al Grupo de Trabajo a lo que se dijo respecto de la independencia y las facultades de las que debería gozar todo órgano regulador, al asesorar sobre el marco reglamentario requerido para los servicios públicos, en el curso de la preparación de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada. También se hizo referencia a las disposiciones pertinentes del Acuerdo de la OMC sobre Contratación Pública (GPA). En particular, se hizo remisión al artículo 20 de dicho Acuerdo, a cuyo tenor la reconsideración debía ser efectuada por un tribunal o por un órgano de apelación independiente e imparcial cuyos miembros no tuvieran interés alguno en el resultado del proceso de adjudicación. Se dijo que cabría inspirarse en dicho Acuerdo para evaluar toda mejora eventual de lo dispuesto, respecto de las vías de recurso en la Ley Modelo.

108. En cuanto a la sugerencia enunciada en el apartado c) *supra* de que se impartiera mayor asesoramiento y orientación más detallada, sobre la vía de recurso

judicial, se expresó el parecer de que esa orientación sería particularmente útil si propiciaba una solución judicial rápida de toda controversia en materia de contratación pública. No obstante, se opinó también que la vía judicial no era siempre la solución óptima, dado que en muchos ordenamientos la vía judicial era lenta y los tribunales carecían de experiencia en materia de contratación pública. Se sostuvo incluso que esa solución era insatisfactoria. Efectivamente, la celeridad en la intervención era un factor esencial para todo recurso eficaz, ya que la parte agraviada sólo podía esperar resultados significativos si disponía de una vía de recurso eficaz en la fase anterior a la adjudicación del contrato. Cabía señalar, a dicho respecto, que ciertas reglamentaciones nacionales y regionales dejaban cierto margen entre la adjudicación del contrato y su perfeccionamiento, para que toda parte agraviada pudiera recurrir contra la decisión. Por consiguiente, era importante que los tribunales fueran conscientes de la posibilidad de suspender el propio proceso de contratación. El Grupo de Trabajo tomó nota de estas opiniones y convino en que sería provechoso dar ciertas directrices sobre la manera de mejorar la eficacia de la vía de recurso judicial. Sin embargo, ese asesoramiento, que también podría contribuir a armonizar la legislación y las prácticas al respecto, debería respetar las diversas tradiciones jurídicas de los distintos Estados, por lo que no debería ser excesivamente perentorio.

109. En lo concerniente a la revisión del alcance de las excepciones oponibles al recurso de reconsideración (artículo 52 2), de que se habló en el apartado d) *supra*), se instó al Grupo de Trabajo a que suprimiera algunas de esas excepciones, o incluso todas ellas. En particular, se criticó la excepción oponible a todo recurso fundado en la elección del método de contratación pública, prevista en el artículo 52 2) a) por estimarse que el no tener que justificar la elección de un determinado método de contratación se prestaba a muchos abusos en la práctica. En general, se consideró que las excepciones enunciadas en el párrafo 2) del artículo 52 minaban la integridad del régimen de la contratación pública y que, por lo tanto, deberían suprimirse. Se señaló también que el Acuerdo sobre Contratación Pública (GPA) de la OMC no preveía excepciones frente al recurso de reconsideración.

110. Se respondió a dicho parecer que permitir que se recurriera, incluso por la vía judicial, contra todas las decisiones enunciadas en el párrafo 2) del artículo 52, crearía dificultades en algunos ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, en ciertos ordenamientos, el poder judicial no estaría facultado para impugnar decisiones de órganos del poder ejecutivo que alegaran haber obrado al servicio del interés público. Además, en algunos ordenamientos un proveedor eventual no estaría facultado para impugnar decisiones como la selección del método de contratación, por ser una decisión que la entidad adjudicadora suele iniciar antes de declarar abierto el procedimiento. Se invitó al Grupo de Trabajo a que reconociera el hecho de que cada ordenamiento había previsto diversas vías de control de los actos de las entidades adjudicadoras, que no dependían necesariamente de su impugnación por los licitadores. Se señaló asimismo que, independientemente de la decisión que adoptara el Grupo de Trabajo al respecto, en algunos casos, aún sería posible impugnar las decisiones enumeradas en el artículo 52 2) en el marco de otras leyes, por ejemplo, si se estimaba que la entidad adjudicadora había obrado sin la motivación debida.

111. El Grupo de Trabajo examinó también si procedía que las partes en la contratación pública dispusieran de otras vías para la solución de sus controversias. Según una delegación, cabía prever que esas vías resultaran útiles tras la adjudicación del contrato, pero no parecían serlo antes de tal adjudicación. Además, en algunos ordenamientos se ha comprobado que el recurso al arbitraje y a otras vías extrajudiciales no siempre contribuye a definir mejor el régimen aplicable, puesto que en muchos ordenamientos los laudos arbitrales resolutorios no sentaban precedentes vinculantes. Si bien cabía admitir la utilización de otras vías para la solución de las controversias nacidas en los procesos de contratación pública, se insistió en que se evitara dar la impresión de que esas vías podrían sustituir en toda ocasión a la vía de recurso judicial.

112. El Grupo de Trabajo concluyó sus deliberaciones acordando lo siguiente:

a) No estaría de más que se impartiera mayor orientación, probablemente en el texto de la propia Guía, sobre las vías de recurso de las que convendría disponer en el derecho interno;

b) En reconocimiento de que existían diferentes sistemas, algunos de los cuales favorecían la reconsideración judicial mientras que otros preferían una reconsideración administrativa independiente, el Grupo de Trabajo debería dejar a los Estados diversas opciones, habida cuenta de que la Ley Modelo era suficientemente flexible a este respecto. Si era preciso agregar observaciones al respecto, podrían formularse en el texto de la Guía;

c) La preparación del régimen legal de la vía de recurso judicial debe dejarse en manos de cada Estado promulgante; y

d) Debería suprimirse la lista de excepciones que figura en el párrafo 2) del artículo 52 de la Ley Modelo. Sin embargo, en la Guía para su incorporación al derecho interno debería indicarse que el Estado promulgante tal vez desee excluir ciertos asuntos del proceso de reconsideración, entre los que podrían figurar algunas de las cuestiones que se enumeran en dicho artículo, y alguna otra más. En la Guía se debería indicar los motivos que puede haber para dichas exclusiones y explicarse sus repercusiones, como, por ejemplo, el riesgo de que una exclusión impida revisar y controlar eficazmente la buena gestión del proceso de contratación.

113. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de texto en el que se tuvieran en cuenta las deliberaciones reseñadas en los párrafos anteriores, a fin de que el Grupo de Trabajo pudiera estudiarlas en su momento.

6. Otros asuntos

a) Otros métodos de contratación pública

114. Se sugirió que tal vez procediera examinar la necesidad y las condiciones para el recurso a algunos de los "otros métodos de contratación pública" enunciados en el capítulo V de la Ley Modelo de la CNUDMI, a fin de responder a las inquietudes expresadas por algunas instituciones financieras y otras entidades multilaterales de que se ofrecían demasiados métodos alternativos. Pese a que, conforme se indicaba en la propia Ley Modelo, su texto ni obligaba ni aconsejaba al Estado promulgante a que promulgara todos esos métodos, se invitó al Grupo de Trabajo a que examinara la procedencia de enmendar el texto de las disposiciones relativas a algunos de dichos métodos.

115. Se sugirió, en particular, que cabría tratar la "licitación en dos etapas" (artículo 46) como una modalidad de la licitación abierta, destinada a facilitar la ultimación del pliego de condiciones en el curso de la primera etapa del procedimiento de licitación, con miras a que se pudiera proceder, durante la segunda etapa, a una selección transparente de la oferta ganadora, con lo que se evitaría tener que catalogar dicho método como "método alternativo" o distinto de la licitación propiamente dicha. En segundo lugar, dado que se había recurrido en la práctica a ciertos métodos, distintos de la licitación abierta, con mayor frecuencia de lo previsto, tal vez procediera restringir los motivos que justificaran el recurso a dichos métodos. Por ejemplo, cabría reducir a uno solo los dos motivos alegables para recurrir a la "licitación restringida" (artículos 20 y 47) eliminando el del "tiempo y los gastos desproporcionados" y reteniendo únicamente el de que solo pudiera obtenerse "un número limitado de proveedores", y restringir también los motivos alegables para recurrir a la "contratación con un solo proveedor" a fin de eliminar toda consideración extrínseca como la de transferencia de tecnología, precio asignable a las divisas o arreglos de comercio compensatorio (permitidos actualmente en el marco del artículo 22 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública). Como sugerencia adicional se dijo que cabría eliminar totalmente los métodos denominados "solicitud de propuestas" y "negociación competitiva" (artículos 48 y 49).

116. El Grupo de Trabajo convino en considerar, en su momento, la necesidad y conveniencia de definir más claramente los supuestos requeridos para el recurso a los denominados otros métodos o métodos alternativos de contratación pública, a fin de aminorar el riesgo de que se recurriera abusivamente a ellos. El Grupo de Trabajo convino en que tal vez procediera eliminar en el futuro algunos de dichos métodos, o presentarlos en términos que realzaran su índole excepcional, privándolos de la condición de métodos alternativos previstos por el régimen de la Ley Modelo.

117. El Grupo de Trabajo tomó nota de la inquietud expresada de que tratar al método de la "licitación en dos etapas" (artículo 46) como una modalidad de la denominada licitación abierta pudiera socavar la objetividad del método ideal de licitación preconizado por el régimen de la Ley Modelo, por lo que convino que dicha propuesta fuera examinada, en su momento, con la debida cautela. El Grupo de Trabajo convino además en que debería reconsiderarse el artículo 22 de la Ley Modelo a fin de reforzar la importancia del requisito de la transparencia, y en que tal vez procediera reforzar también los requisitos exigibles para el recurso a los métodos denominados, en el artículo 18, métodos distintos de la licitación.

118. Por último, el Grupo de Trabajo convino en que volvería a examinar la propuesta de suprimir el apartado b) del artículo 20 -que permitía el recurso a la licitación restringida cuando el tiempo y los gastos requeridos para examinar y evaluar un gran número de ofertas sería desproporcionado con respecto al valor de los bienes- tras haber tenido la oportunidad de examinar el efecto de dicha propuesta sobre ciertos métodos de contratación, tales como los acuerdos marco, que el Grupo de Trabajo había convenido, en principio, que examinaría en su momento (véase párrafo 78).

b) Participación de la comunidad destinataria en la adjudicación

119. Se observó que la manera más eficiente de adjudicar un proyecto pudiera, en ocasiones, consistir en permitir que los futuros usuarios participaran en el proceso de su adjudicación (modalidad designada a veces por el término de participación comunitaria). Dichos usuarios estarían directamente interesados en velar por la buena calidad de las obras o de la ejecución del proyecto. Por ejemplo, la participación de la comunidad afectada sería conducente a que se velara por la prestación sostenible de servicios en sectores poco atractivos para las grandes empresas, tales como los servicios sanitarios, de extensión agrícola o de educación no académica. Dicha participación reportaría tal vez beneficios en términos de la calidad del producto final, dado que: a) los interesados estarían motivados para conseguir que se respetaran ciertas normas o que las obras se ultimaran a tiempo; b) se reduciría asimismo el riesgo de controversias en la localidad afectada; y c) tal vez contribuyera además a reducir la carga burocrática de la adjudicación mediante el recurso a métodos más sencillos. Cabía prever otras ventajas, como la de dar empleo en la localidad y la de utilizar tecnologías que dieran más trabajo, utilizaran materiales y servicios técnicos locales, y tal vez impulsaran el comercio local y mejoraran la contabilidad municipal, que sin duda son todos ellos objetivos sociales reconocidos por el Estado promulgante. Ahora bien, en la práctica muchos Estados no podían dar acceso a la comunidad local al proceso de adjudicación y ejecución de un proyecto, por no estar prevista dicha participación en su régimen de la contratación pública. Se invitó, por ello, al Grupo de Trabajo a que estudiara ciertas modalidades de participación de la comunidad afectada que pudieran ser reconocidas en el marco de la Ley Modelo.

120. El Grupo de Trabajo reconoció el valor potencial de una participación de la comunidad afectada por un proyecto adjudicado en la etapa de ejecución de dicho proyecto, dado que reforzaría el escrutinio público de los gastos efectuados. La experiencia demostraba que el control comunitario resultaba más eficaz cuando la comunidad afectada disponía de una información adecuada sobre el proyecto, lo que solía suceder en el supuesto de proyectos de alcance reducido. Tratándose, no obstante, de proyectos de mayor alcance, la necesidad de mantener adecuada y continuamente informada a la comunidad local sobre algunos elementos esenciales del proyecto pudiera suponer una carga de trabajo excesiva para la entidad adjudicadora. Se dijo además que la participación de la comunidad afectada era, en general, provechosa cuando contribuía a la transparencia y eficiencia global del procedimiento de adjudicación, pero que debería procederse con cautela si dicha participación entrañaba el riesgo de que la adjudicación resultara menos transparente o si encarecía o restaba competitividad al proceso. Se expresó también el parecer de que la participación comunitaria en la contratación pública no constituía un método de contratación propiamente dicho sino una modalidad para la buena ejecución de proyectos financiados con fondos públicos, por lo que la facultad de abrir una vía para la participación comunitaria en un proyecto no dependería normalmente del régimen de la contratación pública de un país, sino de otros reglamentos o normas administrativas aplicables a la buena administración del gasto público.

121. Se respondió que, en la práctica, la participación de la comunidad afectada pudiera ser uno de los criterios para la selección del método de contratación o para la propia adjudicación del contrato. Cabría también prever que los proveedores

ofrecieran o no, en el marco de su mejor oferta, alguna vía de participación comunitaria, comparándose a la luz de dicho factor las diversas ofertas o soluciones ofrecidas, y cabría también que se estipularan de entrada ciertas condiciones para la ejecución del proyecto en lo relativo al empleo de mano de obra local o de materiales de origen local, o cabría asignar una parte del presupuesto del proyecto a la incorporación al mismo de la participación comunitaria.

122. El Grupo de Trabajo opinó que la mayoría de las cuestiones suscitadas por la participación comunitaria en un proyecto se referían primordialmente a la etapa de ejecución del proyecto y no al proceso de adjudicación propiamente dicho. Por ello, no cabría tratar adecuadamente en el marco de la Ley Modelo el tema de la participación comunitaria en un proyecto. Consciente, no obstante, de la creciente importancia de la participación comunitaria y de la necesidad eventual de facultar dicha participación en el marco de muchos de los regímenes internos actuales, el Grupo de Trabajo convino en que se examinara lo dispuesto en el texto de la Ley Modelo con miras a eliminar todo obstáculo que pudiera haber en su régimen al requisito de una participación comunitaria en la adjudicación o ejecución de un proyecto. Se convino además en la conveniencia de que la Guía para su incorporación al derecho interno impartiera cierta orientación adicional al respecto.

c) Simplificación y racionalización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

123. Se observó que algunos Estados promulgantes habían optado por no promulgar algunos de los textos más detallados de la Ley Modelo, estimando que dicha pormenorización no era necesaria en el marco legal del Estado promulgante. Se sugirió además que tal vez procediera reestructurar el texto de la Ley Modelo para facilitar su incorporación al derecho interno del Estado promulgante.

124. Se dijo, en particular, que cabría trasladar a un anexo algunas de las disposiciones que actualmente figuraban en el cuerpo de la Ley Modelo, o presentarlas en forma de modelos de disposición en el marco de la Guía para su incorporación al derecho interno. Se citaron, a título de ejemplo, el artículo 7 3), en donde se enumeraba el contenido de los documentos de precalificación, el artículo 11, que daba una lista de datos que deberían consignarse en el expediente del proceso de adjudicación, el artículo 25, en donde se enumeraba el contenido de la convocatoria a licitación o a precalificación, el artículo 27, en donde se enumeraba el contenido del pliego de condiciones, el artículo 38, relativo al contenido del anuncio por el que se solicitan propuestas con arreglo al principal método para la adjudicación de servicios, y el párrafo 4) del artículo 48, relativo al contenido de la solicitud de propuestas en el marco de dicho método.

125. Se cuestionó la conveniencia de abreviar el texto de la Ley Modelo. Se explicó, al respecto, que algunos Estados preferían disponer de un instrumento más completo y que, en todo caso, el Estado promulgante podría siempre ejercitar su discrecionalidad a la hora de estructurar el texto de la ley promulgable o su pormenorización, adaptándolo a las condiciones locales, así como a la técnica o la tradición legislativa interna de cada país.

126. El Grupo de Trabajo convino en que existía cierto margen para mejorar la estructura de la Ley Modelo y para simplificar su contenido, reordenando algunas de sus disposiciones y eliminando de la Ley o trasladando a la Guía para su

incorporación al derecho interno toda disposición que se juzgara excesivamente detallada. Se opinó que la meta debía ser la de que el texto de la Ley Modelo resultara más accesible al lector sin eliminar ninguno de sus elementos esenciales, pero mejorando o simplificando su estructura. Esos mismos principios deberían ser observados al preparar una versión revisada de la Guía para su incorporación al derecho interno. Al reconocer, no obstante, que el proceso de introducción de nuevos temas en el marco de la Ley Modelo obligaría a modificar de algún modo su estructura, el Grupo de Trabajo opinó que sería preferible reconsiderar toda propuesta de que se simplificara la estructura de la Ley Modelo en una etapa ulterior de su labor.

d) Legalización de documentos

127. Se observó que el artículo 10 de la Ley Modelo disponía que si la entidad adjudicadora exigía que se legalizara la documentación presentada, debería abstenerse de imponer requisito alguno que no estuviera ya previsto en el derecho general del propio país para el tipo de documento que se tratara. Ahora bien, dicho artículo no imponía límite alguno a la facultad de la entidad adjudicadora para exigir que la documentación se presentara legalizada. Se dijo que, en la práctica, la entidad adjudicadora exigía la presentación de documentos legalizados que sirvieran para demostrar la idoneidad o competencia de una entidad para participar en el proceso de adjudicación de un contrato, lo que a veces alargaba y encarecía la labor preparatoria del proveedor para la presentación de su oferta. Además del efecto disuasorio de dicho requisito, la totalidad o parte de los gastos generales ocasionados al proveedor sería normalmente traspasado en el precio ofrecido a la entidad adjudicadora.

128. El Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo en que sería conveniente que la facultad de la entidad adjudicadora para exigir la legalización de la documentación presentada fuera restringida a la documentación que hubiera presentado el proveedor cuya oferta fuera declarada ganadora. Al efectuar dicha enmienda, el Grupo de Trabajo convino en que examinaría, en su momento, si procedía fusionar el texto del artículo 10 con el texto del párrafo 5) del artículo 6.

B. Nota de la Secretaría sobre la evolución reciente del derecho en materia de contratación pública: cuestiones que ha planteado la creciente utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su sexto período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.31) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-5
II.	Evolución reciente del régimen de contratación pública: aplicación de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en la contratación pública Recomendaciones	6-92
	1. Publicación electrónica de información relacionada con la contratación pública	16-47
	A. Antecedentes	16-20
	B. Oportunidades de obtener contratos	21-35
	C. Publicación de las leyes y reglamentos que rigen los contratos públicos	36-42
	D. Publicación de la adjudicación de contratos	43-47
	2. Utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública	48-78
	3. Subasta electrónica (de oferta regresiva)	79-92
III.	Recomendaciones	93

I. Introducción

1. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (denominada en lo sucesivo “la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública” o “la Ley Modelo”) y la Guía para su incorporación eventual al derecho interno (denominada en lo sucesivo “la Guía”) tienen por finalidad servir de modelo para que los Estados promulguen legislación en la materia y promuevan mecanismos que permitan instituir un proceso de contratación pública competitivo, transparente, justo, económico y eficaz. En muchos Estados se ha promulgado legislación basada o inspirada en gran parte en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, y su utilización ha dado lugar a una armonización generalizada de las normas y los procedimientos de contratación pública.

2. En el informe sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones, la Comisión apoyó firmemente la idea de incluir el tema de las normas sobre la contratación pública en su programa de trabajo, entre otras cosas, para que se examinaran las cuestiones y prácticas nuevas que habían surgido desde la aprobación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública en 1994 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párr. 229). La Comisión señaló, además, que la labor del Grupo de Trabajo debía centrarse en dos temas principales, que podían servir de punto de partida para revisar la Ley Modelo: en primer lugar, las cuestiones que plantea la contratación pública efectuada por medios electrónicos y, en segundo, las cuestiones que se han planteado durante la aplicación de la propia Ley Modelo.

3. En la presente nota, que es el primero de dos documentos preparados por la Secretaría en previsión de la labor futura de la Comisión en materia de contratación pública, se analizan las cuestiones que han surgido a raíz de la utilización cada vez más frecuente en esa esfera de las comunicaciones y tecnologías electrónicas, incluso el recurso a métodos de contratación pública por Internet. El segundo de los dos documentos trata de las últimas novedades en la esfera de la contratación pública: cuestiones planteadas por las últimas actividades y experiencias de las organizaciones internacionales y las instituciones crediticias al aplicar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (véase el documento A/CN.9/WG.I/WP.32). Para facilitar la lectura, en la presente nota se ha utilizado la expresión “contratación electrónica” para hacer referencia a la utilización de las comunicaciones y las tecnologías electrónicas en la contratación pública.

4. En la presente nota se tratan también algunas opciones normativas que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar en relación con las cuestiones que plantea la utilización de la contratación electrónica en el marco de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si alguna de esas cuestiones podría resolverse en el marco de las disposiciones existentes (o mediante la interpretación de leyes y regímenes en vigor, inclusive las de la Guía). No obstante, en algunos casos puede ser necesario introducir nuevas disposiciones en la Ley Modelo. En esta etapa la Secretaría se ha centrado en las cuestiones normativas y no en la forma concreta de enunciar las disposiciones pertinentes, por lo que la presente nota no contiene sugerencias al respecto.

5. La Secretaría ha llevado a cabo su labor en estrecha cooperación con las organizaciones competentes en materia de contratación pública, como el Banco Mundial, y ha recibido el asesoramiento de expertos en la materia.

II. Evolución reciente del régimen de contratación pública: aplicación de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en la contratación pública

6. En el último decenio se han producido dos importantes acontecimientos tecnológicos que han modificado la forma en que se realiza la contratación pública: en primer lugar, se ha generalizado la utilización de medios electrónicos de comunicación y, en segundo, algunos Estados efectúan electrónicamente algunas etapas del proceso de contratación pública (por ejemplo, la presentación de ofertas

de contrato u otros medios de adjudicación, se realizan en línea, utilizando comúnmente la Internet). La utilización de esos medios electrónicos de comunicación va en rápido aumento y se ha considerado en varias legislaciones nacionales y en convenios internacionales, como el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCA), y en relación con la labor de distintas entidades internacionales, como el Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico, la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Unión Europea.

Posibles ventajas y dificultades de la utilización de la contratación electrónica

7. La práctica de la contratación electrónica podría aportar muchas ventajas, como una relación precio-calidad más favorable gracias a una mayor competencia en un mercado de proveedores más amplio, mejor información a los proveedores y técnicas más competitivas, el ahorro de tiempo y de costos, una mejor administración de los contratos adjudicados y, gracias a la posibilidad de ejercer una vigilancia más estricta y de disminuir los contactos directos entre proveedores y entidades adjudicadoras, un mayor cumplimiento de las normas y políticas pertinentes y menos corrupción y abusos. Además, la contratación electrónica ofrece valiosas posibilidades de aumentar la transparencia del proceso en sí y la confianza del público en él.

8. También es evidente que la contratación electrónica puede utilizarse en todas las etapas del ciclo de contratación pública y que sus ventajas podrían abarcar otros ámbitos, ya que podría generar valiosas sinergias con otras políticas internas. Por ejemplo, la contratación electrónica puede estimular una capacidad de oferta local más competitiva al acelerar la adopción de prácticas modernas de contratación pública por el sector privado y fomentar la normalización. El tema se examina más a fondo en la publicación del Centro de Comercio Internacional titulada *Public Procurement Training System, Module 5*, *E-Procurement,* párrafo 3.2, en el documento de análisis del Banco Mundial preparado por Eduardo Talero y titulado *Electronic Government Procurement: Concepts and Country Experiences*, sección B (septiembre de 2001) y en la publicación de la Oficina de Comercio Estatal del Reino Unido titulada *A Guide to Procurement for the Public Sector*, capítulo 2 (que puede consultarse en el sitio www.ogc.gov.uk).

9. En cambio, esas posibles ventajas pueden ser incompatibles con otros objetivos socioeconómicos de los Estados promulgantes; por ejemplo, el mejoramiento de la eficiencia mediante la utilización de contratos de más envergadura y de acuerdos marco puede tender a favorecer a las grandes empresas, en vez de a las pequeñas y medianas empresas, el fomento de las cuales como motor del crecimiento económico forma parte de muchas políticas nacionales.

10. Además, la relativa novedad de las comunicaciones electrónicas y los temores en relación con la confidencialidad y la autenticidad pueden disuadir a los proveedores de participar en procesos de contratación en los que es obligatorio utilizar comunicaciones electrónicas.

Posibles objetivos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios en materia de contratación electrónica

11. Si bien las posibles ventajas de la contratación electrónica que se exponen brevemente en los párrafos anteriores son compatibles con los principales objetivos y con la finalidad de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública enunciados en su preámbulo, se ha sugerido que quizás sea preciso revisarla a fin de que los Estados promulgantes puedan aprovechar al máximo el método de la contratación electrónica.

12. La posibilidad de que un Estado se beneficie de la contratación electrónica dependerá de que disponga de una infraestructura apropiada y de otros recursos, así como de la idoneidad de la ley aplicable al comercio electrónico, y del grado de normalización en ese Estado. El marco jurídico general de un Estado (a diferencia de las medidas que regulen específicamente la contratación pública) podrá respaldar o no de forma adecuada la contratación pública por medios electrónicos. Por ejemplo, las leyes que regulan la utilización de las comunicaciones por escrito, la firma electrónica, lo que se entiende por documento original y la admisibilidad de las pruebas ante un tribunal pueden ser un obstáculo a la utilización de la contratación electrónica. Esas cuestiones se tratan en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996 y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas de 2001. Por ello, el Grupo de Trabajo tal vez estime conveniente que esas cuestiones se regulen mediante disposiciones distintas de las leyes que rigen la contratación pública en los Estados promulgantes. Por ejemplo, las mencionadas leyes modelo prevén el principio de la equivalencia funcional de los mensajes electrónicos y los consignados en papel. Pese a ello, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si en la Guía debería recomendarse que se promulguen leyes apropiadas sobre esas cuestiones en los Estados promulgantes.

13. Una idea conexa es que, como consecuencia de los rápidos adelantos tecnológicos y del grado divergente de complejidad técnica en los Estados Miembros, tal vez convenga que el Grupo de Trabajo decida que toda disposición que se incorpore a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública deberá ser tecnológicamente neutra. Es decir, que toda disposición que rija la utilización de la contratación electrónica deberá centrarse en los principios y no en la forma de las comunicaciones y tecnologías que se utilizarán. En consecuencia, en la presente nota no se examinan esas tecnologías siempre que no influyan en consideraciones normativas.

14. Las dos principales cuestiones de fondo en materia de contratación electrónica que se han determinado hasta la fecha se plantean en las dos esferas siguientes:

a) La divulgación de información relativa a la contratación pública, incluida la publicación de las leyes y reglamentos que rigen la contratación pública, el pliego de condiciones y la información conexa y la adjudicación de contratos; y

b) La utilización de las comunicaciones electrónicas en el procedimiento de contratación pública, incluido el recurso a las subastas electrónicas (regresivas).

15. Al abordar cada una de esas prácticas se resumirán las posibles ventajas y dificultades que pueden plantear, el actual nivel de utilización, examinando brevemente las disposiciones pertinentes de otros regímenes internacionales (de haberlos) y de algunas legislaciones nacionales, remitiendo a las disposiciones pertinentes del texto actual de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública y, por último, se esbozarán algunas opciones normativas que el Grupo de

Trabajo podría examinar. Concretamente se analizan las disposiciones del Foro de Cooperación Económica en Asia y el Pacífico (APEC) y de la Organización Mundial del Comercio (OMC); los principales acuerdos comerciales objeto de análisis son los tratados de la Unión Europea y del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), el Acuerdo sobre Contratación Pública y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN); y las principales disposiciones nacionales examinadas son las del Brasil, los Estados Unidos de América, Francia, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Singapur, así como los del Canadá y Hong Kong, aunque en menor medida. Se seleccionaron el Canadá y Hong Kong por ser representativos de tradiciones reglamentarias diferentes y también porque tienen considerable experiencia en la práctica o reglamentación de la contratación electrónica.

1. Publicación electrónica de información relacionada con la contratación pública

A. Antecedentes

16. En el artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se establece el principio general de acceso del público al texto de la propia Ley y al "reglamento de la contratación pública, así como [a] todas las ... directrices administrativas de aplicación general referentes a contratos cuya adjudicación se rija por la presente Ley ..."; se añade que tal información será puesta "sin demora a disposición del público y sistemáticamente" actualizada. Al examinar el tema general de la publicación de la información relacionada con la contratación pública, el Grupo de Trabajo podría considerar si sería conveniente extender la aplicación de ese principio a toda la información relativa a la contratación pública en todos los medios.

Posibles ventajas y dificultades

17. La publicación electrónica de la información relacionada con la contratación pública permite difundir más ampliamente esa información que si se publicara en forma impresa como es tradicional, ya que es más accesible a un mayor número de proveedores. Las entidades adjudicadoras pueden poner al alcance del público por Internet información de mejor calidad y en mayor cantidad que la que podrían transmitir por medios impresos, ya que por ese método podría considerarse que llega un mayor número de proveedores. Ahora bien, esas posibles ventajas suponen disponer de buscadores eficientes en Internet o de medios de notificar adecuadamente toda la información que se agregue. La notificación en sí exigiría a su vez que los proveedores se inscribieran en algún tipo de registro. (En la sección II A, titulada "Utilización de listas de proveedores", del documento A/CN.9/WP.32 se examinan cuestiones interrelacionadas, como la de la inscripción y la lista de proveedores y la de los catálogos electrónicos.)

18. La publicación y la divulgación electrónicas suelen ser menos caras que la forma tradicional impresa, pero el costo que entrañaría la obligación de divulgar la información en medios impresos, además de hacerlo opcionalmente por vía electrónica, puede desalentar la utilización de la publicación electrónica. Este factor puede plantearse porque las ventajas de la publicación electrónica pueden quedar contrarrestadas por el aumento de los costos, sobre todo en las etapas iniciales de

instalación de sistemas electrónicos, y porque si la información no estaba previamente archivada en computadora, habrá que ponerla en formato electrónico.

19. Se suele pensar que la publicación electrónica es más eficaz cuando es obligatoria (es decir, cuando no se permite publicarla además en forma impresa). No obstante, los beneficios pueden ser considerables incluso cuando la publicación electrónica es opcional; además, la publicación electrónica obligatoria no siempre será el método adecuado.

20. Por ejemplo, la publicación electrónica obligatoria puede limitar el acceso a la información sobre un contrato si la infraestructura no es adecuada, si el acceso es técnicamente difícil, si con la divulgación electrónica se desplaza a medios impresos más accesibles y si la consulta no es gratuita. Si bien esos factores pueden considerarse transitorios y limitarse a determinadas zonas geográficas, conviene que el Grupo de Trabajo los enfoque como un problema importante en estos momentos. Se plantea un problema conexo porque es más difícil asegurar la equivalencia funcional de la información electrónicamente disponible y de los medios impresos ya que en el primer caso la información se puede actualizar de forma más o menos instantánea, pero en el segundo deben enviarse documentos a los proveedores (lo que, además, puede ser caro y llevar tiempo).

B. Oportunidades de obtener contratos

Actual nivel de utilización y disposiciones pertinentes de los regímenes nacionales e internacionales

21. Los Estados que utilizan frecuentemente la publicación electrónica publican con antelación información relativa a proyectos en perspectiva o información de carácter general sobre las posibilidades de obtener contratos de determinadas entidades.

22. Esa información puede obtenerse en los sitios web de las entidades adjudicadoras o en sistemas electrónicos centralizados que se refieren a muchas entidades. En los Estados en que esos procedimientos de contratación pública están reglamentados, se suele exigir a las entidades adjudicadoras que utilicen un sistema electrónico centralizado para anunciar la información que deben publicar en virtud de la ley aplicable (por ejemplo, la que rige la convocatoria a licitación). Sin embargo, la Secretaría ha comprobado que en las legislaciones nacionales no se suele imponer el requisito de publicar información sobre las oportunidades de obtener contratos.

23. En cambio, en casi todas las legislaciones nacionales que se examinaron sí se impone el requisito de publicar electrónicamente la información sobre próximos contratos. Hay distintas formas de publicar la información: por ejemplo, un órgano regional sólo publica información sobre las oportunidades de obtener contratos electrónicamente, pero otros permiten que se utilice cualquier medio que satisfaga los requisitos de accesibilidad.

24. El régimen de la Unión Europea cuenta con un sistema centralizado de difusión y traducción de información al servicio de todos los Estados miembros, que debe utilizarse para todos los contratos objeto de reglamentación. Los anuncios aparecen en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* que sólo se publica en forma electrónica (Internet y CD-ROM). Sin embargo, las entidades adjudicadoras pueden poner más anuncios en otras publicaciones y con frecuencia lo hacen (las

más de las veces en medios impresos o en otros medios electrónicos o ambas cosas). Conforme al régimen de la Unión Europea, las entidades deben publicar anuncios generales de oportunidades de contrato cuando sus adquisiciones de ciertas clases de productos y servicios sobrepasan una cantidad especificada, además de publicar con antelación un anuncio de los grandes proyectos de obras, aunque conforme a sus nuevas directivas ese requisito será opcional. (Las entidades que publican esa información pueden acortar los plazos en el caso de ciertos procedimientos de licitación. En virtud de las nuevas directivas de la Unión Europea, las entidades solo deberán publicar anuncios con antelación si desean aprovechar esos plazos más cortos; también se les permitirá que los publiquen en su propia página web, y no en el Diario Oficial). En otro instrumento internacional -el Acuerdo sobre Contratación Pública- no se supone la obligación de proporcionar más información, ni electrónicamente ni de otra forma (aunque en la práctica muchas partes en el Acuerdo lo hacen).

Disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

25. El artículo 24 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública tiene dos párrafos que se refieren a la publicación de convocatorias a licitación en un proceso de contratación pública. En el primer párrafo se estipula que deberán publicarse las convocatorias. Si bien en la Ley Modelo propiamente dicha no se precisa dónde habrán de publicarse, se sugiere entre paréntesis que deberá ser en una publicación oficial especificada por el Estado promulgante cuando aplique la Ley Modelo (como sería una gaceta oficial).

26. El segundo párrafo trata de la contratación pública internacional y se puede considerar que complementa el primero. Se estipula que la convocatoria a licitación deberá publicarse en un "periódico" o en "una publicación pertinente o una revista técnica o profesional" de amplia circulación internacional.

27. En ambos casos estas disposiciones suponen la publicación de anuncios en un medio impreso.

28. En cambio, el artículo 27 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública trata del contenido del pliego de condiciones. Aunque no se hace referencia específica a la utilización de medios electrónicos, en el inciso z) del artículo 27 se prevé que la entidad adjudicadora incluya cualquier otro requisito por ella establecido en relación con el proceso de contratación, disposición que cabe interpretar en el sentido de que se prevé la inclusión de información sobre la comunicación y la licitación por medios electrónicos. En la Guía se sugiere que los Estados que lo deseen podrán dictar nuevas reglamentaciones al respecto.

Opciones normativas

29. El Grupo de Trabajo podría considerar que sería oportuno introducir una disposición específica en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, respecto de la cuestión de la utilización obligatoria u opcional, de publicar electrónicamente información sobre las oportunidades de obtener contratos con el objetivo de ampliar la difusión de información a un costo limitado.

30. Sin embargo, el Grupo de Trabajo también puede considerar que de exigirse la publicación electrónica se podría comprometer el principio general de accesibilidad, en la medida en que en algunos Estados no se dispone de infraestructura adecuada. De ser así, en una disposición se podría hacer referencia únicamente a la

publicación en términos de accesibilidad, sin especificar los medios técnicos que habrían de utilizarse, como ocurre en el mencionado ejemplo, y se podrían dar las oportunas indicaciones en los reglamentos y en la Guía. Una ventaja de este enfoque es que es tecnológicamente neutro, por lo que no habría que revisar ulteriormente la disposición a la luz de los futuros adelantos tecnológicos y, además, se mantendría la flexibilidad en cuanto al medio de publicación. Sin embargo, hay una desventaja, que radica en que en muchos ordenamientos podría ser difícil hacer cumplir el requisito de la accesibilidad, lo que podría minar la transparencia del sistema y la confianza del público en él. Esa desventaja podría atenuarse si en la Guía se dieran aclaraciones y orientaciones.

31. Con todo, como el texto actual de la Ley Modelo sólo impone la publicación en papel, es posible que, para promover la contratación electrónica, no baste con enumerar las ventajas y la conveniencia de la publicación electrónica y los posibles métodos de hacerlo en la Guía, en vez de incluir otra disposición en la Ley Modelo. Si el Grupo de Trabajo está de acuerdo con esa sugerencia, tal vez desee considerar la posibilidad de incluir una disposición al respecto en la Ley Modelo.

32. Si el Grupo de Trabajo estima que se justifica introducir una disposición específica:

a) Por lo que respecta al primer párrafo, podría optar por redefinir el concepto de "publicación", de modo que incluya la publicación por medios electrónicos accesibles (opcional) o que se realice por esos medios (obligatoria). Otra posibilidad consistiría en indicar entre paréntesis que, de ser posible, el Estado promulgante deberá incluir una referencia a un medio electrónico (especificado);

b) Si se opta por el principio de la publicación electrónica opcional, pero se desea fomentar que con el tiempo la publicación electrónica sea obligatoria, se podría exigir la publicación electrónica de convocatorias si es posible o llega a ser posible en el Estado interesado o si se ha llegado a un determinado umbral de utilización de comunicaciones electrónicas. Ese umbral se podría especificar en una reglamentación (que es más fácil de modificar en épocas de cambio que la legislación primaria) o tratarse en la Guía. Otra posibilidad sería que, si el Grupo de Trabajo considera que podría llegarse a un consenso respecto de ese umbral y con ánimo de preservar la transparencia, así se indicara en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública propiamente dicha;

c) En cuanto al segundo párrafo, el Grupo también podría optar por redefinir los conceptos de "periódico" o "una publicación pertinente o una revista técnica o profesional", en el sentido de que son publicaciones electrónicas o las incluyen, o establecer un equivalente de la opción descrita en el apartado precedente. Conviene observar que la publicación de anuncios electrónicos internacionales en Internet supone una accesibilidad casi universal a esta información, pero (como se indica en el párrafo 17 *supra*), hay entidades, sobre todo entidades extranjeras, que pueden no saber dónde encontrar la información si no disponen de buscadores eficaces, o pueden no enterarse de los cambios que se introduzcan en ella.

33. En cuanto a la cantidad de información que se ha de proporcionar, es posible que la publicación electrónica requiera una cantidad de información mayor. No obstante, el Grupo de Trabajo podría considerar que exigir la publicación de una cantidad considerable de información sobre las oportunidades futuras, que vaya más allá del anuncio de un contrato futuro, sería demasiado oneroso si tradicionalmente esa información sólo se ha mantenido en forma impresa. Por consiguiente, y en vista

de que la información complementaria que habría que publicar variaría de un caso a otro y de un Estado a otro, el Grupo de Trabajo podría estimar que ese tipo de orientación debería darse en la Guía y en recomendaciones relativas a los reglamentos de los propios Estados promulgantes y no en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública propiamente dicha.

34. Además, el Grupo de Trabajo debería considerar si sería necesario dar orientaciones detalladas, sea en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, sea en la Guía, que se refirieran a cuestiones como la flexibilidad en la utilización de un medio de difusión, quién habría de decidir el medio de publicación, si se justificaría o no utilizar solo la publicación electrónica o la no utilización de medios electrónicos, en qué habrían de basarse las decisiones, si esas decisiones podrían ser objeto de revisión y otras (véase, además, la sección II E del documento A/CN.9/WG.I/WP.32), así como quién sería responsable de una omisión. Por último, debería examinarse la cuestión de asegurar la equivalencia entre la publicación electrónica y la publicación en forma impresa.

35. El Grupo de Trabajo también podría examinar si las disposiciones del inciso z) del artículo 27 son suficientemente amplias o si debería revisarse la Ley Modelo para hacer referencia específica a la utilización de comunicaciones electrónicas en esas circunstancias.

C. Publicación de las leyes y reglamentos que rigen los contratos públicos

Actual nivel de utilización y disposiciones de otros regímenes internacionales

36. Muchos Estados proporcionan amplia información en forma electrónica sobre las normas jurídicas que rigen la contratación pública, las sentencias en que se interpretan esas normas y las políticas y procedimientos de contratación pública de determinadas entidades adjudicadoras, en algunos casos, en sitios web centralizados y, en otros, en los sitios web de las propias entidades.

37. Conforme al artículo XIX del Acuerdo sobre Contratación Pública, deben publicarse ciertas medidas relativas a la contratación pública, aunque no se especifica en qué medio. (En la Organización Mundial del Comercio (OMC), la contratación pública queda casi siempre excluida de las obligaciones de no discriminación previstas en los acuerdos multilaterales clave, pero no de las obligaciones de transparencia previstas en el párrafo 1 del artículo X del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y en el párrafo 1 del artículo III del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)). Pese a ello, la secretaría de la OMC ha procurado dar a conocer en su propia página web la información más importante sobre los sistemas nacionales. En el artículo 10 del proyecto de acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) se dispone que esa información se publicará en medios impresos o electrónicos "de amplia difusión y fácil acceso para el público según se identifican en el Anexo XX" del ALCA. Además, se estipula que los Estados "procurarán desarrollar un sistema electrónico" que permita el acceso a esa información. En los principios no vinculantes sobre contratación pública del Foro de Cooperación Económica en Asia y el Pacífico (véase *APEC Government Procurement Experts Group, Non-binding Principles on Government Procurement*, párrafo 5, en el sitio http://www.apecsec.org.sg/content/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement) se indica que esa información debe poder obtenerse

a través de un medio accesible y el Foro procura facilitar el acceso a la información por vía electrónica en su propio sitio web.

Disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

38. En el artículo 5 de la Ley Modelo se dispone que el reglamento de la contratación pública, las decisiones y directrices administrativas de aplicación general referentes a contratos públicos "serán puestos sin demora a disposición del público y sistemáticamente actualizados".

Opciones normativas

39. El artículo 5 parece ser de alcance suficientemente amplio para incluir cualquier forma de publicación, electrónica o impresa, y plantea la cuestión en función de la accesibilidad de la información.

40. Aún así, el Grupo de Trabajo podría incluir disposiciones más detalladas sobre el particular, como una disposición por la que se permita o se exija expresamente que se publique electrónicamente toda la información que los Estados deben publicar en virtud de las disposiciones actuales de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Las mismas consideraciones de índole normativa expuesta en los párrafos 29 a 31 *supra* se aplicarían en este caso a las cuestiones relativas a la publicación electrónica, opcional u obligatoria, la accesibilidad y los umbrales.

41. También puede ser conveniente que en la Guía se den orientaciones en cuanto al valor de la publicación electrónica y se insista en la relativa facilidad de mantener y actualizar la información por medios electrónicos.

42. Además, podría incluirse en las nuevas disposiciones u orientaciones la información pertinente de interés para los posibles proveedores (como las políticas u orientaciones internas), que actualmente, conforme a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, no es obligatorio publicar.

D. Publicación de la adjudicación de contratos

Actual nivel de utilización y disposiciones de otros regímenes internacionales

43. Muchos Estados utilizan medios electrónicos para publicar amplia información acerca de los procedimientos de adjudicación en curso o ya concluidos. Por ejemplo, Singapur informa de todas las ofertas presentadas tras su apertura (véase el sitio http://www.gebiz.gov.sg under Business Opportunity-> More opportunities -> Tender Schedules) y en el Brasil se está examinando un proyecto de ley en virtud del cual se exigiría a las entidades que publicaran en Internet la información relativa a las licitaciones en curso y a los contratos adjudicados, indicando el nombre de los adjudicatarios y de las entidades dominantes a que pertenecen. (El anteproyecto de ley núm. 75 de 2000 de la Cámara de Diputados fue sustituido por uno del Senado.)

44. En la mayoría de los regímenes internacionales, las entidades adjudicadoras deben publicar anuncios de la adjudicación de un contrato en que se dé cierta información básica al respecto, con sujeción a las disposiciones relativas a la confidencialidad. En el artículo XVIII del Acuerdo sobre Contratación Pública, en el párrafo 7 del artículo 1015 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y en el párrafo 3 del proyecto de artículo 24 del capítulo XVIII del

proyecto de acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) se exige a las entidades que publiquen avisos de las adjudicaciones de contratos sin hacer referencia a ningún medio específico (aunque del último se deduce que sería aceptable recurrir únicamente a la publicación electrónica). En virtud de las directivas de la Unión Europea las entidades adjudicadoras deberán publicar las adjudicaciones de contratos solo en forma electrónica.

Disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

45. En el artículo 14 de la Ley Modelo se dispone que la entidad adjudicadora anunciará públicamente las adjudicaciones de contratos cuando el precio supere un umbral especificado por el Estado promulgante y que la reglamentación de contratación pública podrá disponer la manera en que se ha de efectuar el anuncio. Una vez más, el alcance de este artículo parece ser suficientemente amplio para incluir la publicación por cualquier medio electrónico o de otro tipo.

Opciones normativas

46. Se plantean cuestiones parecidas a las que se analizaron respecto de la publicación de las leyes y los reglamentos que rigen los contratos adjudicados.

47. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública debería incluir alguna disposición relativa a la publicación por medios electrónicos de la información que, conforme a la Ley Modelo, los Estados están obligados a publicar o no, o si es preferible que en la Guía se haga referencia a la utilidad de publicar esa información. (Como ya se ha señalado, a los Estados no se les exige que den a conocer las políticas u orientaciones internas de las entidades, que no constituyen "directrices" en el sentido que tiene esa palabra en la Ley Modelo.)

2. Utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública

Antecedentes

48. Además de las cuestiones jurídicas mencionadas en el párrafo 12 *supra*, a los Estados promulgantes tal vez les interese asegurarse de que los contratos adjudicados electrónicamente conforme a su ordenamiento serán plenamente ejecutables, así como proteger los intereses correspondientes de sus proveedores. En la medida en que puedan ser objeto de reglamentación, sería conveniente que esas últimas cuestiones se rigieran por disposiciones específicas de los regímenes de contratación pública y no por otras leyes de los Estados.

49. Desde esa perspectiva se plantean cuatro importantes cuestiones normativas:

a) Si las normas relativas a la contratación pública deberían permitir o exigir a las entidades adjudicadoras que utilizaran las comunicaciones electrónicas previo consentimiento de los proveedores;

b) Si esas normas deberían permitir u exigir a las entidades adjudicadoras que impusieran a los proveedores la utilización de comunicaciones electrónicas;

c) Si esas normas deberían imponer como condición que los proveedores exigieran a las entidades adjudicadoras que utilizaran comunicaciones electrónicas; y

d) Si esas normas deberían imponer condiciones para la utilización de medios electrónicos a fin de salvaguardar los objetivos del régimen de contratación pública, para impedir que los medios electrónicos escogidos dificulten el acceso a la información y para asegurar la confidencialidad, la autenticidad y la seguridad de las operaciones, así como la integridad de los datos.

50. Cada una de estas cuestiones se examinará en las secciones que figuran a continuación.

51. Otra cuestión es la de determinar cómo debe abordarse el requisito de que las ofertas se presenten "por escrito". Se ha observado que en algunas normativas generales o en leyes sobre la contratación pública figuran disposiciones en las que se define lo que se entiende por comunicaciones "escritas" o "por escrito" en el sentido de que incluyen los medios electrónicos (a veces de forma parecida a la de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico). El Grupo de Trabajo podría recomendar, por ejemplo en la Guía, que los Estados promulgantes aborden esas cuestiones en su ordenamiento interno.

Actual nivel de utilización y disposiciones de otros regímenes internacionales

52. Muchos regímenes internacionales incluyen o proponen disposiciones en que se reconoce la práctica de utilizar comunicaciones electrónicas en la contratación pública, incluida su utilización obligatoria.

53. Se han propuesto enmiendas a los regímenes de la Unión Europea y del Acuerdo sobre Contratación Pública, en los que actualmente hay pocas disposiciones, o ninguna, relativas a la utilización de comunicaciones electrónicas, a fin de que se puedan utilizar las comunicaciones electrónicas previo consentimiento de las partes, permitir que las entidades adjudicadoras puedan insistir en que se utilicen, e introducir mecanismos de control para garantizar la accesibilidad de los medios electrónicos y asegurar la autenticidad, la confidencialidad y la integridad de la información.

54. En virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 1015 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) está permitido transmitir ofertas por cualquier medio electrónico, aunque no se dice nada de la utilización obligatoria de las comunicaciones electrónicas. En el proyecto de acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) se presupone que las entidades adjudicadoras podrán utilizar medios electrónicos y parece preverse que podrán exigir a los proveedores que en sus operaciones utilicen medios electrónicos. Los principios no vinculantes relativos a la contratación pública del Foro de Cooperación Económica en Asia y el Pacífico no tratan expresamente de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública, salvo que destacan el valor de Internet como medio transparente y no discriminatorio de suministrar información y dar a conocer las normas que rigen la contratación pública. No obstante, recientemente el fomento de la utilización por sus miembros de sistemas electrónicos de contratación es uno de los principales objetivos del Foro.

55. En Francia, las entidades adjudicadoras pueden utilizar medios para el envío de diversos documentos electrónicos, sin que medie acuerdo de los proveedores, pero lo contrario no será posible hasta enero de 2005. Se controlan la exactitud de la fecha de recepción y la autenticidad y confidencialidad de la información. En Hong Kong ahora también se usa la convocatoria a licitación por vía electrónica,

pero los proveedores pueden optar por presentar sus ofertas en forma impresa. En Singapur se usan mucho las comunicaciones electrónicas, que en algunos casos son obligatorias, incluso para la presentación de ofertas. Asimismo, en el Brasil las entidades adjudicadoras en la práctica exigen que los proveedores utilicen medios electrónicos de comunicación. En el Reino Unido es común la utilización obligatoria de comunicaciones electrónicas (a discreción de las propias entidades adjudicadoras). Se controlan las normas de autenticación y confidencialidad, en la actividad pública en general. Análogamente, en los Estados Unidos, a nivel federal, los medios de comunicación con los proveedores se dejan a discreción de las entidades adjudicadoras, algunas de las cuales han exigido la presentación de ofertas electrónicas.

Disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

a) Utilización de la contratación electrónica previo consentimiento de las partes

56. El párrafo 1) del artículo 9 de la Ley Modelo se refiere a la forma de las comunicaciones que habrán de utilizarse en el proceso de contratación pública. Se dispone que las comunicaciones se harán de tal forma que se deje constancia de su contenido (de otro modo, en el caso de la mayoría de las comunicaciones, por un medio que no deje constancia del contenido, con tal de que se dé seguidamente confirmación al destinatario por algún medio que sí deje constancia, como se prevé en el párrafo 2) del artículo 9, disposición que podría incluir las comunicaciones electrónicas). De ello se desprende que está permitido utilizar medios electrónicos de comunicación previo consentimiento de las partes.

b) Utilización obligatoria de las comunicaciones electrónicas

57. En el párrafo 1) del artículo 9 se dispone que la norma general que regula la forma de las comunicaciones está sujeta "a los requisitos de forma impuestos por la entidad adjudicadora al dirigir su primera invitación a los proveedores o contratistas". Aunque este artículo podría interpretarse en el sentido de que autoriza la utilización obligatoria de comunicaciones electrónicas, hay documentos básicos de los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo en que se examinó el (entonces) proyecto de ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública que indican que en ese momento se quería permitir la utilización de comunicaciones electrónicas solo previo consentimiento de las partes. Véanse, por ejemplo, las opiniones de las delegaciones de Australia y el Canadá sobre el artículo 9 del proyecto de ley modelo en el Anuario de la CNUDMI, Volumen XXIV: 1993 (puede consultarse en el sitio www.uncitral.org, bajo "Anuario, Volumen XXIV, I. Contratación pública, D. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública: compilación de observaciones presentadas por los gobiernos" (documentos A/CN.9/376 y Add.1 y 2)), y los párrafos 82 a 90 del Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional acerca de la labor realizada en su 15º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 22 de junio al 2 de julio de 1992 (documento A/CN.9/371), que figura en el mismo sitio de la CNUDMI.

58. En el párrafo 3) del artículo 9 se dice que la entidad adjudicadora no discriminará contra ningún proveedor o contratista ni entre unos proveedores o contratistas en razón de la forma en la cual transmitan o reciban comunicaciones, y es evidente que cabría interpretar que las comunicaciones electrónicas obligatorias

podrían suponer una transgresión de esta disposición. Por ejemplo, incluso si los plazos de presentación de los documentos de precalificación o de las ofertas son los mismos para todos los proveedores, sería *prima facie* discriminatorio, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3) del artículo 9, que esos plazos se fijaran en función del tiempo que necesitan solo quienes se comunican por medios electrónicos. En cambio, en la práctica, puede que la igualdad de trato se logre aplicando formas de trato diferentes.

59. Además de cuestiones relacionadas con el trato equitativo y no discriminatorio de los proveedores, es preciso examinar la utilización obligatoria de comunicaciones electrónicas a la luz de los requisitos formales de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Solo se impone el requisito de presentar comunicaciones por escrito en el caso de las ofertas, que, en virtud de lo dispuesto en el inciso a) del párrafo 5) del artículo 30 deberán "presentarse por escrito, firmadas y en sobre sellado" o, con sujeción a ciertas condiciones, "de cualquier otra forma que se especifique en el pliego de condiciones". Así pues, la presentación electrónica de ofertas está permitida cuando ambas partes la aceptan, aunque no se dice expresamente si la "otra forma" de que se habla en el inciso a) del párrafo 5) del artículo 30, incluye la presentación electrónica obligatoria. En el inciso b) del párrafo 5) del artículo 30 se prevé específicamente el derecho de los proveedores de presentar una oferta en la forma "habitual" referida en el inciso a) del párrafo 5) del artículo 30, es decir, por escrito, firmada y en sobre sellado. Según la Guía se trata de una "salvaguardia… importante por no tener todo el mundo igual acceso a ciertos medios no tradicionales de comunicación como el IED [intercambio electrónico de datos]". En consecuencia, parecería que conforme a lo previsto en el texto actual de la Ley Modelo no se puede exigir a los proveedores que presenten sus ofertas electrónicamente.

c) Mecanismos de control de la utilización de medios electrónicos

60. Aparte de las normas sobre el requisito de que se deje constancia de las comunicaciones en el párrafo 1) del artículo 9, y de disposiciones generales relativas a la transparencia, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública no se prevé expresamente ningún mecanismo de control de la utilización de los medios electrónicos, aparte de los aplicables a la presentación electrónica de ofertas.

Opciones normativas

61. El Grupo de Trabajo tal vez estime conveniente aplicar a los procedimientos electrónicos las mismas normas y principios que se aplican a los procedimientos en papel (por ejemplo, para asegurar que las ofertas sean confidenciales durante el procedimiento de licitación), así como tomar medidas para que los proveedores y el público en general tengan el mismo grado de confianza en los procedimientos electrónicos que en los procedimientos en que la información se consigna en papel. Las disposiciones específicas que se incluirán en la ley de contratación pública de un Estado dependerán en cierta medida de la legislación general pertinente, como el tratamiento de las firmas electrónicas y el correspondiente marco jurídico en un determinado país.

62. Entre las esferas concretas que el Grupo de Trabajo podría abordar cabe mencionar las siguientes:

a) Posibilidad de que la entidad adjudicadora exija a los proveedores que utilicen comunicaciones electrónicas

63. Esta cuestión reviste dos aspectos: primero, si la entidad adjudicadora debería poder exigir que se utilicen comunicaciones electrónicas en general y, en segundo lugar, si debería poder exigir la presentación electrónica de ofertas. Visto que las condiciones del mercado han variado desde que se prohibió la licitación obligatoria por medios electrónicos y que Internet ha desplazado a los sistemas privados de intercambio electrónico de datos (IED), cabría aducir que para algunos Estados, en determinadas circunstancias, exigir que la convocatoria a licitación y otras comunicaciones se hagan electrónicamente es un requisito comercial razonable que también promueve los objetivos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. El Grupo de Trabajo también podría tener en cuenta la importancia de que la Ley Modelo no constituya una barrera, o sea vista como una barrera que obstaculiza la utilización de las comunicaciones electrónicas con la máxima eficacia posible y de que no vaya a la zaga de las prácticas que vayan surgiendo en la forma de encarar la utilización obligatoria de comunicaciones electrónicas.

64. Ahora bien, el Grupo de Trabajo también podría reconocer que las circunstancias que se dan actualmente en algunos Estados son tales que no sería conveniente exigir que se utilicen comunicaciones electrónicas.

65. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee reconocer que hay distintos criterios que son adecuados en diferentes países y circunstancias y que las circunstancias pueden seguir evolucionando, y considerar la posibilidad de proponer en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública opciones apropiadas respecto de la utilización obligatoria de comunicaciones electrónicas.

66. Cabría disponer que no se podrá imponer como requisito general la utilización de comunicaciones electrónicas, salvo que así esté autorizado en los reglamentos sobre la contratación pública. A continuación, se podrían examinar en la Guía las cuestiones que habría que abordar al redactar los reglamentos pertinentes, como la cuestión del momento y las circunstancias en que debe levantarse la prohibición, aunque entretanto podría ser conveniente alentar la utilización de las comunicaciones electrónicas, disponiendo que están permitidas y que en algunas circunstancias (especificadas) podrán exigirse. Este criterio tendría la ventaja de permitir que se adaptaran los reglamentos para abordar las cuestiones del modo que más conviniera a cada Estado, teniendo presentes los factores expuestos en los párrafos precedentes. Por ejemplo, en los reglamentos se podría estipular qué entidades adjudicadoras podrían imponer la presentación electrónica de ofertas, en qué circunstancias y en qué condiciones, posiblemente con sujeción a un requisito de justificación o aprobación.

67. También cabría la posibilidad de prever la utilización obligatoria de comunicaciones electrónicas en la propia Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, con sujeción a condiciones apropiadas (como sería la obligación de justificarla), permitir la utilización obligatoria de comunicaciones electrónicas a discreción de las entidades adjudicadoras (con o sin que medie un requisito de justificación) o en unos pocos casos bien definidos, como ciertos tipos o métodos de contratación pública.

68. El Grupo de Trabajo podría tener presente que la definición e imposición de límites a la utilización obligatoria de comunicaciones electrónicas, en particular en la propia Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, podría considerarse rígido y difícil de adaptar a la evolución de las condiciones del mercado. Por ello, podría adoptar la posición de que la Ley Modelo debe seguir permitiendo que a los Estados que lo deseen concedan en toda ocasión a los proveedores el derecho de comunicarse por medios no electrónicos, dejando la posibilidad de modificar esta posición por vía reglamentaria. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee permitir que los Estados exijan a los proveedores que utilicen comunicaciones electrónicas en las licitaciones oficiales, quizás dejando que la decisión de permitir su utilización se adopte en los reglamentos o se deje a criterio de la entidad adjudicadora en cada licitación.

69. En todos los casos sería útil dar indicaciones exhaustivas en la Guía.

b) Posibilidad de que los proveedores pidan a la entidad adjudicadora que utilice medios electrónicos

70. El Grupo de Trabajo debería tener presente que, si bien dejar que los proveedores pidan que se utilicen medios electrónicos de comunicación puede servir para aumentar la eficiencia, también puede causar dificultades, como se señala en el párrafo 20 *supra*.

71. Asimismo, el Grupo de Trabajo podría disponer que el hecho de permitir que los proveedores pidan que se utilicen medios electrónicos de comunicación no influirá en el derecho de las entidades adjudicadoras de insistir en que se utilice un determinado medio de comunicación. Una disposición de ese tipo tendría por finalidad preservar la primacía de la posición de la entidad adjudicadora. También se podría abordar en la Guía la cuestión de que es probable que los Estados deseen dar a los proveedores el derecho de utilizar comunicaciones electrónicas en ciertos casos, que podrían estipularse en reglamentos sobre el particular.

72. Además, el Grupo de Trabajo podría considerar que las diferencias en la utilización de las comunicaciones electrónicas en diferentes Estados indican que el ejercicio de ese derecho debería limitarse a las situaciones en que la entidad adjudicadora tenga posibilidades razonables de acceso a los medios electrónicos escogidos. Al igual que en el caso de las entidades adjudicadoras, las opciones previstas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública podrían ser una forma apropiada de proceder.

73. El Grupo de Trabajo también podría considerar la posibilidad de incluir una disposición general según la cual los medios de comunicación impuestos por la entidad adjudicadora no deberán limitar excesivamente la posibilidad de participar en el proceso de contratación pública y enumerar en la Guía normas más detalladas sobre el tipo de medios que podrán utilizarse y las formas de control que deberá haber.

c) Discriminación

74. Por los motivos expuestos en el párrafo 58 *supra*, el Grupo de Trabajo también podría aclarar las disposiciones del párrafo 3) del artículo 9.

d) Mecanismos de control de la utilización de medios electrónicos

75. El Grupo de Trabajo podría considerar la conveniencia de establecer mecanismos de control respecto de la seguridad, la confidencialidad y la autenticidad de las ofertas, así como de la integridad de los datos. En el comentario de la Guía sobre el artículo 30 se indica que, cuando existe la posibilidad de utilizar medios electrónicos en una licitación, pueden hacer falta "reglas y técnicas" complementarias que permitan resolver algunas de esas cuestiones, así como cuestiones de otra índole, por ejemplo, la forma que adoptaría la garantía de oferta.

76. No obstante, convendría que el Grupo de Trabajo decidiera si los principios generales aplicables a todos los medios de comunicación deben enunciarse en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

77. El Grupo de Trabajo podría considerar si los principios rectores que se enumeran a continuación serían apropiados:

a) Que los medios de comunicación impuestos no representen una barrera excesiva a la participación en el proceso de contratación pública (principio que en circunstancias apropiadas permitiría la utilización de medios de comunicación impresos o electrónicos);

b) Que se pueda determinar el origen de las comunicaciones (autenticidad);

c) Que los medios y mecanismos utilizados sean tales que aseguren que se preserve la integridad de los datos;

d) Que los medios utilizados permitan determinar el momento de recepción de los documentos, cuando esa información tenga importancia en la aplicación de las normas que rigen el proceso de contratación pública (es decir, la presentación de solicitudes de participación y la presentación de ofertas o propuestas);

e) Que los medios y mecanismos utilizados aseguren que ni la entidad adjudicadora ni otras personas tengan acceso a las ofertas y otros documentos importantes antes de que haya expirado el plazo correspondiente, a fin de impedir que la entidad adjudicadora pase información sobre otras ofertas a sus proveedores preferidos y que los competidores puedan conseguir por sí mismos esa información (seguridad);

f) Que se mantenga la confidencialidad de la información presentada por otros proveedores o referente a ellos.

78. El Grupo de Trabajo podría optar por una formulación que abarque todos los medios de comunicación, quizás utilizando el concepto de equivalencia funcional de las comunicaciones electrónicas (por ejemplo, a efectos de incluir el requisito de que las ofertas en papel deberán presentarse firmadas y en sobre sellado) y examinar las cuestiones relativas al almacenamiento y el manejo de los datos electrónicos. Tal formulación podría enunciarse en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública o en la Guía a modo de orientación sobre los reglamentos apropiados que habría que promulgar, de conformidad con las disposiciones de la Ley Modelo.

3. Subasta electrónica (de oferta regresiva)

Antecedentes

79. El método de subasta electrónica de oferta regresiva, y sus diversas variantes, es un método de licitación cada vez más difundido. Consiste en que los proveedores obtienen información sobre las ofertas presentadas por los demás concursantes y modifican constantemente su propia oferta a la luz de las ofertas competidoras, sin que suelan tener conocimiento de quiénes son los demás licitadores. Según el método de subasta electrónica regresiva, los proveedores proceden seguidamente a presentar su oferta por medios electrónicos, en alguna página o sitio web de subastas, normalmente a través de Internet (que ha desplazado en buena parte las redes de propiedad privada), sirviéndose de la información disponible sobre la valoración de las ofertas de los demás proveedores o sobre la cuantía requerida para pujar. Los proveedores van siguiendo el desarrollo de la puja por vía electrónica y pueden mejorar su propia oferta en consecuencia. La subasta se desarrolla durante un período determinado o puede prolongarse hasta que ha transcurrido un período especificado, sin que se haya presentado ninguna oferta.

80. Las subastas electrónicas de oferta regresiva suelen utilizarse sobre todo en las licitaciones de productos y servicios normalizados, en las que el precio es el único criterio de adjudicación, o por lo menos uno de los más importantes, ya que por lo general es el único factor que forma parte del proceso de "subasta". Sin embargo, pueden utilizarse otros factores e incorporarse en la etapa de subasta o evaluarse en una etapa distinta del procedimiento global de licitación.

Posibles ventajas y dificultades

81. Las subastas electrónicas obligan a los proveedores a ofrecer el mejor precio posible y alientan a la entidad adjudicadora a especificar los criterios de adjudicación no relacionados con el precio. Se hacen de forma transparente (en el sentido de que se conocen las demás ofertas y todos los participantes ven los resultados del procedimiento de licitación, lo que desalienta los abusos y la corrupción) y también pueden acelerar el procedimiento de licitación y reducir los costos de transacción. Las tecnologías electrónicas han facilitado la utilización de las subastas electrónicas de oferta regresiva, al reducir considerablemente los costos de transacción.

82. No obstante, también pueden surgir dificultades. La que con más frecuencia suele mencionarse es la de que se dé excesiva importancia al precio. Además, como se trata de un proceso tan rápido, puede provocar una "fiebre de las subastas", es decir, puede hacer que un proveedor ofrezca precios que no son realistas. Si ese es el proveedor a quien se adjudica el contrato, pueden surgir graves problemas en la etapa de administración del contrato. El problema podría resolverse seleccionando cuidadosamente el tipo de contratos a los que se presta este método de licitación pública.

Actual nivel de utilización y disposiciones de otros regímenes internacionales

83. Algunos Estados y órganos internacionales han empezado a regular la utilización de subastas electrónicas de oferta regresiva o a dar orientaciones al respecto. Éstas se refieren a los aspectos prácticos de organizar una subasta

electrónica y a cuestiones jurídicas, como la capacidad de modificar considerablemente las ofertas -incluido el precio- después de su presentación.

84. A nivel internacional, actualmente ni en el Acuerdo sobre la Contratación Pública, ni en las directivas de la Unión Europea ni en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) se hace referencia a las subastas electrónicas de oferta regresiva; tampoco se hace referencia a ellas en el proyecto de acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) ni en el régimen del Foro de Cooperación Económica en Asia y el Pacífico (lo que no es sorprendente, ya que en ese último régimen se enuncian principios generales y no normas detalladas). Sin embargo, en el actual proyecto de revisión del Acuerdo sobre Contratación Pública (artículo XI.3 *bis* del proyecto de texto al 4 de noviembre de 2003), sí hay una disposición explícita sobre las subastas electrónicas de oferta regresiva, en virtud de la cual se podrá utilizar este método y por la que se regula su funcionamiento. Las nuevas directivas de contratación pública de la Unión Europea también incluyen una disposición específica sobre las subastas electrónicas, con el fin de eliminar la incertidumbre jurídica que había hasta ese momento y de aplicar los correspondientes mecanismos de control. (Véanse, en particular, el artículo 54 de la nueva directiva relativa al sector público y el artículo 56 de la nueva directiva relativa a las empresas de servicios públicos.)

85. A nivel nacional, por ejemplo, el Brasil y Francia han promulgado disposiciones vinculantes. (En el Brasil: Ley federal Nº 10.520/2002, de 17 de julio de 2002, párrafo 1 del artículo 2), por la que se autoriza la realización de subastas electrónicas de conformidad con normas que habrán de especificarse, y el Decreto Nº 3697, de 21 de diciembre de 2000, en el que se precisan las normas que regirán la organización de subastas electrónicas; y en Francia, el Código de contratación pública, párrafo 3 del artículo 56 y el Decreto Nº 2001-846, de 18 de septiembre de 2001). En cambio, en los Estados Unidos, no se han promulgado normas jurídicas específicas ni se han dado orientaciones oficiales respecto de las subastas electrónicas. En el Reino Unido, la mayoría de las normas de contratación pública se limitan a las previstas en la legislación de la Unión Europea, que por el momento no reglamenta las subastas electrónicas de oferta regresiva. Sin embargo, el Gobierno del Reino Unido estima que la legislación de la Unión Europea permite autorizar ese tipo de subastas, ha aprobado su utilización y ha dado orientaciones al respecto (véase "eAuctions" en el sitio http://www.ogc.gov.uk/index.asp?docid=1001034). Hay algunos ejemplos que parecen indicar que la falta de reglamentación en los Estados Unidos y en el Reino Unido es un elemento que ha hecho que algunas entidades adjudicadoras se abstengan de utilizar este tipo de subastas.

Disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

86. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública no hace referencia a las subastas. En el método de contratación pública de bienes y servicios se supone que la licitación sólo tiene una etapa y se prohíbe que se introduzcan modificaciones importantes en cuanto al fondo de la oferta -incluido el precio- una vez presentada (inciso a) del párrafo 1) del artículo 34). También se prohíbe a las entidades adjudicadoras revelar información sobre la licitación (párrafo 8) del artículo 34), lo que impide la realización de subastas por acuerdo entre la entidad y los proveedores. La disposición mediante la que se concede el derecho de presentar una oferta por escrito y en sobre sellado también impide la realización de una

subasta si los proveedores no dan su consentimiento (incisos a) y b) del párrafo 5) del artículo 30). Las mismas normas se aplican al procedimiento de licitación restringida (párrafo 3) del artículo 47).

87. Los motivos para utilizar procedimientos distintos de la licitación para la contratación pública de bienes y obras rara vez se aplicarán a casos de contratación pública en los que pueda efectuarse una subasta, incluso si técnicamente es posible incluir una etapa de subasta en los parámetros jurídicos de algunos de esos procedimientos. Lo mismo puede decirse de los procedimientos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública para la contratación de los servicios que no pueden considerarse esencialmente como un bien corporal, a veces denominados servicios intelectuales, en cuyo caso los criterios de adjudicación no relacionados con el precio son proporcionalmente importantes y se suelen considerar difíciles de cuantificar.

Opciones normativas

88. Como se señaló en el párrafo 82 *supra*, no siempre se considera que la subasta electrónica de oferta regresiva es el método adecuado de licitación para todos los tipos de contratación pública. No obstante, y en vista de su creciente utilización, el Grupo de Trabajo podría considerar la conveniencia de abordar esta cuestión en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Además, el Grupo de Trabajo podría considerar hasta qué punto deberían incorporarse también en el régimen de la Ley Modelo otros tipos de subastas, no reguladas en el texto actual.

89. En vista de eso, quizás el Grupo de Trabajo desee examinar primero qué tipo de licitación pública se presta o no a una subasta electrónica de oferta regresiva. Por ejemplo, se podría reconocer que las posibles ventajas de las subastas sólo se materializarán si se puede formular una especificación inicial común con arreglo a la cual se presentarán las ofertas, y en el caso de las contrataciones en que puedan cuantificarse los criterios distintos del precio. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de dar orientaciones en la Guía acerca de los tipos de servicios que se prestarían a procedimientos de subasta, quizás con disposiciones opcionales en la propia Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

90. Si el Grupo de Trabajo estima que sí deberían incluirse disposiciones relativas a las subastas electrónicas de oferta regresiva en la propia Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, se plantea la cuestión de determinar si las subastas deberán presentarse como una versión de los métodos tradicionales de contratación pública o como método distinto. Se ha sugerido que, de considerarlas como una versión de los métodos tradicionales de licitación, deberían introducirse normas adicionales en que se regularan ciertas características especiales de las subastas, entre las que cabe mencionar la publicación de los precios (prohibida en otras formas de contratación) durante el proceso de licitación y una evaluación de las ofertas en dos etapas. Sin embargo, esto puede considerarse más apropiado que tratar las subastas electrónicas como método de contratación diferente, lo que requeriría disposiciones nuevas y específicas.

91. De ser así, el Grupo de Trabajo debería asegurar la concordancia de fondo y de forma entre los procedimientos de subasta y los aplicados en la Ley Modelo a la contratación pública sin subasta, como la licitación, que es el método más común de contratación pública de bienes y obras. En tal caso, el Grupo de Trabajo podría

disponer, por ejemplo, que un procedimiento de subasta habría de ajustarse a las pautas de los métodos de contratación por "licitación" o por "licitación restringida", adaptados para incluir una etapa de subasta (en determinados casos, podría seguirse la pauta del procedimiento de licitación en dos etapas).

92. Por otra parte, el Grupo de Trabajo podría optar por incluir disposiciones relativas a la realización de la etapa de subasta en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, o por dar orientaciones en la Guía acerca del contenido de los reglamentos que habrán de promulgarse de conformidad con lo dispuesto en la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo también podría considerar la conveniencia de que la Ley Modelo siga siendo "tecnológicamente neutra", como se explica al hablar de la publicación electrónica en el párrafo 13 *supra*.

III. Recomendaciones

93. En la presente nota sobre la contratación pública por vía electrónica, la primera destinada al Grupo de Trabajo en su sexto período de sesiones, se describen las principales cuestiones respecto de esa forma de contratación que se han determinado hasta la fecha. Se recomienda que el Grupo de Trabajo seleccione las que desea abordar y dé orientaciones en cuanto a los objetivos de política que deban tenerse en cuenta en los proyectos de disposición que tal vez el Grupo de Trabajo desee pedir a la Secretaría que prepare para examinarlos ulteriormente.

C. Nota de la Secretaría sobre la evolución reciente del derecho en materia de contratación pública: cuestiones que ha planteado hasta la fecha la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su sexto período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.32) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-3
II.	Cuestiones que cabría revisar en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública	4-73
	A. La utilización de las listas de proveedores	5-22
	B. Acuerdos marco	23-40
	C. Contratación de servicios	41-51
	D. Evaluación y comparación de ofertas, y la contratación pública como medio para promover políticas industriales, sociales y ambientales	52-54
	E. Vías de recurso y ejecución	55-59
	F. Otros asuntos	60-73

I. Introducción

1. La presente nota es la segunda de las que ha preparado la Secretaría en previsión de la futura labor de la Comisión en materia de contratación pública. En ambas notas se abordan cuestiones relacionadas con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (en adelante, "la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública" o "la Ley Modelo"), y en la presente nota se examinan las recientes actividades así como la experiencia de organizaciones internacionales y de instituciones internacionales crediticias, algunas de las cuales están revisando sus normas y reglamentaciones en materia de contratación pública. El primero de los dos documentos se titula "La evolución reciente del derecho en materia de contratación pública: cuestiones que ha planteado la creciente utilización de comunicaciones electrónicas en la contratación pública" (A/CN.9/WG.I/WP.31) y describe el contexto que justifica la propuesta de incluir el derecho en materia de contratación pública en el programa de trabajo de la Comisión. La Secretaría se ha centrado en cuestiones normativas, y no en el modo en que habrían de redactarse en esta etapa las disposiciones pertinentes; así pues, en la presente nota no se formulan propuestas de redacción.

2. Las actividades y la experiencia de las instituciones antes mencionadas en la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública ponen de relieve la necesidad de coordinar las actividades que llevan a cabo los organismos internacionales que se ocupan de contratación pública. A este respecto, la Comisión ha indicado que tal vez sería beneficioso introducir alguna enmienda en la Ley Modelo (A/58/17, párr. 229). Al velar por la coherencia entre el texto de la Ley Modelo y los regímenes vigentes en materia de contratación pública en el ámbito internacional y regional, sin que con ello se menoscaben los criterios y principios básicos de la Ley Modelo, se propiciaría una aplicación más amplia de la Ley Modelo, promoviéndose, al mismo tiempo, el objetivo de armonización.

3. La Secretaría ha llevado a cabo su labor en estrecha cooperación con organizaciones con experiencia en este campo y conocedoras del tema, tales como el Banco Mundial, y también se ha beneficiado de las consultas realizadas con expertos en la materia. La Secretaría ha examinado la experiencia registrada en el marco de organismos y acuerdos internacionales como los de la Cooperación Económica en Asia y el Pacífico (APEC), la Unión Europea (UE), el Borrador de Acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), la Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Acuerdo sobre contratación pública de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Las principales disposiciones internas examinadas son las del Brasil, los Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y Singapur, y (en menor grado) las del Canadá y Hong Kong, que se han seleccionado por considerarse las más representativas de las distintas tradiciones normativas y también porque esos países y territorios disponen de una notable experiencia en la práctica y en la reglamentación de la contratación electrónica.

II. Cuestiones que cabría revisar en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

4. Se remite a las delegaciones del Grupo de Trabajo a la nota de la Secretaría A/CN.9/553, así como a dos notas relativas al 36º período de sesiones de la Comisión (documentos A/CN.9/539 y A/CN.9/539/Add.1), en las que se especifican otros datos sobre cuestiones que cabría revisar. En la presente nota se tratarán cuestiones, ya señaladas en anteriores notas, que son las siguientes:

a) La utilización de las listas de proveedores;

b) Los acuerdos marco;

c) La contratación pública de servicios;

d) La evaluación y la comparación de ofertas;

e) Los recursos y las vías de ejecución; y

f) Otras cuestiones (la legalización de documentos, otros posibles métodos de contratación pública, la participación comunitaria en la contratación pública, y la simplificación y normalización de la Ley Modelo).

A. La utilización de las listas de proveedores

Antecedentes

5. En las listas de proveedores (también denominadas listas de calificación, sistemas de calificación o listas aprobadas) se especifican los proveedores seleccionados para futuras operaciones de contratación pública. Estas listas pueden ser de carácter imperativo o facultativo. Las listas de carácter imperativo exigen la descripción del proveedor en la lista para que pueda participar en operaciones de contratación pública. Los proveedores pueden optar por inscribirse en una lista facultativa pero, de no hacerlo, no estarán descalificados para que se les adjudique un determinado contrato. Para admitir a un proveedor en una lista puede requerirse una evaluación exhaustiva de la idoneidad del proveedor para determinados contratos, o una simple evaluación; en algunos casos, no se exige ningún tipo de evaluación. No obstante, suelen evaluarse inicialmente algunas calificaciones y postergarse la evaluación de otras hasta el momento en que se estudie la idoneidad del proveedor para determinados contratos.

Reglamentación de la cuestión en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

6. En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública no se aborda la cuestión de las listas de proveedores, aunque ello no es óbice para que las entidades adjudicadoras recurran a listas facultativas para elegir proveedores en operaciones de contratación pública que no requieran publicidad, como la licitación restringida, las negociaciones competitivas, las solicitudes de propuestas o de cotizaciones y la contratación de un único licitador. En el párrafo 3) del artículo 6 de la Ley Modelo se prohíbe a las entidades adjudicadoras la imposición de "criterios, requisitos o procedimientos" que no sean los establecidos en el artículo 6, y en dicho artículo no se regula la inscripción de los proveedores en una lista. Sin embargo, en la práctica, la utilización de listas facultativas puede provocar la exclusión de los proveedores no inscritos, por ejemplo, cuando se recurra al procedimiento relativamente informal de solicitud de cotizaciones, con lo cual dichas listas surtirían el mismo efecto que las de carácter imperativo.

7. La Ley Modelo no permite que la divulgación de una lista supla la publicidad que debe darse a un determinado contrato. Por lo que respecta a la licitación (abierta) y a la licitación en dos etapas, por ejemplo, el artículo 24 exige a las entidades que den publicidad a las "solicitudes de ofertas" o a las "solicitudes de precalificación", indicando que deberá anunciarse cada contrato para el que se soliciten ofertas (aunque cada uno pueda disgregarse en partes).

8. Cuando se aprobó la Ley Modelo, se consideró que la utilización de listas de proveedores no era conveniente y que esa práctica era cada vez menos frecuente. No obstante, con la proliferación de las comunicaciones electrónicas, la utilización (y el valor) de las listas ha aumentado y sus costos han disminuido. Además, se ha comentado el creciente uso de los catálogos electrónicos, es decir, los catálogos de productos ofrecidos por uno o más proveedores, que se compilan a raíz de una licitación tradicional. En la licitación, se selecciona a los proveedores para que presenten un catálogo electrónico al que la entidad adjudicadora pueda remitirse para hacer pedidos de bienes y de servicios, y este procedimiento puede propiciar

también un aumento de la contratación pública realizada, de hecho, sobre la base de listas de proveedores.

Posibles ventajas y dificultades

9. En los países en que se utilizan las listas de proveedores, se ha observado que las listas contribuyen a racionalizar el proceso de contratación pública, economizando gastos, ampliando la competencia y promoviendo una gestión más eficiente de la información, lo cual resulta ventajoso tanto para los compradores (por ejemplo, en lo relativo a la administración de contratos anteriores) como para los proveedores. También puede ser beneficioso que haya una mayor coherencia entre los requisitos para que los proveedores queden calificados para presentar ofertas. Sin embargo, deben tenerse en cuenta los gastos de inscripción en las listas (incluidos los costos de evaluación de las calificaciones, algunos de los cuales pueden ser innecesarios si solicitan la inscripción proveedores que no quedarán calificados). Es probable que el análisis de costos y beneficios varíe de un Estado promulgante a otro.

10. Con las listas también puede ahorrarse tiempo al eliminarse o reducirse el período durante el cual se hace la publicidad, se esperan las muestras de interés, y se evalúan las calificaciones, lo cual es de particular importancia cuando la contratación pública no está sujeta a publicidad ni a competencia, como en el caso de las contrataciones urgentes, que a menudo se llevan a cabo con trámites especiales que favorecen a los proveedores ya conocidos por la entidad adjudicadora. Las ventajas concretas de las listas facultativas radican en las reducciones de gastos que se producen al no haber que presentar y evaluar los diversos datos de calificación para cada contrato; el acceso a información si es preciso recurrir a contrataciones de emergencia; la reducción de los gastos de los proveedores para encontrar información contractual (la cual puede facilitarse automáticamente a los proveedores inscritos); y la posible intensificación de la competencia cuando, al disminuir los gastos para los proveedores, aumenta el número de proveedores interesados.

11. Las listas de carácter imperativo pueden incrementar todas estas ventajas. Por ejemplo, con esas listas puede ahorrarse más tiempo, pues la entidad adjudicadora ya no deberá evaluar a ningún nuevo proveedor en el plazo previsto para la adjudicación de un contrato. Las listas imperativas pueden también estrechar las relaciones entre las partes (por ejemplo, al facilitar la colaboración con los mejores -y menos numerosos- proveedores, con miras a mejorar la calidad) y pueden permitir a las entidades adjudicadoras evaluar las calificaciones más exhaustivamente de lo que sería posible durante el plazo fijado para una determinada adjudicación. No obstante, las listas de carácter imperativo pueden entrañar también el notable riesgo de restringir la competencia al excluir a proveedores de contratos ulteriores. Por ejemplo, es posible que los nuevos proveedores o los proveedores extranjeros, que tengan pocos tratos comerciales con un determinado gobierno, no estén inscritos. Las listas imperativas pueden minar la confianza en la contratación pública, dado que pueden reducir la transparencia y que pueden dar una imagen negativa de las relaciones estrechas entre proveedores y entidades adjudicadoras. Asimismo, esas listas pueden entrañar notables gastos administrativos.

12. El hecho de no divulgar oportunidades concretas de contratación sino una lista también puede contribuir a dar publicidad a los requisitos de una entidad, para que los proveedores reaccionen y se reduzcan así los gastos de publicidad y los plazos. No obstante, se requeriría normalmente la exención de los requisitos ordinarios de publicidad para cada futura adjudicación de un contrato.

La utilización de listas en la actualidad y disposiciones pertinentes en los regímenes internacionales e internos

13. Las listas de proveedores se emplean en muchos Estados y en muchos regímenes internacionales de contratación pública y, a veces, para los contratos de gran envergadura, esas listas son de carácter imperativo. Sin embargo, en esos regímenes se regula su utilización, en primer lugar, limitando en algunos casos las entidades que pueden recurrir a las listas y, en segundo lugar, controlando su utilización para asegurar que los trámites discurran de forma razonable y transparente. Entre los ejemplos que cabe citar figura el Acuerdo sobre contratación pública (GPA) de la OMC, que permite la utilización de listas imperativas y facultativas (con controles que rigen su empleo salvo en el caso de las licitaciones limitadas y de escasa envergadura o de contratación pública urgente y no competitiva). El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) permite la utilización de listas, incluidas las de carácter imperativo, aunque sujetas a controles y a medidas de salvaguardia muy similares a las del GPA (véanse, en particular, el párrafo 2) del artículo 1011 del TLCAN, que permite la utilización de listas para seleccionar proveedores en procedimientos restringidos, y el párrafo 2) del artículo 1009, que regula los controles). Las directivas de la UE sobre contratación pública prohíben normalmente las listas imperativas para los procedimientos competitivos de contratación pública (salvo en los sectores de servicios públicos que, al igual que las entidades adjudicadoras públicas, pueden recurrir a listas imperativas sujetas a controles similares a los que impone el GPA). En las directivas no se prevé ningún control de la utilización de las listas facultativas (véase, al respecto, un análisis detallado en "Framework Purchasing and Qualification Lists under the European Procurement Directives" (1999) *en* Public Procurement Law Review, 115-146 y 168-186).

14. Los controles que prevén esos regímenes suelen incluir los siguientes requisitos: la inscripción en las listas debe ser posible en todo momento; el tiempo empleado para formalizar las inscripciones debe ser razonable; y debe permitirse la inscripción por correo y, cuando se factible, por Internet.

15. El Banco Mundial y otras instituciones crediticias multilaterales no permiten la utilización de listas de carácter imperativo en procedimientos competitivos de licitación, pero en algunos casos pueden aceptarse las listas imperativas para proveedores nacionales (bajo controles similares a los del GPA). Los Principios no vinculantes sobre contratación pública de la APEC (Cooperación Económica en Asia y el Pacífico) parten del principio de que los miembros de la APEC pueden someter esas listas a lo dispuesto en los principios generales sobre buena competencia (véanse, además, los principios no vinculantes sobre contratación pública del Grupo de Expertos en materia de Contratación Pública, que se pueden consultar en el siguiente sitio de Internet: http://www.apecsec.org.sg/content/apec_ groups/ committees/committee_on_trade/government_procurement).

16. Todas las reglas de la UE, del GPA de la OMC y del TLCAN permiten en cierta medida que, en vez de dar publicidad a contratos específicos, se divulguen listas; en cambio, los bancos de desarrollo no lo permiten.

Opciones normativas

17. El hecho de que en la Ley Modelo no se regulen específicamente las listas de proveedores indica que, cuando se redactó la Ley Modelo, la Comisión no era partidaria de promover una amplia utilización de las listas de proveedores, considerando que, aun cuando fueran facultativas, podían resultar, en la práctica, imperativas. Este enfoque se ajustaba al criterio seguido por muchas instituciones internacionales de crédito, a juicio de las cuales la utilización de listas imperativas no constituía una buena práctica si se trataba de procedimientos de licitación abiertos. Al mismo tiempo, sin embargo, la Comisión tampoco quiso llegar al extremo de recomendar que no se utilizaran listas. Con todo, la experiencia ha demostrado que muchos Estados siguen utilizando listas imperativas por diversas razones. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si sería conveniente formular disposiciones concretas al respecto en la Ley Modelo de la CNUDMI o dar orientación sobre la reglamentación de las listas en el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que acompaña a la Ley Modelo, con miras a promover una mayor transparencia en la utilización de las listas de proveedores.

18. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si las listas de proveedores podían constituir una forma más transparente y menos discriminatoria de seleccionar a los proveedores cuando se apliquen métodos restringidos de contratación pública respecto de los cuales la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública no prevea ningún control de la selección de los proveedores. Se trataría así de garantizar a los proveedores un acceso más equitativo y transparente a las listas, por ejemplo, previendo la obligación de divulgar la existencia de toda lista, conforme a los requisitos de publicidad que rigieran las futuras oportunidades.

19. El Grupo de Trabajo tal vez desee también reconocer el derecho de las entidades adjudicadoras a mantener expedientes oficiosos de proveedores potencialmente idóneos. Si la lista no se define con criterios suficientemente amplios, las entidades adjudicadoras podrán eludir los controles manteniendo una lista oficiosa, de modo que los controles no serían de aplicación universal, con la consiguiente pérdida de confianza en el proceso de contratación pública.

20. Si el Grupo de Trabajo examinara la conveniencia de permitir la utilización de listas de carácter imperativo (a fin de mejorar la eficiencia), podría decidir que en nuevos artículos se previeran controles para asegurar la competencia y la transparencia del proceso. Por ejemplo, el Grupo de Trabajo tal vez desee prever la utilización de listas imperativas para adjudicaciones de contratos no sujetas a procedimientos de licitación; prever la obligación de tener en cuenta a los proveedores no inscritos cuando haya tiempo suficiente para llevar a cabo el proceso de inscripción; y prever la obligación de divulgar la existencia de listas con una frecuencia razonable en el medio de comunicación en el que normalmente se hagan públicos en un país los contratos adjudicables. Además, el Grupo de Trabajo podría prever que se introdujera en la Ley Modelo una disposición explícita en el sentido

de que todos los proveedores debieran tener la oportunidad de tener conocimiento de las listas y, por tanto, de inscribirse; de solicitar la calificación en cualquier momento; de ser incluidos en las listas en un plazo razonablemente breve (a fin de impedir que, con demoras injustificadas en la inscripción, se redujera de hecho la competencia); y de que se les notificara toda decisión de cancelar una lista o de borrarlos de dicha lista. Por último, el Grupo de Trabajo podría estimar conveniente disponer que la inscripción de proveedores en una lista no debiera tener la finalidad de eliminarlos de las listas de proveedores de terceros.

21. Habida cuenta de los diversos niveles de utilización de las listas de proveedores en los países, el Grupo de Trabajo tal vez podría decidir en qué forma las nuevas disposiciones se harían constar en el texto (insertándolas en la Ley Modelo en sí o, tal vez, introduciéndolas como disposiciones modelo pertinentes, acompañadas de comentarios, en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno), o decidir que los Estados las reglamentaran en disposiciones de ejecución de su derecho interno. Además, el Grupo de Trabajo tal vez debería estudiar si la Ley Modelo debería permitir o no (y en caso afirmativo, en qué circunstancias) que se divulgara la existencia de una lista, en vez de darse publicidad a los futuros contratos.

22. Por último, el Grupo de Trabajo tal vez podría plantearse también la posibilidad de ofrecer orientación a los Estados, en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno, sobre las consideraciones normativas que afectaran a la utilización de todos los tipos de listas y sobre sus resultados en la práctica, a fin de poner de relieve la necesidad de impedir que las listas se utilicen como obstáculos para una competencia plena y abierta, que debería ser la norma del proceso de contratación pública.

B. Acuerdos marco

Antecedentes

23. Los acuerdos marco (denominados también acuerdos de suministro y contratos con fecha de entrega indefinida o de suministro cuantitativo indefinido) pueden definirse como acuerdos encaminados a asegurar nuevos suministros de un producto o nuevas prestaciones de un servicio durante un determinado período, y en los que se hace una solicitud de ofertas iniciales conforme a cláusulas y condiciones especificadas, en que se selecciona a uno o dos proveedores en función de sus ofertas, y en que se plantea como requisito especial que se hagan subsiguientemente pedidos periódicos al proveedor o a los proveedores elegidos. Por consiguiente, la necesidad de celebrar este tipo de contratos se plantea cuando las entidades adjudicadoras requieren determinados productos o servicios durante un período concreto, pero ignoran las cantidades exactas y la naturaleza de los productos o servicios que requerirán, así como el momento en que los precisarán.

24. La celebración de acuerdos marco está muy difundida y, en algunos casos, está regulada por las legislaciones nacionales. También regulan esos contratos algunos órganos regionales o algunas instituciones internacionales de crédito.

25. Los acuerdos marco pueden concertarse con un único proveedor o con varios. En virtud de los acuerdos con un único proveedor, la entidad adjudicadora puede

estar obligada a efectuar compras, o el proveedor puede estar obligado a hacer suministros, o pueden preverse ambas obligaciones; también puede ocurrir que estos acuerdos con un único proveedor no vinculen a ninguna de las partes, pero fijen las condiciones para la adjudicación de contratos en el futuro, creándose únicamente una obligación legal cuando se concierte un pedido. Los acuerdos no vinculantes se celebran con frecuencia cuando se conciertan arreglos en beneficio de varias entidades adjudicadoras (por ejemplo, en caso de que haya un organismo central de adjudicación), de modo que las entidades adjudicadoras pueden reservarse el derecho a concertar sus propios arreglos.

26. Los acuerdos con múltiples proveedores prevén un proceso inicial de selección de varios acreedores que puedan suministrar los productos o prestar los servicios cumpliendo los requisitos y condiciones de la entidad adjudicadora (primera etapa). Cuando ulteriormente se requiera un producto o un servicio, la entidad adjudicadora elige, de entre estos proveedores, a un proveedor al que se hace ese pedido concreto (segunda etapa). Los métodos empleados para seleccionar al proveedor o a los proveedores en la segunda fase de adjudicación difieren mucho entre las entidades que recurren a tales métodos y, en particular, varía notablemente el grado ulterior de competencia. Así, por ejemplo, en la segunda etapa puede preverse una nueva convocatoria a licitación, o puede seleccionarse al proveedor cuya oferta inicial sea la óptima, en relación con el precio, para el pedido requerido, o puede preverse la rotación entre los proveedores. La segunda fase de licitación puede limitarse a la oferta de un precio con referencia a especificaciones preexistentes, y se habrán evaluado previamente las calificaciones de los proveedores; por lo tanto, esa segunda fase vendría a ser una "minilicitación". Otra posibilidad consiste en que se permita a los proveedores revisar los precios en cualquier momento, tras lo cual la entidad adjudicadora podrá seleccionar al proveedor que presente, para el eventual pedido, la oferta óptima en relación con el precio; este proceso es lo que a veces se denomina "modificación continua de ofertas". Estas diferentes modalidades reflejan el objetivo de que en la contratación pública se logre un equilibrio entre los objetivos de competencia (para promover las ofertas óptimas en relación con el precio), de apertura y de transparencia en los métodos seguidos y los objetivos de reducción de las costas procesales que entrañen dichos métodos.

Reglamentación de la cuestión en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

27. La Ley Modelo de la CNUDMI no prevé ninguna disposición concreta sobre los acuerdos marco. No obstante, se argumenta que los acuerdos con un único proveedor o con varios proveedores (es decir, aquellos en que se seleccionan en la segunda etapa los proveedores que presentan la oferta óptima, en relación con el precio, para cada requisito) podrían regirse por los procedimientos existentes, por ejemplo, si se disgregaran en partes los procesos de contratación sujetos a licitación. Sin embargo, en la Ley Modelo se dispone que en los pliegos de condiciones debe especificarse la cantidad de bienes requeridos, aunque los reglamentos sólo conexos puedan permitir una estimación, mientras que en los acuerdos marco no suele conocerse la cantidad de bienes.

28. Además, el procedimiento de licitación enunciado en la Ley Modelo no prevé acuerdos en virtud de los cuales no se celebren contratos vinculantes hasta que se hayan hecho pedidos. En particular, el párrafo 4) del artículo 36 dispone que el

contrato nace cuando se acepta la oferta, y no regula los contratos que se celebren ulteriormente, cuando la entidad adjudicadora decida cursar pedidos concretos.

29. Se observa también que el requisito de anunciar públicamente las "adjudicaciones de contratos", que prevé el artículo 14 y que es aplicable a todos los procedimientos, no es adecuado para dar publicidad a los acuerdos marco. Por otra parte, no se requiere la publicación de los resultados de un proceso competitivo para elegir a proveedores de acuerdos marco (ya que no implica la adjudicación de un contrato); se observa también que tampoco se exige la divulgación de detalles sobre los contratos adjudicados a diversos proveedores. Efectivamente, en muchos pedidos se puede eludir por completo el requisito de publicidad si están por debajo de los límites mínimos estipulados.

Posibles ventajas y dificultades

30. Entre las posibles ventajas de recurrir a acuerdos marco, en vez de entablar un nuevo proceso de contratación pública para cada pedido, cabe destacar las economías en gastos procesales y el ahorro de tiempo en el proceso. En particular, en esos acuerdos se elude la necesidad de dar publicidad a los distintos contratos y de evaluar las calificaciones de los proveedores para cada pedido, ya que esa fase del proceso sólo se lleva a cabo una vez, tras la celebración del acuerdo marco.

31. La concertación de acuerdos con varios proveedores, en vez de acuerdos con un único proveedor, puede tener, entre otras, la siguientes ventajas: ofrecer flexibilidad en la selección de un proveedor para un determinado pedido; evitar los gastos que supondría la apertura de un nuevo procedimiento para cada pedido; la seguridad en el suministro; las ventajas de las compras centralizadas y las mayores posibilidades que tienen los pequeños proveedores de obtener pedidos de entidades públicas. Los acuerdos con varios proveedores pueden ser también más rentables y cumplir al mismo tiempo otros objetivos de la contratación pública, dando al procedimiento una mayor transparencia que la que tendría en pequeños pedidos. En particular, el valor global de todos los contratos en un acuerdo marco puede justificar los gastos de publicidad, y los proveedores en tales acuerdos tendrán derecho a supervisar las compras realizadas en virtud de ellos (derecho que no tendría un proveedor en el contexto de un acuerdo marco con un único proveedor).

La utilización de los acuerdos marco en la actualidad y disposiciones pertinentes en los regímenes internacionales e internos

32. Uno de los principales problemas que plantea la reglamentación de los acuerdos marco es la limitación de la duración de tales acuerdos, de forma que el precio obtenido siga siendo actual y competitivo.

33. Los métodos de contratación pública que rigen los acuerdos marco pueden depender de las reglas generales sobre los topes financieros mínimos (es decir, los límites por debajo de los cuales no es obligatorio recurrir a la licitación y se puede proceder, por ejemplo, a una solicitud oficiosa de cotizaciones) y de cómo se adapten esas reglas sobre los topes mínimos, cuando existan, a los acuerdos marco. Los topes mínimos pueden depender simplemente del valor de cada contrato o del valor global de una suma de contratos (por ejemplo, puede exigirse que las entidades adjudicadoras hagan la suma de sus compras durante un determinado

período, independientemente de que las hayan realizado o no en virtud de un acuerdo marco).

34. Las reglamentaciones actuales de la Unión Europea, de la OMC (Acuerdo sobre contratación pública (GPA)) y del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) no prevén disposiciones expresas sobre los acuerdos marco, pero se considera posible que la mayoría de los tipos de acuerdos marco puedan regirse por dichas reglamentaciones salvo, por ejemplo, aquellos que permitan la modificación de los precios de licitación después de la primera etapa o que prevean la simple rotación de los proveedores. Las directivas recientemente adoptadas por la UE regulan específicamente los acuerdos marco y aplican controles, concretamente limitando a cuatro años su duración, salvo en casos excepcionales o que están debidamente justificados. La UE ha establecido asimismo reglas estrictas en virtud de las cuales deben sumarse las compras similares efectuadas durante un determinado período, de modo que muchas compras de bienes normalizados quedan sujetas a los procedimientos formales de licitación previstos en las directivas y no es posible repetir las compras recurriendo a una solicitud oficiosa de procedimientos basados en cotizaciones.

35. En la práctica, en muchos ordenamientos jurídicos se prevé a menudo la forma no vinculante de los acuerdos marco con un único proveedor con el fin de asegurar que la entidad adjudicadora pueda cambiar de proveedores si los precios del mercado sufren cambios. Por ejemplo, en el Canadá, en Hong Kong, en el Reino Unido y en Singapur, la utilización de acuerdos marco no está específicamente regulada, y lo habitual en esos países y territorios es seleccionar sólo a un número limitado de proveedores en la primera etapa, sobre la base de las ofertas iniciales. En los Estados Unidos se recurre a varios tipos de acuerdos marco, cuyas principales características radican en que las negociaciones pueden formar parte de un ejercicio de "minilicitación" en la segunda etapa; en que el proceso de realización de pedidos no está por lo general sujeto a revisión cuando haya impugnaciones; y en que no es preciso publicar las decisiones de adjudicación. En Francia, los acuerdos marco están expresamente regulados y, en lo esencial, están permitidos cuando en el contrato no se pueda regular plenamente el calendario o el alcance de los trabajos. En el Brasil, hay una gran preferencia por los acuerdos con un único proveedor y se limita la celebración de acuerdos con varios proveedores; la duración de los acuerdos marco en el Brasil está limitada a un año, para los bienes, y a un año, con una posible prórroga máxima de un año, para los servicios.

36. En algunas legislaciones se regula también cuándo puede limitarse el número de proveedores si tiene que haber una "minilicitación" en la segunda etapa (hay legislaciones que no imponen ningún límite al número de proveedores en ambas etapas, mientras que otras limitan el número de proveedores que pueden entrar en un acuerdo marco, pero admitiéndolos a todos en la segunda etapa; otras legislaciones admiten a muchos proveedores en el acuerdo marco, pero incluyen solo a unos cuantos en la segunda etapa, y otras legislaciones limitan el número de proveedores en ambas etapas).

Opciones normativas

37. Dada la proliferación de acuerdos marco y habida cuenta de que otros organismos internacionales los regulan expresamente, o se disponen a hacerlo, el

Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la conveniencia de introducir en la Ley Modelo disposiciones específicas al respecto.

38. Entre las cuestiones que el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar en este contexto figuran las de si es conveniente determinar cuándo entra en vigor un contrato vinculante en un acuerdo marco; los topes mínimos y la suma global de las compras (obsérvese que en la actual Ley Modelo, esos límites mínimos se dejan en manos de los Estados promulgantes y de sus reglamentos); la duración de los acuerdos marco; la estimación de las cantidades y el hecho de sobrepasar las cantidades estimadas; y los cambios de precio. También cabría regular en el artículo 14 de la Ley Modelo la cuestión de si debe darse publicidad a una de las etapas del acuerdo marco o a ambas. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee introducir, en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno, disposiciones modelo y otros tipos de orientación, como disposiciones modelo de ejecución referentes a algunas de estas cuestiones o a todas ellas.

39. Por lo que respecta a los acuerdos marco con varios proveedores en particular, habría que introducir en el texto nuevas disposiciones si el Grupo de Trabajo deseara que en la segunda etapa de la contratación pública pudieran hacerse "minilicitaciones", o que pudieran modificarse continuamente las ofertas o propuestas, o que en la segunda etapa pudieran adjudicarse los contratos de forma no competitiva (por ejemplo, mediante un sistema de rotación, que resultaría apropiado si la seguridad del suministro fuera un factor primordial). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también la forma de limitar el número de proveedores en alguna de las etapas, si es que desea limitarlo de algún modo.

40. Asimismo, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si sería más apropiado que esas cuestiones se dejaran en manos del Estado promulgante y de sus legislaciones y reglamentos, brindándoles, no obstante, orientación al respecto mediante la introducción de disposiciones modelo en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno. Por ejemplo, en la Guía podría hacerse una breve reseña de los supuestos en que los acuerdos marco con varios proveedores son de utilidad, inclusive en el contexto de las compras centralizadas; podrían indicarse también las cuestiones fundamentales que toda entidad adjudicadora (que puede actuar como organismo central de compras para los departamentos gubernamentales o en nombre propio) necesitaría tener en cuenta para los acuerdos con un único proveedor y con varios proveedores, y que tal vez deseara incluir en sus reglamentos (como la relación entre un organismo centralizado de compras y las entidades usuarias, el procedimiento para cursar pedidos, las medidas necesarias para que un contrato adjudicado sea vinculante, y los límites a partir de los cuales deberá darse publicidad a las decisiones sobre la adjudicación de contratos).

C. Contratación de servicios

Antecedentes: las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios que rigen el "método principal de contratación de servicios"

41. La premisa de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública para la contratación de servicios es que la contratación se hará con métodos diferentes de los seguidos en la contratación de bienes y obras. El método principal

para la contratación pública de servicios prevé la licitación cuando sea posible formular especificaciones detalladas y se considere "apropiada", así como otros métodos utilizados en la contratación de bienes y obras si recurrir a ellos sería más apropiado y si se cumplen las condiciones para hacerlo (párrafo 3) del artículo 18 de la Ley Modelo).

42. De recurrirse a la licitación, el procedimiento de selección puede requerir que todas las ofertas que reciban una calificación técnica superior a un nivel determinado de calidad o no relacionado con el precio y queden sujetas a una competencia directa de precios (artículo 42), puede implicar que la entidad adjudicadora negocie con los proveedores, tras lo cual los proveedores presentarán su mejor oferta definitiva (artículo 43), o puede implicar que la entidad adjudicadora negocie exclusivamente sobre el precio con el proveedor que haya obtenido la mejor calificación técnica (artículo 44). Según este último procedimiento, la entidad adjudicadora podrá negociar posteriormente con los otros proveedores o contratistas en una secuencia basada en el nivel de las respectivas calificaciones que hayan obtenido, pero sólo después de haber concluido las negociaciones con el anterior proveedor mejor calificado.

43. Este criterio puede haber sido influido por el hecho de que la Ley Modelo que se adoptó en 1993 regulaba solamente los bienes y las obras. La Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, que se adoptó un año más tarde, en 1994, incluye disposiciones suplementarias relativas a la contratación de servicios que no sean obras, que se reglamentó como un método diferenciado de contratación.

44. El artículo 42 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública prevé la selección de proveedores para la prestación de servicios sobre la base de un límite mínimo de calidad y de otros criterios no relacionados con el precio, con lo que sienta las bases de un método de selección en función de la calidad, que es útil en la prestación de servicios intelectuales. Se ha observado que este enfoque de la evaluación, que tiene la ventaja de la flexibilidad y utiliza métodos cualitativos y negociados, ha funcionado satisfactoriamente en la práctica en ciertos tipos de contratación, especialmente en la de servicios intelectuales (es decir, servicios cuyo resultado no es un producto físicamente cuantificable, como la consultoría y otros servicios profesionales). No obstante, se han planteado dudas acerca de si ese método resulta apropiado para los servicios en que la entidad adjudicadora puede fijar especificaciones de calidad y cantidad antes de iniciarse un determinado proceso de contratación. Se ha sostenido que al regularse por separado los servicios se centra la atención en las características especiales de algunos servicios que se puedan contratar, más que en los rasgos comunes de muchas contrataciones de bienes y obras y de servicios.

La contratación pública de servicios en la actualidad y disposiciones pertinentes en los regímenes internacionales e internos

45. Las directivas de la Unión Europea prevén procedimientos más flexibles para la contratación pública de servicios que para la de bienes y las obras, pues permiten recurrir a un tipo flexible de procedimientos competitivos (denominados "procedimientos negociados") en casos excepcionales, y las excepciones surgen con mayor frecuencia respecto de los servicios que respecto de los bienes y las obras,

por ejemplo, cuando no es posible formular especificaciones con precisión. Esta situación es particularmente aplicable a los servicios intelectuales y a los servicios financieros, pero no se limita a esos casos. Las disposiciones del GPA de la OMC y del TLCAN dan a las entidades la facultad de elegir libremente entre los tipos de procedimiento competitivo previstos, independientemente del carácter de la contratación de que se trate.

46. Los regímenes internos siguen métodos muy divergentes a este respecto. Para los fines de considerar la Ley Modelo, una de las características más notables radica en que incluso los sistemas más flexibles no permiten el libre uso de todos los métodos de evaluación previstos en el método principal de la Ley Modelo para la contratación pública de todo tipo de servicios. Se requiere más bien a las entidades que recurran a los métodos ordinarios para la contratación de bienes al contratar servicios, a menos que sean aplicables excepciones concretas.

Opciones normativas

47. Los riesgos de falta de transparencia y de posibles abusos propiciados por la flexibilidad misma del método principal de contratación de servicios han dado pie a que se sugiera restringir la aplicación de tal método. En consecuencia, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si la contratación de servicios cuantificables en función de productos físicos (es decir, servicios distintos de los servicios intelectuales) debe realizarse recurriendo a la licitación como método normal de contratación. Cabría aplicar los otros métodos relativos a los bienes y las obras cuando se considerara justificado. Una posible consecuencia de tal criterio podría ser la necesidad de modificar la denominación del método principal de contratación pública de servicios para ajustarlo a su aplicación en el contexto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, y probablemente la necesidad de definir los servicios intelectuales en la Ley Modelo o en su Guía para la incorporación al derecho interno.

48. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si en la propia Ley Modelo podrían además especificarse los casos en que cabría recurrir al método principal, ya sea adoptando como criterio circunstancias generales (como se hace para los otros métodos de contratación pública) o determinados tipos de servicios (como los servicios intelectuales). Otra posibilidad sería que la Ley Modelo obligara a los Estados que la incorporaran a su legislación a especificar, en la legislación pertinente o en reglamentaciones, los servicios o los supuestos en que cabría aplicar este procedimiento. El Grupo de Trabajo tal vez considere que el primer criterio podría ser preferible, pues el segundo podría dar pie a muchos abusos al dejar sin reglamentar, en lo esencial, la selección del método de contratación pública.

49. En cuanto al método de prestación de servicios intelectuales, el Grupo de Trabajo puede considerar que se mantenga la flexibilidad que ofrece la posibilidad de celebrar negociaciones simultáneas y consecutivas en la selección de propuestas. Esa flexibilidad se desprende de los artículos 43 y 44 de la Ley Modelo, y se aplica a los casos de los servicios en que las necesidades de contratación pública no están bien definidas o en que la calidad y la pericia técnica son el factor primordial. Aunque algunos observadores han comentado que las restricciones en las disposiciones redundarían en beneficio de la transparencia, el Grupo de Trabajo tal vez puede considerar que la flexibilidad que brindan esas disposiciones se ajusta a los objetivos de economía y eficiencia que tiene la Ley Modelo, y que cabe mejorar

la transparencia mediante la publicación y divulgación de la información pertinente durante las negociaciones del caso, todo lo cual puede tratarse en la propia Ley Modelo o en la Guía para su incorporación al derecho interno, en forma de orientaciones o de disposiciones modelo.

50. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si se podría agregar a los métodos previstos en el artículo 42, un método de selección basado en el presupuesto de servicios bien definidos que propicien los contratos de suma fija; el objetivo de dicho artículo es prever una flexibilidad limitada en la prestación de servicios no complejos (es decir, para la contratación pública de servicios en que la calidad y la pericia técnica sean factores importantes, pero no primordiales).

51. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota, sin embargo, del detenido análisis que se hizo de esas cuestiones en la preparación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, y tener en cuenta esa consideración al decidir una eventual reapertura del debate.

D. Evaluación y comparación de ofertas, y la contratación pública como medio para promover políticas industriales, sociales y ambientales

52. En el párrafo 4 del artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se enuncian los criterios para la evaluación de las ofertas, y se dispone que los criterios para determinar la oferta que resulte más económica pueden permitir que la contratación sirva para promover objetivos industriales, sociales o ambientales. Entre esos objetivos cabe incluir la promoción del desarrollo industrial nacional (por medio de la exclusión de proveedores extranjeros, la concesión de preferencias y la contratación de un único licitante en circunstancias limitadas). Al determinarse los criterios para adjudicar el contrato, cabe tener en cuenta también los efectos derivados de los tipos de cambio. Hay mecanismos expresos de control encaminados a asegurar que los criterios de adjudicación sigan siendo objetivos cuantificables y que se revelen de antemano a los proveedores.

53. Algunos observadores han opinado que esas políticas pueden repercutir negativamente tanto en la eficiencia como en la economía del proceso de contratación pública, pero que desempeñan un papel relevante en la ejecución de la política interna de los Estados. Además, se ha señalado que se está considerando tanto el concepto de objetivos regionales como el de los objetivos nacionales. En consecuencia, se ha sugerido que se perfeccione la Ley Modelo a fin de mantener o de lograr un mejor equilibrio entre los objetivos de economizar costos y de dar la máxima eficiencia a la contratación pública, así como otros objetivos normativos.

54. En vista de que se ha puesto en duda la eficiencia de las preferencias y su efecto sobre la transparencia, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si habría razones que pudieran justificar tratar la cuestión de las preferencias en general, y en particular si habría que fijar una preferencia máxima en la Ley Modelo (expresada en términos monetarios, de requisitos de aprobación o rechazo o de otro modo), dar orientación pertinente en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno. Si el Grupo de Trabajo decide hacer una revisión del papel de los objetivos

sociales y económicos en la contratación pública, tal vez desee estudiar si sería adecuado, en aras de una mayor transparencia, limitar criterios de evaluación como la fijación de precios contables en moneda extranjera y las consideraciones de comercio compensatorio (ambas permitidas en el apartado d) del párrafo 4) del artículo 34 de la Ley Modelo). El Grupo de Trabajo tal vez podría plantearse la posibilidad de que las disposiciones del artículo 34 de la Ley Modelo, que permiten la concesión de preferencias a los proveedores locales (nacionales), se hicieran extensivas a los proveedores regionales. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar en este contexto si debería actualizarse la Guía, que analiza criterios que permiten la evaluación y comparación de ofertas atendiendo otras metas normativas, y que observa que los Estados promulgantes pueden verse limitados también en su capacidad para conceder un trato preferente por ser miembros de organizaciones internacionales o regionales; el Grupo de Trabajo también podría plantearse si en la Guía deberían darse orientaciones más detalladas respecto de criterios suplementarios para la concesión de preferencias que tal vez los Estados que promulguen legislación deseen prever.

E. Vías de recurso y ejecución

Grado de aplicación de los recursos y de medidas de ejecución en la actualidad y disposiciones pertinentes en los regímenes internacionales e internos

55. Se considera que un sistema eficaz de supervisión y ejecución de las normas de contratación pública constituye un elemento importante de todo régimen transparente de la contratación pública, a lo que puede contribuir una revisión iniciada por un proveedor. En el régimen de la Unión Europea, el GPA de la OMC, el TLCAN y el borrador de Acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) se prevén disposiciones que tienen como rasgo común exigir una revisión o reconsideración independiente. Los principios no obligatorios de la APEC (Cooperación Económica en Asia y el Pacífico) sobre contratación pública prevén también una disposición con un mecanismo para recibir reclamaciones de los proveedores, aunque es flexible y no vinculante. Las directrices comunes acordadas por los bancos multilaterales de desarrollo para evaluar si los sistemas de contratación pública de los prestatarios son apropiados prevén también un sistema de revisión ante una entidad independiente, y el Banco Mundial ha recomendado este sistema a los Estados que se remiten a la Ley Modelo de la CNUDMI.

56. No obstante, los métodos de ejecución que aplican los Estados difieren considerablemente, en particular en lo relativo a la posibilidad de entablar una revisión a instancia del proveedor. Por ejemplo, en los Estados Unidos existe un sistema de revisión ya muy arraigado, que permite apelar ante autoridades y tribunales específicos. No obstante, en el Reino Unido y en los países que siguen el modelo británico no existe ninguna disposición legislativa general que rija tal revisión (salvo en la medida en que se hayan contraído obligaciones internacionales al respecto que prevean procedimientos de revisión judicial). En Francia se imponen sanciones administrativas a los órganos estatales que infrinjan el régimen de la contratación pública y los procesos se tramitan ante un tribunal administrativo. En otros países de derecho civil, como el Brasil, se combina la revisión administrativa, que puede suponer la suspensión del proceso de contratación pública, con la revisión judicial de las decisiones de contratación pública a cargo de los tribunales

ordinarios y también con procedimientos penales especiales que sancionan toda violación de la legislación relativa a la contratación pública por entidades adjudicadoras.

Reglamentación de la cuestión en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública y posible alcance de la revisión o reconsideración

57. Las disposiciones relativas a la reconsideración se enuncian en los artículos 52 a 57 de la Ley Modelo. Su alcance es limitado, y en una nota referente a las vías de recurso se indica que los Estados promulgantes podrían desear no incorporar a sus legislaciones todos esos artículos o algunos de ellos. Esas soluciones de la Ley Modelo consisten en simples orientaciones generales y dejan a los Estados promulgantes un gran margen de maniobra en la aplicación de la Ley Modelo. Por ejemplo, la Ley Modelo no regula la cuestión de la independencia del órgano de revisión administrativa ni la forma de la reparación (que podría consistir en resoluciones o recomendaciones), y no prevé procedimientos judiciales o cuasijudiciales. La Ley Modelo no contiene ninguna disposición que instituya el derecho a interponer recursos contencioso-administrativos, aunque el artículo 57 permite a los Estados promulgantes prever tales recursos de revisión judicial de modo que los tribunales correspondientes tengan competencia en materia de contratación pública.

Opciones normativas

58. Se han hecho propuestas para ampliar el alcance de las disposiciones relativas a la revisión. Por ejemplo, se ha preguntado lo siguiente:

a) ¿Debería formularse en la Guía una recomendación más articulada sobre la incorporación al derecho interno de disposiciones relativas a la revisión y sobre sus efectos, y debería darse una mayor orientación a los Estados, por ejemplo, en forma de disposiciones modelo?

b) ¿Deberían reforzarse las disposiciones relativas a la revisión administrativa, por ejemplo, previendo disposición que regulara los procesos independiente de reconsideración? y

c) ¿Debería darse asesoramiento y orientación más pormenorizada sobre el procedimiento de revisión judicial, inclusive acerca de las facultades de los tribunales y del plazo para solicitar una revisión, así como de la posible revocación de las decisiones incorrectas de contratación pública y de los recursos disponibles?

59. Además de esas preguntas, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si debe reexaminarse el alcance de las disposiciones relativas a los casos en que no se podrá interponer un recurso de reconsideración (párrafo 2) del artículo 52).

F. Otros asuntos

Otros métodos de contratación pública

60. Se ha sugerido que tal vez sería útil revisar la necesidad de recurrir a “otros métodos de cooperación pública”, así como los requisitos pertinentes, enunciados en el capítulo V de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, a fin

de tener en cuenta las reservas formuladas por algunas instituciones crediticias multilaterales y otros órganos en el sentido de que esos otros métodos son demasiado numerosos. Si bien en la Ley Modelo se señala que los Estados promulgantes no necesitan y tal vez no deban incorporar todos esos métodos a sus legislaciones, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la conveniencia de revisar las disposiciones relativas a algunos de dichos métodos.

61. Sobre determinados métodos se han formulado varias sugerencias. En primer lugar, la "licitación en dos etapas" (artículo 46), en vez de clasificarse como "otro método", podría considerarse una forma de licitación abierta, encaminada a perfeccionar las especificaciones a lo largo de la primera etapa del proceso de licitación, a fin de lograr una selección transparente en la segunda etapa. En segundo lugar, se ha observado que tal vez los métodos distintos de los procedimientos de licitación abierta se hayan utilizado en la práctica más de lo que se había previsto y que, en consecuencia, cabría limitar las razones para recurrir a esos métodos, o requerir que se justificara su utilización o que se restringieran los supuestos en que pudiera recurrirse a dichos métodos. De esta manera, por ejemplo, las razones para proceder a una "licitación restringida" (artículos 20 y 47) podrían limitarse al costo "desproporcionado con respecto al valor de los bienes", eliminando el criterio del "número limitado de proveedores", y las justificaciones para recurrir a la "contratación con un solo proveedor o contratista" podrían limitarse excluyendo consideraciones extrínsecas, como la transferencia de tecnología, la fijación de precios contables en moneda extranjera (*shadow-princing*) o el comercio compensatorio (en vez de lo que prevé actualmente el párrafo 2) del artículo 22 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública). Además, la Ley Modelo podría prever el requisito de que se justificaran los procedimientos de "solicitudes de propuestas" y de "negociación competitiva" (artículos 48 y 49).

Participación comunitaria en la contratación pública

Antecedentes: la participación de la comunidad y las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

62. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública no regula la fase de ejecución de un contrato en los proyectos de contratación pública. Según se ha opinado, la manera más eficiente de ejecutar un proyecto puede consistir a veces en hacer participar a los usuarios (participación comunitaria). Los usuarios tienen interés en que las obras que los afectan directamente se ejecuten de la manera óptima. La participación de la comunidad puede propiciar así una prestación sostenible de los servicios en sectores que no sean atractivos para empresas de mayor envergadura, como los de la salud, los servicios de extensión agrícola y la enseñanza extraoficial. Del mismo modo, la participación comunitaria puede promover otros beneficios, como el mejoramiento de la calidad del producto final, y, como los habitantes de la zona tienen interés en que se cumplan las normas mínimas y en que las obras se concluyan a tiempo, pueden disminuir las controversias en el lugar de las obras, y puede reducirse también la burocracia al recurrirse a procedimientos menos formales. Otros de los beneficios de la participación comunitaria son la creación de puestos de trabajo en la zona con el uso de tecnologías con gran densidad de mano de obra, la contratación de expertos y la utilización de materiales locales, el estímulo económico de las empresas locales y

una mejor rendición de cuentas de las autoridades municipales, que pueden formar parte de los objetivos sociales del Estado promulgante.

63. Se ha observado que la participación comunitaria ha dado óptimos resultados en los proyectos de obras a pequeña escala (como la instalación de pozos sépticos en comunidades rurales), en la distribución de alimentos básicos y en la prestación de servicios sociales en materia de salud (por ejemplo, a madres y lactantes).

64. No obstante, la participación comunitaria también puede plantear dificultades (y se ha observado que la comunidad dispone en tal caso de un margen discrecional inaceptable, que puede dar pie a abusos). En primer lugar, la participación comunitaria puede resultar más eficaz si gestionan los proyectos entidades que pueden no tener capacidad de contratación en el Estado interesado. En segundo lugar, existe el riesgo de que la envergadura de los proyectos supere la capacidad de la comunidad; de que se requiera investigación para ajustar los métodos y materiales a las condiciones locales; de que surjan problemas de corriente de efectivo; y de que el mantenimiento de registros y la rendición de cuentas, así como las medidas para evitar abusos, planteen problemas. Por lo tanto, puede ser conveniente prestar asistencia técnica y que un director de proyecto haga frente a esos riesgos, pero todo ello puede entrañar costos considerables.

La participación comunitaria en la actualidad y disposiciones pertinentes en los regímenes internacionales e internos

65. Se han observado diferencias entre los regímenes de la contratación pública de los Estados que regulan la participación comunitaria.

66. El requisito de la participación de la comunidad local puede ser uno de los criterios para la selección del método de contratación pública o para la adjudicación del contrato. Otra posibilidad es que las ofertas de los licitantes prevean la participación comunitaria, si así lo deciden, y las entidades adjudicadoras pueden entonces comparar esas ofertas óptimas; también puede fijarse, como requisito de ejecución, el empleo de mano de obra o materiales locales, o puede asignarse una parte del presupuesto del proyecto a la participación comunitaria. Por último, pueden concederse subsidios a las comunidades, por ejemplo, para ayudarlas a conseguir contratos de servicios públicos. No obstante, se ha observado también que las comunidades a las que los Estados promulgantes más puedan desear beneficiar con esos proyectos pueden no estar (jurídica o financieramente) en condiciones de celebrar contratos o de presentar ofertas, o no estar dispuestas a hacerlo.

67. Por cuanto la participación comunitaria puede entrañar gastos suplementarios, se ha indicado también que la contratación con un solo proveedor fuente puede ser la única manera de lograr los objetivos buscados.

Opciones normativas

68. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública no regula concretamente la cuestión de la participación comunitaria, pero sus disposiciones son suficientemente flexibles para permitir que se recurra a algunos de los procedimientos anteriormente descritos. No obstante, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si la Ley Modelo, y la Guía que la acompaña para su incorporación al derecho interno, deben abordar esos asuntos directamente. El Grupo de Trabajo tal

vez desee examinar si es conveniente tratar en disposiciones o reglamentaciones modelo, más que en la propia Ley Modelo, cuestiones como el porcentaje de fondos que puede destinarse a ese fin, los márgenes de preferencia, el grado de contratación de personas desempleadas o pertenecientes a grupos minoritarios, y la legislación que puede ser necesaria para permitir la contratación de asociaciones o grupos no constituidos en sociedades mercantiles.

Simplificación y normalización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

69. Se ha observado que algunos Estados promulgantes han optado por no adoptar algunas de las partes más detalladas de la Ley Modelo por considerar que no han resultado necesarias para sus respectivas legislaciones. Se ha estimado también que tal vez resulte útil reestructurar la presentación de parte de la Ley Modelo para que ayude a los Estados promulgantes a formular su legislación.

70. Por lo tanto, y a la luz de las enmiendas, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar las cuestiones señaladas en la presente nota y en el documento A/CN.9/WG.1/WP.31, a fin de determinar si cabría mejorar la estructura de la Ley Modelo y simplificar su contenido, por ejemplo, reordenando sus disposiciones o eliminando las que sean innecesariamente detalladas. Se sugirió, por ejemplo, que algunas disposiciones que actualmente figuran en el texto de la Ley Modelo se adjuntaran a un anexo de la Ley, o se enunciaran en forma de disposiciones modelo en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno. Como ejemplos se citaron el párrafo 3) del artículo 7, en el que se detalla el contenido de los documentos de precalificación; el artículo 25, en el que se especifica lo que debe figurar en las convocatorias a licitación y a precalificación; el artículo 27, en el que se reseña la información que debe contener el pliego de condiciones; el artículo 38, relativo al contenido de las solicitudes de propuestas de servicios con arreglo al método principal de contratación pública de servicios; y el párrafo 4) del artículo 48, que regula el contenido de las solicitudes de propuestas conforme al procedimiento de solicitud de propuestas.

Legalización de documentos

Antecedentes

71. Las entidades adjudicadoras exigen a veces la legalización de documentos a quienes deban demostrar sus calificaciones para participar en un proceso de licitación (por ejemplo, cuando en el proceso se prevea una etapa de precalificación); el requisito de legalización de los documentos puede requerir tiempo y resultar costoso para los proveedores. Además de su efecto disuasorio, el incremento de los gastos generales de los proveedores puede hacer que, total o parcialmente, se traspase a las entidades adjudicadoras.

Reglamentación de la cuestión en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

72. El artículo 10 de la Ley Modelo dispone que, cuando la entidad adjudicadora exija la legalización de los documentos presentados, no impondrá requisito alguno, respecto de esa legalización, que no esté ya previsto en la legislación del Estado

pertinente en la materia. No obstante, la Ley Modelo no restringe la facultad de las entidades adjudicadoras para exigir la legalización de los documentos probatorios.

Opciones normativas

73. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de enmendar el artículo 10 de la Ley Modelo a fin de que las entidades adjudicadoras solo estén facultadas para exigir la legalización de los documentos del licitante que haya obtenido el contrato. Si el Grupo de Trabajo decide tal enmienda, tal vez desee introducir los consiguientes cambios, concretamente en las normas de entrada en vigor del contrato, a fin de que si el proveedor no cumple el requisito de legalización de los documentos, el contrato pueda no entrar en vigor.

D. Informe del Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública acerca de la labor de su séptimo período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005)

(A/CN.9/575) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1
II.	Organización del período de sesiones	2-7
III.	Deliberaciones y decisiones	8-9
IV.	Examen de las propuestas presentadas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios	10-82
	A. Comunicación y publicación por vía electrónica de información concerniente a la contratación pública	10-33
	1. Observaciones generales	10-14
	2. Noción de “electrónico” y otros términos (A/CN.9/WG.I/WP.34, párrs. 17 a 22, y A/CN.9/WG.34/Add.2, *artículo 2: Definiciones*)	15-23
	3. Publicación electrónica de textos jurídicos y demás información (A/CN.9/WG.I/WP.34, párrs. 24 a 30 y 42 a 47, A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párrs. 8 a 17, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículos 5, Acceso del público a los textos normativos, 14, Anuncio público de las adjudicaciones de contratos, 24, Procedimientos de convocatoria a licitación o a precalificación, 37, Anuncio de que se solicitan propuestas, 47, Procedimiento de licitación restringida, y 48, Solicitud de propuestas*)	24-28
	4. Publicación de los contratos próximamente adjudicables (A/CN.9/WG.I/WP.34, párrs. 31 a 41, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículo 5 bis, Anuncio de los contratos adjudicables*)	29-31
	5. Forma de las comunicaciones (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párrs. 18 a 43, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículos 7, Precalificación, 9, Forma de las comunicaciones, 10, Documentos probatorios presentados por proveedores y contratistas, 25, Contenido de la convocatoria a licitación o a precalificación, 26, Entrega del pliego de condiciones, 28, Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones, 30, Presentación de las ofertas, 37, Anuncio en que se solicitan propuestas, y 40, Aclaraciones y modificaciones de la solicitud de propuestas*)	32-33
	B. Otros aspectos derivados de la utilización de medios electrónicos de comunicación en la contratación pública	34-50
	1. Condiciones para la equivalencia funcional entre las ofertas presentadas por vía electrónica y las consignadas sobre papel (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párr. 33, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículo 30, Presentación de ofertas*)	34-42

a) Medidas de seguridad en las comunicaciones y en la tramitación de las ofertas 34
b) La apertura de las ofertas 35-42
2. Valor jurídico de los documentos electrónicos utilizados en el proceso de contratación pública o derivados de éste (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párrs. 44 a 58, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículos 11, Expediente del proceso de contratación, y 36, Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato*) 43-50
a) Expediente del proceso de contratación 43-47
b) Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato 48-50
C. Subasta electrónica (inversa) (A/CN.9/WG.I/WP.35 y Add.1) 51-67
D. Ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.36) 68-82

I. Introducción

1. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión encomendó a su Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) la elaboración de propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI de 1994 sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (la "Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública" o "Ley Modelo", A/49/17 y Corr. 1, anexo 1). Se dio al Grupo de Trabajo un mandato flexible para determinar las cuestiones que deberían abordarse en sus deliberaciones, entre ellas, la aplicación de nuevas prácticas de contratación pública, en particular las emanadas de la utilización de las comunicaciones electrónicas (A/59/17, párrafo 82). El Grupo de Trabajo inició la elaboración de propuestas para la revisión de la Ley Modelo en su sexto período de sesiones, celebrado en Viena del 30 de agosto al 3 de septiembre de 2004 (A/CN.9/568). En esa ocasión decidió encomendar a la Secretaría la preparación de textos y estudios en que se reflejaran sus deliberaciones para examinarlos más adelante. Decidió también que en su período de sesiones siguiente proseguiría el examen a fondo de los temas expuestos en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.31 y 32 en orden sucesivo (A/CN.9/568, párrafo 10).

II. Organización del período de sesiones

2. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su séptimo período de sesiones en Nueva York del 4 al 8 de abril de 2005. Asistieron a las sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Austria, Belarús, Canadá, Chile, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, Irán (República Islámica del), Jordania, Kenya, Madagascar, México, Nigeria, Pakistán, Qatar, República Checa, República de Corea, Serbia y Montenegro, Singapur, Sri Lanka, Suecia, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda y Venezuela (República Bolivariana de).

3. Asistieron observadores de los siguientes Estados: Brunei Darussalam, Cuba, Filipinas, Finlandia, Indonesia, Kuwait, Myanmar y República Dominicana.

4. También estuvieron presentes observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Fondo Monetario Internacional (FMI), Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO); Programa de las Naciones Unidas y Secretaría de las Naciones Unidas

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Agencia Espacial Europea, Banco Africano de Desarrollo, Comisión Europea, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo y Organización Mundial del Comercio (OMC);

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión*: Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Asociación Internacional de Abogados e Instituto de Estudios Internacionales.

5. El Grupo de Trabajo eligió a las siguientes personas para integrar la Mesa:

Presidente: Sr. Stephen R. Karangizi (Uganda)

Relator: Sr. Phua Wee Chuan (Singapur).

6. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.I/WP.33);

b) Una nota de la Secretaría en la que se enuncian cuestiones suscitadas por la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.34 y Add.1 y 2);

c) Una nota de la Secretaría en la que se presenta un estudio comparado de la experiencia adquirida en el empleo de la subasta electrónica (inversa) en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.35 y Add.1);

d) Una nota de la Secretaría en la que se presenta un estudio comparado de las ofertas anormalmente bajas en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.36).

7. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Examen de propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe del Grupo de Trabajo.

III. Deliberaciones y decisiones

8. En su séptimo período de sesiones el Grupo de Trabajo siguió elaborando propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Como base de sus deliberaciones utilizó las notas preparadas por la Secretaría a que se hace referencia en el párrafo 6 *supra* (A/CN.9/WG.I/WP.34 y 35 y sus adiciones y A/CN.9/WG.I/WP.36).

9. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara sugerencias de redacción en que se tuvieran en cuenta las deliberaciones sostenidas a la sazón acerca de la publicación y comunicación por vía electrónica de la información concerniente a la contratación pública, otros aspectos suscitados por la utilización de medios electrónicos de comunicación en el proceso de contratación pública, entre ellos, los controles pertinentes, las subastas electrónicas inversas y las ofertas anormalmente bajas, y le presentara esas sugerencias en su octavo período de sesiones. El Grupo de Trabajo entendía que el examen de esos temas debía quedar concluido en su período de sesiones siguiente y decidió también que, si había tiempo suficiente en esa ocasión, abordaría el tema de los acuerdos marco. Al respecto, recordó que en su sexto período de sesiones, al examinar esa cuestión, había encomendado a la Secretaría la preparación de una nota al respecto (A/CN.9/568, párrafo 78). El Grupo de Trabajo también escuchó sugerencias en el sentido de asignar prioridad, en lo sucesivo, a los siguientes aspectos: las listas de proveedores; las vías de recurso y las medidas ejecutorias; la evaluación y comparación de las ofertas (incluida la promoción de la política industrial, social y ambiental en la contratación pública); la organización del proceso de contratación pública, y la contratación de servicios.

IV. Examen de las propuestas presentadas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios

A. Comunicación y publicación por vía electrónica de información concerniente a la contratación pública

1. Observaciones generales

10. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.34 y Add.1 y 2). Se recordó que, al adaptar el régimen de la Ley Modelo a ciertas prácticas recién introducidas en la contratación pública, particularmente el uso cada vez mayor de la vía electrónica para el intercambio de comunicaciones, había de prestarse atención a toda enmienda que fuera necesaria a fin de eliminar los obstáculos que pudieran existir para recurrir a esa vía. Al respecto, se reiteró apoyo al criterio adoptado por el Grupo de Trabajo en su sexto período de sesiones en el sentido de que la Ley Modelo debía promover el empleo de la tecnología informática y de la vía electrónica al servicio de la contratación pública (A/CN.9/568, párrafo 18). Se insistió también en la conveniencia de simplificar el texto y dotarle de la máxima precisión posible. El Grupo de Trabajo mencionó asimismo la importancia que tendrían los cambios que se introdujeran en

el texto de la Ley Modelo para aquellos países que ya la habían adoptado como pauta inspiradora de su propio régimen de la contratación pública.

11. En lo que concierne a la política y a los principios legislativos generales para abordar el empleo de la vía electrónica al servicio de la contratación pública, el Grupo de Trabajo decidió insertar en la Ley Modelo, de ser necesario, disposiciones que se inspiraran en los textos reguladores del comercio electrónico preparados por la propia CNUDMI (véase también A/CN.9/WG.I/WP.34, párrafo 13), pero que debería enmendarlos para tener en cuenta todo rasgo peculiar de la contratación pública. El Grupo de Trabajo también recordó la decisión que había adoptado en su sexto período de sesiones en el sentido de que en el texto de la Ley Modelo debían figurar declaraciones explícitas apropiadas de los principios rectores aplicables, pero que no dejaría de ser útil que se impartiera orientación complementaria adecuada en la Guía para su incorporación al derecho interno (A/CN.9/568, párrafo 24).

12. Se convino en que la Secretaría insertara una disposición al respecto en la primera parte de la Ley Modelo - más concretamente, un nuevo artículo 4 bis - por la que se promulgaran los principios generales de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica que deberían observarse en los diversos trámites que se llevaran a cabo en el curso del proceso de adjudicación de un contrato, entre ellos, el anuncio de los contratos adjudicables y la publicación de la información concerniente a la contratación, el intercambio de comunicaciones entre, por ejemplo, la entidad adjudicadora y los proveedores, la apertura de las ofertas y el desarrollo de toda conferencia que se hubiera de celebrar con anterioridad a la presentación de ofertas. Mediante esa disposición general se eliminaría todo obstáculo que pudiera haber en la Ley Modelo a la utilización de la vía electrónica para el intercambio de comunicaciones al servicio de la contratación pública, así como toda ambigüedad al respecto que pudiera haber en su texto, y se estimularía el recurso a dicha vía modificando todas las frases en que se aludiera a algún documento consignado exclusivamente sobre papel, por ejemplo, aquéllas en que figuraran los términos o expresiones “escrito”, “sobre sellado”, “firma” o “formación de un expediente”, aunque procurando evitar que toda nueva formulación de esas disposiciones resultara excesivamente prescriptiva o hiciera que el texto de la Ley Modelo resultara más complejo.

13. El Grupo de Trabajo convino en proseguir sus deliberaciones en un futuro período de sesiones teniendo en cuenta las dos variantes siguientes de un nuevo artículo 4 bis de la Ley Modelo:

Variante A

“Artículo 4 bis. Equivalencia funcional de todos los métodos de comunicación, publicación, intercambio o archivo de información o documentos

[Toda disposición] [Todo requisito] de la presente Ley en que se establezca que:

a) debe presentarse un escrito;

b) un escrito debe presentarse firmado;

c) un escrito debe presentarse en un sobre sellado;

d) un escrito debe publicarse, presentarse o ponerse a disposición de los interesados;

e) se debe abrir o llevar un expediente;

f) determinadas personas deben reunirse; y

g) se ha de proceder a la apertura de ofertas

o todo otro requisito que entrañe una presencia física o la presentación de un escrito en papel

puede cumplirse mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o comparables [, como podrían ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax] [, siempre y cuando el Estado promulgante o la entidad adjudicadora se asegure de que la utilización de esos medios:

a) [no constituye un obstáculo para el proceso de contratación] [entraña recurrir a medios de comunicación que están al alcance de todos];

b) promueve la economía y la eficiencia del proceso de contratación; y

c) no dé lugar a discriminación alguna entre los posibles proveedores o contratistas, ni limite sustancialmente la competencia de alguna otra manera.]"

Variante B

"Toda disposición de la presente ley referente a un escrito, un expediente o una reunión se interpretará en el sentido de que admite la utilización de medios electrónicos, ópticos o comparables [, como podrían ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax] [, siempre y cuando el Estado promulgante o la entidad adjudicadora se asegure de que la utilización de esos medios:

a) [no constituye un obstáculo para el proceso de contratación] [entraña recurrir a medios de comunicación que están al alcance de todos];

b) promueve la economía y la eficiencia del proceso de contratación; y

c) no dé lugar a discriminación alguna entre los posibles proveedores o contratistas, ni limite sustancialmente la competencia de alguna otra manera.]"

(se incluirá la lista que figura en la Variante A en la Guía para la incorporación del régimen de la Ley Modelo al derecho interno).

14. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que hiciera los ajustes necesarios en las dos variantes para garantizar que las "normas de accesibilidad" se apliquen a todo medio de publicación y comunicación que se utilice.

2. Noción de "electrónico" y otros términos (A/CN.9/WG.I/WP.34, párrs. 17 a 22, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículo 2, Definiciones*)

15. Refiriéndose al párrafo 22 del documento A/CN.9/WG.I/WP.34, el Grupo de Trabajo consideró las posibles adiciones a la sección de definiciones de la Ley

Modelo que figuran en las enmiendas propuestas para el artículo 2 de la Ley Modelo, en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

16. La primera posible adición examinada fue una definición del término "electrónico", formulada de la siguiente manera: "por 'electrónico' se entenderá toda tecnología dotada de una función electrónica, óptica, magnética o de índole análoga que pueda utilizarse para enviar, recibir o archivar información, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax," (se inspira en elementos tomados de la definición de "mensaje de datos" que figura en el artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, A/51/17, anexo I). Algunas delegaciones y observadores cuestionaron la propiedad o idoneidad de la definición propuesta, considerando que tal vez procediera definir, en su lugar, el término "vía electrónica" (comunicaciones electrónicas) por considerarlo de mayor utilidad legislativa que el adjetivo "electrónico" por sí solo.

17. En cuanto al lenguaje de la definición propuesta, se sugirió, a la luz del desarrollo continuo de la tecnología, que tal vez procediera sustituir el término "análoga" por "comparable" y explicar en la Guía para la incorporación al derecho interno las razones para hacerlo.

18. La segunda posible adición examinada fue una definición de "sistema electrónico de información accesible al público" formulada en los siguientes términos (se tomaron elementos de la definición de "sistema de información" que figura en el artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUMDI sobre Comercio Electrónico, A/51/17, anexo I): "por 'sistema electrónico de información accesible al público' se entenderá un sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma comunicaciones electrónicas que sean generalmente accesibles a las personas que empleen dispositivos electrónicos". Algunas delegaciones y observadores cuestionaron la necesidad de la definición propuesta, particularmente si la definición de "electrónico" o de "vía electrónica" era suficientemente amplia y si se introducían los cambios correspondientes en las enmiendas propuestas para otros artículos de la Ley Modelo.

19. En lo referente al texto de la definición propuesta, se sugirió sustituir las palabras "comunicaciones electrónicas" por "comunicaciones y datos electrónicos" y las palabras "las personas que empleen" por "toda persona que emplee".

20. El Grupo de trabajo escuchó sugerencias de delegados y observadores acerca de otras definiciones que se deberían incluir en el texto revisado de la Ley Modelo, entre ellas las de "escrito" y "medios electrónicos", que se podrían formular en términos parecidos a los de las definiciones dadas en las Directivas de la Unión Europea sobre licitación de 31 de marzo de 2004 (Directiva 2004/17/CE y Directiva 2004/18/CE). Se sugirió además que la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno debería promover el uso de una terminología homogénea por parte de los Estados promulgantes, que fuera compatible con la de toda otra norma jurídica relativa a esas cuestiones.

21. Desde otro ángulo, se expresó el parecer de que toda disposición de la Ley Modelo destinada a promover la publicidad y accesibilidad de la información pertinente debía estar formulada en términos tecnológicamente neutros, por lo que debería evitarse la utilización de un lenguaje expresamente destinado al empleo de la vía electrónica. Al mismo tiempo, se dijo que, en algunos casos y en algunos

países, podía ser procedente utilizar un lenguaje expresamente destinado al empleo de la vía electrónica. Se sugirió que, al revisar la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo se esforzara por equilibrar, por una parte, la conveniencia de que toda regla se formulara en términos tecnológicamente neutros y la necesidad paralela de garantizar la equivalencia funcional de los diversos medios o vías de comunicación utilizados y, por la otra, la promoción de la vía electrónica, pero señalando los problemas que pueden dimanar del empleo de dicha vía y sugiriendo la manera de resolver dichos problemas.

22. El Grupo de Trabajo celebró consultas oficiosas en relación con las sugerencias relativas a la formulación de las definiciones propuestas para el artículo 2 de la Ley Modelo y convino en que ese tema debía examinarse en un futuro período de sesiones teniendo en cuenta las siguientes variantes propuestas:

Variante A

"Por 'medios electrónicos' de comunicación, publicación, intercambio o archivo de información o documentos se entenderá todo método utilizado para generar, intercambiar, enviar, recibir o archivar información o documentos por medios electrónicos, ópticos o comparables, como podrían ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

Por 'medios electrónicos' para convocar personas con un fin previsto en la presente Ley se entenderá todo método utilizado para convocar personas por el cual éstas puedan seguir las actuaciones y participar en ellas por medios electrónicos de comunicación."

Variante B

"Por 'medios electrónicos' de comunicación, publicación, intercambio o archivo de información o documentos y para la celebración de reuniones se entenderá todo método utilizado para generar, intercambiar, enviar, recibir o archivar información o documentos por medios electrónicos, ópticos o comparables, como podrían ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax."

Variante C

Esta variante consiste en no incluir definición alguna de "medios electrónicos", por considerarse que eso sería superfluo a la luz del artículo 4 bis propuesto (véanse los párrafos 10 a 14 *supra*).

23. Se pidió a la Secretaría que tuviese en cuenta esas propuestas al preparar la documentación necesaria para reanudar las deliberaciones en un futuro período de sesiones del Grupo de Trabajo.

3. Publicación electrónica de textos jurídicos y demás información (A/CN.9/WG.I/WP.34, párrs. 24 a 30 y 42 a 47, A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párrs. 8 a 17, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículos 5, Acceso del público a los textos normativos, 14, Anuncio público de las adjudicaciones de contratos, 24, Procedimientos de convocatoria a licitación o a precalificación, 37, Anuncio en que se solicitan propuestas, 47, Procedimiento de licitación restringida, y 48, Solicitud de propuestas*)

24. Se convino en que debería ampliarse el alcance del artículo 5 para que abarcara también la accesibilidad a toda información concerniente a la adjudicación del contrato cuya publicación fuera preceptiva, incluso los textos jurídicos. El Grupo de Trabajo observó que la Secretaría estudiaba actualmente la práctica aplicada en los regímenes internos de la contratación pública para determinar la información adicional pertinente para los posibles proveedores cuya publicación no fuera actualmente obligatoria en virtud de la Ley Modelo y que pudiera incorporarse al ámbito de aplicación del artículo 5 (A/CN.9/WG.I/WP.34, párrafos 29 y 30). El Grupo de Trabajo convino en volver sobre este asunto cuando dispusiera de los resultados de ese estudio.

25. Se convino también en que la Ley Modelo debía enunciar el principio general de que la entidad adjudicadora debería tener derecho a elegir la vía de publicación utilizada en virtud del artículo 5, es decir, podría elegir la publicación sobre papel o por medios electrónicos, o de las dos maneras, sin tener que justificar la elección que hiciera, con tal de que la vía elegida cumpliera ciertas "normas de accesibilidad". El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que elaborara un proyecto de normas de accesibilidad para examinarlo en un futuro período de sesiones. Las normas deberían estar basadas en el texto propuesto de párrafo 3 del artículo 24 que figura en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. En ese párrafo se dispondría que el método de publicación elegido:

a) No obstaculizara el acceso al proceso de adjudicación;

b) Estuviera justificado en función de las metas de economía y eficiencia del proceso de adjudicación;

c) No diera lugar a discriminación alguna entre los posibles proveedores o contratistas, ni limitara sustancialmente la competencia de alguna otra manera.

26. Se convino en que los principios generales que se incorporaran a la versión revisada del artículo 5 serían aplicables a la publicación de toda otra información que estuviera actualmente regulada en algún otro artículo de la Ley Modelo, por ejemplo, las convocatorias a licitación y a precalificación (artículos 24, 37, 46, 47 y 48 de la Ley Modelo, como se indica en los párrafos 42 a 45 del documento A/CN.9/WG.I/WP.34 y en los párrafos 8 a 17 del documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1) y la adjudicación de contratos (artículo 14 de la Ley Modelo, como se indica en los párrafos 46 y 47 del documento A/CN.9/WG.I/WP.34), o de toda otra información cuya publicación estuviera prevista en la versión revisada de la Ley Modelo, como pudiera ser la publicación de todo contrato próximamente adjudicable (véase la sección 4 *infra*).

27. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que sometiera a su consideración algunas formulaciones en que se reflejaran las cuestiones anteriormente examinadas

y le presentara un informe sobre los resultados del estudio que le había encomendado, como se indica en el párrafo 24 *supra*.

28. El Grupo de Trabajo convino en que, en un futuro período de sesiones, cuando reanudara sus deliberaciones sobre el proyecto de artículo 5, tendría en cuenta el siguiente texto:

> "Artículo 5. Acceso del público a la información concerniente a la adjudicación del contrato
>
> 1) El texto de la presente Ley y el reglamento de la contratación pública, así como todas las decisiones y directrices administrativas de aplicación general referentes a contratos cuya adjudicación se rija por la presente Ley, y todas las enmiendas de esos textos, así como todos los demás documentos y demás información que se hayan de publicar [o que se vengan publicando en virtud de la presente Ley], se pondrán sin demora a disposición del público y se actualizarán sistemáticamente.
>
> [2) Toda otra información que un Estado promulgante o una entidad adjudicadora decida publicar, por ejemplo, la relativa a todo contrato próximamente adjudicable, control interno o directriz interna, se pondrá sin demora a disposición del público y se actualizará sistemáticamente.]"

4. Publicación de los contratos próximamente adjudicables (A/CN.9/WG.I/WP.34, párrs. 31 a 41, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículo 5 bis, Anuncio de los contratos adjudicables*)

29. Pese a que se suscitaron dudas acerca de si la publicación de información sobre todo contrato próximamente adjudicable constituía la práctica más recomendable y si, por ende, la Ley Modelo debía promover dicha práctica, en el Grupo de Trabajo prevaleció el parecer de que la publicación de todo contrato próximamente adjudicable contribuiría a la transparencia del proceso de adjudicación, a la eficiencia de la fase de planificación y a la apertura del mercado de la contratación pública, especialmente en el campo de las licitaciones internacionales, por lo que debía ser fomentada. Ahora bien, se convino asimismo en que esa publicación debía ser optativa y no imperativa. El Grupo de Trabajo tomó nota de las inquietudes expresadas sobre el impacto tal vez negativo que pudiera tener la publicación obligatoria, por ejemplo, restando flexibilidad al proceso presupuestario del Estado, que constituía una prerrogativa tradicional del poder legislativo. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo expresó su preferencia por la variante B del artículo 5 bis propuesto, titulado Anuncio de los contratos adjudicables, que figura en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, cuyo texto es el siguiente:

> "Dentro del [*el Estado promulgante especificará el plazo*] a partir del comienzo del ejercicio fiscal, las entidades adjudicadoras podrán publicar un anuncio de sus necesidades previstas de contratación para el siguiente [*el Estado promulgante especificará el período*]."

30. Se expresaron pareceres divergentes acerca de la necesidad de que se insertara en la Ley Modelo una disposición sobre la publicación optativa de un anuncio de los contratos próximamente adjudicables, en contraste con la conveniencia de que se hablara de las ventajas de dicha publicación en la Guía para su incorporación al

derecho interno. A favor de que se insertara esa disposición en el propio texto de la Ley Modelo se adujo que esa cuestión, que no había sido tratada en la Ley Modelo, podría pasar inadvertida si se trataba únicamente en la Guía, lo que cabría lamentar, habida cuenta de la importancia que revestía para el proceso de adjudicación y de las ventajas que reportaría esa publicación.

31. Se sugirió que en las enmiendas propuestas se dejara claro que la entidad adjudicadora no estaría obligada a publicar información sobre los contratos próximamente adjudicables. El Grupo de Trabajo convino en volver sobre ese asunto una vez que se conocieran los resultados del estudio mencionado en el párrafo 24 *supra*.

5. Forma de las comunicaciones (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párrs. 18 a 43, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículos 7, Precalificación, 9, Forma de las comunicaciones, 10, Documentos probatorios presentados por proveedores y contratistas, 25, Contenido de la convocatoria a licitación o a precalificación, 26, Entrega del pliego de condiciones, 28, Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones, 30, Presentación de las ofertas, 37, Anuncio en que se solicitan propuestas, y 40, Aclaraciones y modificaciones de la solicitud de propuestas*)

32. El Grupo de Trabajo convino en revisar la Ley Modelo a fin de incorporar en el artículo 9 el principio general concerniente a la forma de las comunicaciones, que sería aplicable a todo tipo de comunicación regulada en la Ley Modelo y, concretamente, a la presentación, aclaración y modificación del pliego de condiciones y a la presentación de ofertas. Se convino en que este principio se formulara en términos similares a los propuestos para el artículo 5 (véase la sección 3 *supra*), facultando a la entidad adjudicadora para escoger la forma de las comunicaciones sin tener que justificar su elección, con tal de que la forma elegida cumpliera las "normas de accesibilidad" que se definirían con arreglo a los criterios enunciados en el párrafo 25 *supra.*

33. El Grupo de Trabajo convino en que los proveedores no deberían estar facultados para elegir la forma de sus comunicaciones con la entidad adjudicadora, por lo que deberían enmendarse las disposiciones de la Ley Modelo y de la Guía para su incorporación al derecho interno que les otorgaran expresa o implícitamente ese derecho, por ejemplo, los artículos 9.3 y 30.5 b). Se convino asimismo en que, al hacerlo, la Secretaría debería obrar con cautela a fin de no eliminar ninguna salvaguardia que se hubiera enunciado en esas disposiciones contra toda práctica discriminatoria o, de algún modo, excluyente en la que pudiera incurrir la entidad adjudicadora. Se sugirió que al definir las normas de accesibilidad mencionadas en los párrafos 25 y 32 *supra* y al revisar la Guía se tuvieran plenamente en cuenta esas inquietudes. Además, el Grupo de Trabajo decidió que en un futuro período de sesiones determinaría el lugar de la Ley Modelo en que figurarían las definiciones de esas normas.

B. Otros aspectos derivados de la utilización de medios electrónicos de comunicación en la contratación pública

1. Condiciones para la equivalencia funcional entre las ofertas presentadas por vía electrónica y las consignadas sobre papel (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párr. 33, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, *artículo 30, Presentación de las ofertas*)

a) Medidas de seguridad en las comunicaciones y en la tramitación de las ofertas

34. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de las medidas de seguridad en las comunicaciones y en la tramitación de las ofertas y el texto propuesto como artículo 30 bis de la Ley Modelo que figura en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Observó que en el texto propuesto se abordaban, entre otras cosas, cuestiones relativas a la autenticidad de las comunicaciones, la integridad de los datos, la fecha y hora de las comunicaciones electrónicas y la confidencialidad de esas comunicaciones. Conforme a su decisión anterior de que esas cuestiones se debían abordar en el régimen del comercio electrónico y no en el régimen de la contratación pública propiamente dicho, el Grupo de Trabajo decidió que ese texto no se introdujera en la revisión de la Ley Modelo. De todos modos, observó que era necesario impartir en la Guía orientación pertinente (incluso sobre la conveniencia de que existiera reglamentación al respecto en los Estados promulgantes).

b) La apertura de las ofertas

35. El Grupo de Trabajo pasó a examinar la cuestión de la apertura de las ofertas. Recordando su decisión anterior de que se diera a la entidad adjudicadora la opción de estipular que las ofertas se presentaran por vía electrónica con arreglo al artículo 30 de la Ley Modelo (véase la sección 5 *supra*), el Grupo de Trabajo abordó las disposiciones relativas a la apertura de las ofertas que figuran en el artículo 33 de la Ley Modelo. Se recordó que el párrafo 1) del artículo 33 dispone que las ofertas "se abrirán en la fecha y la hora indicadas en el pliego de condiciones como plazo para la presentación de ofertas [...], en el lugar y con las formalidades indicados en el pliego de condiciones" y que el párrafo 2) del mismo artículo dispone que "la entidad adjudicadora autorizará a los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas a asistir al acto de apertura o a hacerse representar en él".

36. El Grupo de Trabajo observó que, si bien el párrafo 1) parecía ser suficientemente amplio como para abarcar todos los sistemas de apertura de ofertas, en el párrafo 2) se sugería la presencia física de los proveedores y contratistas en determinado lugar a determinada hora. Observó también que algunos países habían introducido disposiciones que permitían la apertura de ofertas mediante un sistema electrónico de información que abría automáticamente las ofertas en la fecha y hora previstas en el pliego de condiciones y transmitía también en forma automática la información que se solía anunciar públicamente en el acto de apertura. Por consiguiente, consideró la posibilidad de que en la Ley Modelo se previera la apertura de ofertas por vía electrónica.

37. Al respecto, el Grupo de Trabajo estudió la siguiente propuesta de adición al artículo 33 de la Ley Modelo, que figura en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, encaminada a facultar a las entidades adjudicadoras para utilizar las comunicaciones

electrónicas en sustitución del acto de apertura de las ofertas en presencia de los proveedores y los contratistas:

> "4) Cuando el proceso de contratación se lleve a cabo exclusivamente por vía electrónica de conformidad con el párrafo 1) ter del artículo 9 y los incisos k) del párrafo 1) y f) del párrafo 2) del artículo 25 o [insértense las disposiciones relativas a las subastas inversas y otros procedimientos totalmente automatizados, si las hubiera], se considerará que se ha permitido a los proveedores o contratistas estar presentes en el acto de la apertura de las ofertas si están autorizados a seguir esa apertura a través de los medios electrónicos de comunicación [, como, por ejemplo, el intercambio en línea de mensajes electrónicos, videoconferencias o alguna otra tecnología similar,] utilizados por la entidad adjudicadora, a condición de que todos los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas tengan acceso a los medios técnicos y de otra índole requeridos y que los medios de comunicación utilizados por esa entidad no entrañen ningún obstáculo irrazonable a la participación en la sesión."

38. Se indicó que esa disposición abordaba únicamente el proceso de contratación pública llevado a cabo por vía electrónica, y no aquel en que se presentaban ofertas sobre papel y por vía electrónica. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo decidió que se suprimiera el término "exclusivamente" del texto propuesto.

39. Por otra parte, y a la luz de las normas generales de accesibilidad que había decidido incluir en la Ley Modelo, así como de las disposiciones generales que había pedido a la Secretaría que redactara al respecto (véanse los párrafos 25 y 32 *supra*), el Grupo de Trabajo determinó que la reserva que se hacía al final del texto propuesto ("a condición de que todos los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas tengan acceso a los medios técnicos y de otra índole requeridos y que los medios de comunicación utilizados por esa entidad no entrañen ningún obstáculo irrazonable a la participación en la sesión") era redundante y no debía incluirse.

40. El Grupo de Trabajo también indicó que el texto que figuraba entre corchetes ([", como, por ejemplo, el intercambio en línea de mensajes electrónicos, videoconferencias o alguna otra tecnología similar"]) podría resultar redundante una vez que se concluyera el examen de la parte de la Ley Modelo dedicada a las definiciones. Por esa razón, no deseó incluir ese texto en el proyecto de disposición en ese momento.

41. Por último, se indicó la necesidad de disponer expresamente que se consideraría que la disposición cumplía los requisitos previstos en el párrafo 2) del artículo 33 (la presencia física de los proveedores).

42. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que le presentara proyectos de texto en que se reflejaran las cuestiones mencionadas anteriormente para examinarlos en un futuro período de sesiones.

2. Valor jurídico de los documentos electrónicos utilizados en el proceso de contratación pública, o derivados de éste (A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1, párrs. 44 a 58, y A/CN.9/WG.I/WP.34/Add. 2, *artículos 11, Expediente del proceso de contratación, y 36, Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato)*

a) Expediente del proceso de contratación

43. El Grupo de Trabajo recordó que en el artículo 11 de la Ley Modelo se disponía que la entidad adjudicadora llevara un expediente del proceso de contratación en que constara, por lo menos, determinada información mínima, y que ésta se pusiera a disposición de los interesados. Ahora bien, también se indicó que la propia Ley Modelo no prescribía el formato del expediente y, en consecuencia, no impedía que la entidad adjudicadora llevara el expediente en forma electrónica.

44. El Grupo de Trabajo pasó a considerar la posibilidad de enmendar el artículo 11 con objeto de disponer la forma en que se debía llevar el expediente y procedimientos para llevar expedientes electrónicos y acceder a ellos, especialmente medidas para garantizar la integridad, accesibilidad y confidencialidad de la información.

45. Con arreglo a sus anteriores decisiones respecto de la utilización de medios electrónicos para comunicar o, en este caso, archivar esa información (A/CN.9/568, párrafos 23 y 37), el Grupo de Trabajo consideró la posibilidad de incluir en la Ley Modelo un párrafo que abordara las condiciones necesarias en el caso de que el expediente se llevara en forma electrónica. Al respecto, examinó el texto propuesto como párrafo 5) del artículo 11, que figura en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Concluyó que esas cuestiones deberían abordarse en disposiciones generales relativas a las comunicaciones electrónicas y la difusión de información, y que tratar en ese artículo el formato del expediente podía ser contraproducente, ya que podía debilitar la reglamentación relativa al contenido de éste. De todos modos, reconoció que el artículo 11 abordaba la cuestión del archivo de información, y no la difusión de ésta y, por consiguiente, pidió a la Secretaría que considerara la manera de incluir ese concepto más amplio en las normas de accesibilidad que le había solicitado que redactara (véanse los párrafos 25 y 32 *supra*).

46. Por otra parte, se observó que las medidas encaminadas a garantizar la integridad, accesibilidad y confidencialidad de la información se aplicarían a cualquier método que se utilizara para llevar el expediente de la contratación, razón por la cual se debía añadir al texto del artículo 11 el párrafo 6 propuesto, que figura en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, aunque modificándolo para hacer referencia a todos los métodos de archivo de información. El texto propuesto para el párrafo 6 era el siguiente:

> "La reglamentación de contratación pública podrá establecer procedimientos para llevar los expedientes electrónicos, así como para acceder a ellos, incluidas medidas para garantizar la integridad, accesibilidad y, cuando proceda, la confidencialidad de la información."

47. En consecuencia, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que modificara la formulación del proyecto de disposición con objeto de que se aplicara a todos los métodos de archivo de información.

b) Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato

48. En lo que concierne a la aceptación de las ofertas y la entrada en vigor de un contrato, el Grupo de Trabajo observó que en los incisos a) y b) del párrafo 2) del artículo 36 de la Ley Modelo se dispone que en el pliego de condiciones se puede exigir que el proveedor o el contratista cuya oferta haya sido aceptada "firme un contrato escrito" en los términos de la oferta. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo consideró la posibilidad de que:

a) La Ley Modelo permitiera expresamente ejecutar contratos por medios electrónicos y, en ese caso, de que también se refiriera a la posibilidad de que el Estado promulgante prescribiera procedimientos para firmar o autenticar los contratos concertados por vía electrónica; o

b) La cuestión se remitiera a otra legislación de los Estados promulgantes, en cuyo caso se podrían señalar brevemente en la Guía las cuestiones pertinentes.

49. Al respecto, el Grupo de Trabajo examinó la adición propuesta en relación con el artículo 36, que figura en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2, según la cual se añadiría un nuevo párrafo 7 a ese artículo en los siguientes términos:

> "7) Cuando un contrato por escrito adjudicado tenga que ser firmado en virtud del presente artículo, este requisito se cumplirá mediante la utilización de comunicaciones electrónicas o documentos firmados con una firma electrónica que satisfaga todo requisito establecido por la entidad adjudicadora."

50. El Grupo de Trabajo observó que la disposición propuesta podía duplicar o incluso contradecir las leyes que regulan el comercio electrónico y podía resultar superflua, de todos modos, si se establecían las normas de accesibilidad que había pedido a la Secretaría que redactara (véanse los párrafos 25 y 32 *supra*). Al respecto, se observó también que se había decido no adoptar más disposiciones relativas a las comunicaciones electrónicas que pudieran estar reguladas en otras leyes, a menos que una disposición de esa índole se hiciera necesaria estrictamente en el contexto de la contratación pública. En consecuencia, el Grupo de Trabajo decidió que no era necesario incluir el texto propuesto, si bien indicó que podía ser útil abordar en la Guía las cuestiones planteadas, como se indicó en el párrafo 34 *supra*.

C. Subasta electrónica (inversa) (A/CN.9/WG.I/WP.35 y Add.1)

51. El Grupo de Trabajo se valió de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.35 y Add.1) para el examen de este tema. Se le informó de que la subasta electrónica inversa (SEI) podía definirse como una subasta dinámica directa realizada en línea entre una entidad compradora y cierto número de proveedores que competían entre sí para obtener el contrato presentando ofertas de precio progresivamente descendente durante el plazo establecido para la subasta.

52. El Grupo de Trabajo reconoció que la SEI era un método de contratación pública al que se estaba recurriendo cada vez más en los países en que el comercio electrónico ya había pasado a ser la norma, pero se observó también que la reglamentación de la SEI y la utilización de este método de contratación diferían

mucho de un país a otro. Se dijo también que otras organizaciones internacionales, como la Organización Mundial del Comercio y los bancos multilaterales de desarrollo, ya venían examinando posibles medidas de reglamentación de la SEI, y que en las directivas de licitación más recientes de la Unión Europea ya se había previsto la subasta electrónica inversa. Se insistió en la necesidad de armonizar toda reglamentación que emanara de las diversas organizaciones interesadas.

53. Diversas delegaciones y observadores informaron al Grupo de Trabajo de la experiencia más reciente en la práctica de la SEI y de que dicho método de contratación había contribuido a mejorar la rentabilidad, la eficiencia en función de los recursos disponibles y la transparencia del proceso de adjudicación de contratos públicos. Un observador también señaló las economías realizadas en la negociación de la operación comercial entre la entidad adjudicadora y los proveedores y ciertas economías internas de la propia entidad adjudicadora (por ejemplo, en concepto de gastos de personal).

54. Ahora bien, se observó asimismo que la subasta electrónica inversa había suscitado ciertas inquietudes, mencionándose en particular que: a) la SEI no garantizaba la seriedad financiera y la conformidad con el pliego de condiciones de la oferta de precio más bajo, ni la continuidad en subsiguientes SEI de las economías obtenidas; b) dicho método podía ocultar ciertos costos que contrarrestaran todo ahorro obtenido en el curso de la subasta, a saber, ciertos costos de oportunidad o de sustitución imputables al hecho de que no participara en la SEI algún proveedor potencial y ciertos costos variables de explotación o de mantenimiento, igualmente ocultos, en el caso de un contrato de obras o de servicios; c) podía fomentar la presentación de ofertas imprudentes, lo que entrañaba un mayor riesgo de que se presentaran ofertas anormalmente bajas; d) no reflejaba adecuadamente, tal vez, ciertos factores ajenos al precio, como la calidad de ejecución y la relación proveedor-comprador; e) podía dar lugar a conflictos de intereses entre los agentes del mercado, por ejemplo, entre las empresas de programas informáticos y comercializadores o "agentes del mercado electrónico" y ciertos organismos centralizados de compras públicas que cobraban comisiones; f) era más vulnerable que otros métodos de contratación tradicionales a ciertas prácticas de colusión difíciles de detectar por la entidad adjudicadora, en particular en la adjudicación de proyectos para los que el número de concursantes acostumbrara a ser pequeño, o en subastas repetitivas en las que solía participar el mismo grupo de concursantes; y g) podía repercutir adversamente en el mercado, en especial si se prestaba a ciertas prácticas de competencia desleal y restaba aliciente para la innovación técnica y otras prácticas innovadoras.

55. Se observaron también los comentarios que se habían formulado en el sentido de que las economías señaladas no persistían a mediano o a largo plazo. Se informó, además, de que el método de la SEI podría disuadir a las pequeñas y medianas empresas de participar en el proceso de adjudicación, e incluso excluirlas, por lo que podría entrar en conflicto con otros objetivos de la política económica oficial y contribuir a menoscabar futuros ahorros y mejoras de la eficiencia a largo plazo, al debilitar la competencia en el mercado.

56. Se observó, por otra parte, que algunos de los principios de la contratación pública enunciados en la Ley Modelo, entre ellos la prohibición de que se revelara información sobre otras ofertas, así como de que se abriera negociación alguna o se

tratara de obtener rebajas al irse a cerrar el trato, podían resultar incompatibles con ciertos rasgos inherentes a la SEI, por lo que se invitó al Grupo de Trabajo a que formulara su postura general al respecto.

57. Se reconoció que algunas de las inquietudes expresadas anteriormente, aun cuando se tratara de rasgos inherentes a la SEI, podían resolverse mediante una reglamentación encaminada a promover la transparencia, por ejemplo, imponiendo ciertas condiciones para el desarrollo de la subasta. Se insistió en que el Grupo de Trabajo debía centrar su atención en los riesgos de colusión que entrañaba la SEI, teniendo en cuenta las consideraciones formuladas por otras organizaciones internacionales al respecto.

58. Se observó que se venían utilizando dos modalidades de SEI: una en la que se le consideraba un método autónomo de contratación pública, y otra en la que constituía una etapa optativa de algún otro método de contratación que se estuviera aplicando. Además, había dos categorías básicas de SEI: la que se basaba únicamente en el criterio del precio más bajo, y la que permitía introducir algún otro criterio de valoración. En ocasiones, esos criterios de valoración adicionales eran cuantificados mediante una fórmula matemática a fin de que los concursantes pudieran ser puntuados antes de comenzar la subasta y en el curso de ésta. Se observó que, si bien recurrir a esas fórmulas podía ser provechoso, al eliminar ciertos riesgos de evaluación subjetiva en el curso de la subasta, dichos métodos de cuantificación podían no resultar tan fiables como era de desear.

59. El Grupo de Trabajo observó los numerosos comentarios que se habían formulado en el sentido de que la SEI daba más resultado cuando se trataba de bienes o de servicios que se podían especificar en términos claros y respecto de los cuales todo criterio de valoración ajeno al precio fuera fácilmente cuantificable, por lo que existía una tendencia general en la práctica internacional a recurrir únicamente a la SEI para la adjudicación de contratos de bienes normalizados o para la contratación de servicios de índole poco compleja. Se citaron como ejemplos de artículos que cabía adjudicar por una SEI el combustible, ciertos bienes de equipo informático normalizados, los suministros de oficina y ciertos materiales de construcción básicos. Si bien se observó que la SEI no se solía utilizar para la adjudicación de contratos de obras, el Grupo de Trabajo consideró que no debería excluirse automáticamente de esa clase de contratación, ya que las principales cuestiones que había que considerar eran si el pliego de condiciones podía redactarse con precisión y si los criterios de valoración utilizables en la subasta eran fácil y objetivamente cuantificables.

60. El Grupo de Trabajo recordó su opinión anterior de que, con las debidas salvaguardias, cabía recurrir a la SEI sin comprometer ninguno de los principios de la Ley Modelo y para mayor provecho tanto de la entidad adjudicadora como de los proveedores (A/CN.9/568, párrafo 54). Ahora bien, se expresaron pareceres divergentes sobre si procedía insertar en el texto de la Ley Modelo disposiciones que la regularan expresamente. Algunas delegaciones consideraron que esa decisión sería prematura, habida cuenta de la experiencia limitada de que se disponía en materia de utilización y reglamentación de la SEI. Prevaleció, no obstante, el parecer de que, a la luz del creciente uso de ese método y de las metas gemelas de la CNUDMI de armonizar y promover las mejores prácticas, en la revisión de la Ley Modelo se deberían enunciar, ciertamente, algunas reglas concernientes al empleo de la SEI.

61. Se sugirió que, si bien cabría enunciar en la Ley Modelo una regla general habilitante del método de la SEI y en la que se enunciaran los principios básicos para su empleo, cabría abordar en mayor detalle la utilización de la SEI en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno, mencionando toda ventaja o desventaja frecuentemente observada en dicho método y la manera de contrarrestar las desventajas. Algunos delegados y observadores señalaron la importancia de que la CNUDMI impartiera directrices para lograr una mayor homogeneidad en la reglamentación pertinente de los diversos países. Se expresó inquietud de que, a falta de esas directrices, se introdujeran prácticas que fueran contrarias a los principios en que se inspiraba la Ley Modelo o incompatibles con éstos.

62. En lo concerniente al contenido de las normas generales habilitantes, se observó que un factor clave serían las condiciones enunciadas para el empleo de la SEI (y las limitaciones que se impusieran), por ejemplo, las indicadas en el párrafo 59 *supra* y examinadas más en detalle en los párrafos 20 a 25 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35. En lo que respecta a las condiciones, el Grupo de Trabajo convino en que la Ley Modelo limitara la posibilidad de recurrir a una SEI a la adjudicación de contratos para el suministro de bienes, obras o servicios que fueran claramente definibles y cuyos criterios de valoración ajenos al precio fueran cuantificables. Se observó que lo dicho en los párrafos 8 y 20 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35 podría sentar las bases para definir el ámbito de aplicación de la SEI.

63. Algunas delegaciones expresaron el parecer de que, de conformidad con el principio de neutralidad tecnológica encaminado a poner a todos los proveedores en pie de igualdad (véase el párrafo 12 *supra*), el Grupo de Trabajo no debería limitarse a regular la SEI, sino que debería prever asimismo la subasta inversa en su forma tradicional o no electrónica. Se observó que dichas subastas (junto con la SEI) podían servir de fundamento para la definición de un método de contratación pública plenamente dinámico. El Grupo de Trabajo reconoció que en algunos países de cierta región se venía utilizando la subasta inversa en su forma tradicional como método de contratación pública. Sin embargo, se expresaron graves dudas de que la subasta inversa tradicional constituyera la mejor práctica que la Ley Modelo debía promover.

64. Se observó, además, que el principio de neutralidad tecnológica estaba supeditado a los principios básicos en que se inspiraba el régimen de la Ley Modelo y al respecto se señaló que la subasta inversa en su forma tradicional planteaba ciertos riesgos de irregularidades en el proceso de adjudicación, entre ellos, el riesgo de colusión entre los concursantes, la notificación indebida de precios y otras prácticas corruptas, y que era probable que las ofertas no se pudieran preparar libremente, ya que en una subasta inversa tradicional no era posible salvaguardar la anonimidad de los concursantes. Se observó, asimismo, que el requisito de la presencia física de los concursantes en toda subasta inversa tradicional favorecía indudablemente a los que se hallaban en las cercanías de la sede de la subasta, lo que elevaba el riesgo de colusión. Pese a que se señaló que la salvaguardia del anonimato era únicamente una de las garantías de la integridad del proceso de adjudicación, y no constituía de por sí una garantía contra el riesgo de colusión, en general se convino en que ese riesgo era menor en una SEI que en otras formas más tradicionales de subasta inversa.

65. Se recordó que en su sexto período de sesiones el Grupo de Trabajo había tomado nota tanto del contexto en el que había surgido la cuestión de la subasta electrónica inversa (es decir, los avances tecnológicos que habían dado lugar a que naciera ese método de contratación) como de las objeciones de política general en que se había inspirado la decisión inicial de la CNUDMI de que no se regulara la subasta inversa en la Ley Modelo. En ese período de sesiones el Grupo de Trabajo había decidido, por consiguiente, que la versión revisada de la Ley Modelo abordara únicamente el método de la subasta electrónica inversa (A/CN.9/568, párrafo 48). Pese a las objeciones expresadas contra la inclusión de disposiciones aplicables a otras modalidades de subasta inversa que no fueran la de formato electrónico, el Grupo de Trabajo convino en aplazar su decisión definitiva sobre ese asunto hasta el momento en que tuviera ante sí los proyectos de disposición por los que se regulara el empleo de la SEI.

66. En lo que respecta a las modalidades de empleo de la SEI en el proceso de contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.35, párrafos 26 y 27), es decir, a la posibilidad de considerar a la SEI un método de contratación autónomo o una fase optativa en el marco de algún otro método de contratación pública, hubo acuerdo general en que los proyectos de disposición que se prepararan debían partir de la hipótesis de que la SEI se utilizaría como método de contratación autónomo.

67. El Grupo de Trabajo aplazó el examen de los párrafos 28 a 34 del documento A/CN.9/WG.I/WP.35 y del documento A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1 y encomendó a la Secretaría la tarea de preparar una disposición de índole general por la que se autorizara el empleo de la SEI como método de contratación optativo. Se insistió en la necesidad de que el Grupo de Trabajo examinara algunos aspectos más detallados de la SEI, entre ellos, las condiciones para el empleo de dicho método y sus modalidades de empleo, a fin de poder concluir el examen de la disposición habilitante de la SEI y de los principios generales que se habían de observar al emplearla. Se expresó también el parecer de que en el enfoque que se adoptara para la preparación de toda disposición de la Ley Modelo concerniente a la SEI se debería tener en cuenta el enfoque adoptado sobre este mismo tema por los Estados parte en el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio, que a la sazón se estaba revisando.

D. Ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.36)

68. El Grupo de Trabajo se valió de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.36) para el examen de este tema. Recordó que en 1989 se había informado al entonces Grupo de Trabajo sobre la Contratación Pública de que toda oferta anormalmente baja (OAB) suponía un riesgo de que “el ofertante no pudiera cumplir el contrato al precio ofrecido ... o que lo haría utilizando una mano de obra o materiales de calidad inferior a lo normal o trabajando a pérdida, ... una oferta anormalmente baja podía además ser indicio de colusión entre los ofertantes” (A/CN.9/WG.V/WP.22). El Grupo de Trabajo destacó a la sazón que la clave de la cuestión radicaba en ese riesgo de incumplimiento o de vicios en el cumplimiento del contrato y observó además que la presentación de ofertas anormalmente bajas podría poner en peligro las metas de la Ley Modelo, en particular las metas de economía y eficiencia en la contratación pública, de fomento de la competencia

entre proveedores y contratistas y de que se otorgara un trato justo y equitativo a todos los proveedores y contratistas.

69. Al respecto, el Grupo de Trabajo observó que la Ley Modelo abordaba esa cuestión en función del precio y no de los costos, y se indicó que ese sistema basado en el precio constituía, de hecho, el único sistema viable. Por consiguiente, una entidad adjudicadora se vería obligada a evaluar el riesgo de incumplimiento o de vicios en el cumplimiento del contrato en función del precio como guía para determinar los costos, y el análisis resultante no dejaría de ser meramente estimativo. Se recordó asimismo que un precio bajo no sería necesariamente, de por sí, un indicio de que pudiera haber un riesgo de incumplimiento.

70. El Grupo de Trabajo observó que una OAB podía ser imputable a diversas razones, entre ellas, la ambigüedad o imprecisión de las especificaciones, todo error en la evaluación de la documentación de la oferta, poco tiempo para preparar las ofertas, todo error del proveedor en la evaluación de sus propios costos y toda oferta inintencional o impremeditada de un precio inferior al costo durante la subasta, y que cualquiera de esas razones podía dar lugar a que se presentara involuntariamente una oferta de esa índole. Por otra parte, se reconoció también que todo comportamiento desleal en el mercado, por ejemplo, la fijación de precios irreales de la que se habla en el párrafo 12 del documento A/CN.9/WG.I/WP.36, podía asimismo dar lugar a que se presentara una OAB deliberadamente (si bien todo comportamiento desleal en el mercado solía ser objeto de sanciones previstas en la normativa aplicable en materia de competencia leal o incluso de sanciones penales). Se informó también al Grupo de Trabajo de que la Asamblea General de las Naciones Unidas había aprobado un "Conjunto de principios y normas equitativas convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas" (A/RES/35/63, de 5 de diciembre de 1980). Se observó, además, que un proveedor podía presentar una OAB deliberadamente cuando procuraba obtener el contrato a cualquier precio, por ejemplo, si intentaba obtener crédito con miras a evitar la insolvencia de su empresa.

71. El Grupo de Trabajo observó que todo riesgo de incumplimiento dimanante del hecho de que se hubiera aceptado una OAB podía tener consecuencias sumamente nocivas a lo largo de la fase de ejecución del contrato y que las soluciones disponibles en dicha etapa, entre las que cabía citar la rescisión del contrato o la búsqueda de alguna garantía adicional, eran soluciones a las que sólo se podía recurrir en casos extremos (véase también el párrafo 15 del documento A/CN.9/WG.I/WP.36). Así pues, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que la Ley Modelo debía centrarse en la pronta determinación de toda posible OAB a fin de evitar que se presentara esa clase de ofertas.

72. El Grupo de Trabajo tomó nota de los resultados del estudio comparado de los regímenes legales de ámbito nacional o internacional que se aplicaban a las ofertas anormalmente bajas, cuyos detalles figuran en los párrafos 26 a 61 del documento A/CN.9/WG.I/WP.36. Observó, en resumen, que existía escasa legislación por la que se prohibiera directamente la presentación de una OAB propiamente dicha, si bien se solía recurrir a diversas técnicas analíticas (en función del precio o de los riesgos) para determinar si una oferta era anormalmente baja y reaccionar en consecuencia en forma oportuna. Al respecto, se insistió en que la finalidad de dichos análisis solía ser determinar si el precio presentado era "realista" o viable a la luz de los

precios del mercado, así como, siempre que se dispusiera de datos al respecto, a la luz de los costos. Se observó, además, que muchos regímenes facultaban a la entidad adjudicadora para investigar toda supuesta oferta anormalmente baja y exigían, de hecho, que se hiciera esa investigación antes de que se rechazara una OAB por su condición de tal, conforme a un procedimiento que se denominaba de justificación del precio ofrecido. Por ejemplo, el artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE de la Unión Europea disponía que una entidad adjudicadora debía exigir que se le presentaran por escrito los pormenores de los elementos constitutivos del precio de la oferta antes de poderla rechazar como presunta OAB.

73. Se informó asimismo al Grupo de Trabajo de que la legislación de algunos países había previsto los riesgos de la oferta anormalmente baja al disponer que todo proveedor sería responsable de la oferta que presentara. Es decir, que cabría siempre exigir del proveedor que concertara el contrato al precio estipulado en la oferta inicial y se rechazaría toda solicitud injustificada de que se modificara la suma indicada en la oferta. De ese modo, el proveedor asumiría el riesgo inherente a la presentación de una oferta anormalmente baja.

74. El Grupo de Trabajo recordó que la Ley Modelo no se ocupaba expresamente de las OAB, por lo que la entidad adjudicadora no estaría facultada para rechazar una de esas ofertas ni siquiera en el supuesto de que hubiera determinado que lo era, si bien podría rechazar a todo proveedor que no estuviera calificado o toda oferta que se considerara incompatible con las condiciones prescritas, a tenor de lo dispuesto en sus artículos 6 y 34, respectivamente. Al respecto, se observó que el artículo 6 de la Ley Modelo disponía que se habían de evaluar las calificaciones del proveedor a la luz de criterios como los de su competencia profesional, de gestión y técnica y a la luz de la suficiencia de sus recursos y solvencia financiera, así como del hecho de que ningún miembro de su personal directivo fuera objeto de una investigación o de un procesamiento penal. A tenor del párrafo 3 del artículo 34 de la Ley Modelo, la entidad adjudicadora deberá rechazar toda oferta que no sea conforme con las condiciones prescritas o cuando el proveedor que la haya presentado no resulte idóneo.

75. Pese a que se reconoció que dichas disposiciones tal vez permitieran responder de algún modo a las OAB, se observó que en ellas no se ofrecía a la entidad adjudicadora la posibilidad de investigar una presunta OAB mediante el denominado procedimiento de justificación del precio. Al respecto, el Grupo de Trabajo observó que el inciso a) del párrafo 1 del artículo 34 de la Ley Modelo facultaba a la entidad adjudicadora para reclamar la aclaración de una oferta, si bien, a tenor de la Guía para su incorporación al derecho interno, dicha disposición "no se refería al supuesto de un precio de oferta anormalmente bajo que se sospechara que pudiera ser resultado de algún malentendido o de algún otro error no manifiesto de la oferta" (párrafo 23 del documento A/CN.9/WG.I/WP.36, en que se cita el documento A/CN.9/375).

76. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo determinó que la Ley Modelo debería ser enmendada con objeto de facultar a la entidad adjudicadora para investigar toda presunta OAB por medio de un procedimiento de justificación del precio. También expresó el parecer de que debería impartirse orientación adicional en la Guía para la incorporación del régimen de la Ley Modelo al derecho interno.

77. Al respecto, se dijo que la Ley Modelo debería ocuparse de las OAB, independientemente de que fueran o no intencionales, pero que toda OAB intencional o premeditada debería ser regulada en la normativa aplicable en materia de competencia leal y, llegado el caso, debería ser objeto de alguna sanción penal. Se expresó también el parecer de que era importante no introducir factores subjetivos en la evaluación de toda presunta OAB, por lo que debía evitarse que toda revisión propuesta del texto actual del artículo 34 de la Ley Modelo mermara en algo la objetividad en que se inspiraba dicho artículo.

78. El Grupo de Trabajo expresó el parecer de que tal vez no fuera necesario definir una noción de oferta anormalmente baja en el texto de la Ley Modelo y observó que en las nuevas directivas de la Unión Europea no se había definido ese concepto.

79. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que formulara proyectos de texto teniendo en cuenta una propuesta anterior del propio Grupo de Trabajo de que cabría añadir una nueva disposición en el artículo 34 de la Ley Modelo, tal vez como apartado e) del párrafo 3, o en algún otro lugar, a efectos de facultar a la entidad adjudicadora para rechazar una oferta si su precio era anormalmente bajo y suscitaba cierta inquietud justificada de que el ofertante tal vez no estuviera en condiciones de cumplir el contrato. Se observó que, en esos casos, todo rechazo estaría supeditado a dos condiciones: en primer lugar, la de que se hubiera dado al ofertante la oportunidad de explicar su precio por algún procedimiento justificativo del mismo, y, en segundo lugar, que se motivara el rechazo de la oferta y se consignaran los motivos aducidos en el expediente del proceso de adjudicación, a fin de que todo recurso que se presentara contra dicho rechazo pudiera ser examinado a la luz de los motivos alegados para efectuarlo. El Grupo de Trabajo pidió además a la Secretaría que examinara el artículo XIII.4 del ACP (en que se reconoce el derecho de la entidad adjudicadora de cerciorarse, solicitando información a los proveedores, de que éstos reúnen las condiciones requeridas para participar en el proceso de adjudicación y serán capaces de cumplir las condiciones prescritas en el contrato) y toda revisión propuesta con objeto de tener en cuenta el criterio establecido en esas disposiciones.

80. El Grupo de Trabajo también tomó nota de la sugerencia enunciada en el párrafo 80 del documento A/CN.9/WG.I/WP.36 de que cabía enmendar el inciso b) del párrafo 4 del artículo 34 de la Ley Modelo para disponer que solo se declararía ganadora la oferta presentada por un proveedor que hubiera sido considerado plenamente capaz o apto para ejecutar el contrato y cuya oferta fuera la más económica de las ofertas que hubieran sido declaradas conformes con el pliego de condiciones. El Grupo de Trabajo estimó que no bastaría con esta sola disposición para regular todas las cuestiones concernientes a las OAB.

81. El Grupo de Trabajo pidió también a la Secretaría que preparara un proyecto de disposición que facultara a la entidad adjudicadora para abrir un procedimiento de justificación del precio, además de eliminar el comentario de la Guía relativo al inciso a) del párrafo 1 del artículo 34 de la Ley Modelo, que impedía que se utilizara esa disposición para procurar justificar el precio cuando se presentara una presunta OAB. El Grupo de Trabajo no llegó a una conclusión firme sobre el lugar en que convendría ubicar dicha disposición, pero convino en volver a examinar la

cuestión una vez que se le hubieran presentado los proyectos de disposición revisados.

82. El Grupo de Trabajo convino, en general, en que las cuestiones enunciadas en el párrafo 76 del documento A/CN.9/WG.I/WP.36 podrían servir de base para la preparación de unas directrices adicionales al respecto que cabría insertar en la Guía, y que las disposiciones actuales de la Ley Modelo concernientes a la evaluación de las ofertas y de las calificaciones de los concursantes podrían ampliarse en la Guía con miras a facilitar la tarea de determinar si una oferta era anormalmente baja, así como la evaluación del riesgo de incumplimiento que esas ofertas entrañaban y la determinación de toda medida subsiguiente que hubiera de adoptarse para abordar esas cuestiones.

A/CN.9/WG.IV/WP.34

E. Nota de la Secretaría sobre revisiones posibles de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación de Bienes, Obras y Servicios: cuestiones suscitadas por la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su séptimo período de sesiones

(A/CN.9/WG.IV/WP.34 y Add.1 y 2) [original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-5
II.	Principios generales y política de rango legislativo aplicable al empleo de la vía electrónica y su tecnología en el proceso de contratación	6-13
III.	Publicación por vía electrónica de información relativa a la contratación pública	14-47
	A. Noción de "electrónico" y otros términos conexos	17-22
	B. Publicación de toda norma legal o reglamentaria aplicable a la contratación pública	23-30
	C. Anuncio de los contratos adjudicables	31-45
	D. Anuncio público de la adjudicación de un contrato y otra información	46-47

I. Introducción

1. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (denominada en adelante "Ley Modelo de la Contratación Pública" o "Ley Modelo")[1], aprobada por la Comisión en 1994, tiene por objeto servir de modelo para todo Estado que desee modernizar su legislación de la contratación pública y promover el empleo de procedimientos destinados a dotar a dicho proceso de competitividad, transparencia, equidad, economía y eficiencia. La Ley Modelo ha influido en el régimen legal interno de la contratación pública de un gran número de países y ha contribuido así a la armonización de dicho régimen y de los procedimientos aplicables para la adjudicación de contratos.

2. En su 36º período de sesiones, en 2003, la Comisión se mostró resueltamente favorable a la inclusión del régimen de la contratación pública en su actual programa de trabajo a fin de poder, entre otras cosas, proceder al examen de toda

[1] Véase el texto de la Ley Modelo en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), anexo I (publicado también en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Anuario* (denominado en adelante "*Anuario de la CNUDMI*"), vol. XXV:1994 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.20), tercera parte, anexo I. La Ley Modelo puede obtenerse en forma electrónica en el sitio *web* de la CNUDMI (http://www.uncitral.org/english/texts/procurem/ml-procure.htm).

nueva cuestión o práctica que se hubiera introducido desde la aprobación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública[2]. En su 37º período de sesiones, en 2004, la Comisión indicó al Grupo de Trabajo, encargado de dicha tarea, que centrara su atención en dos esferas en las que el régimen modelo era susceptible de mejora: en primer lugar, toda nueva cuestión suscitada por el creciente empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, y, en segundo lugar, toda cuestión que se hubiera suscitado en la aplicación del régimen de la Ley Modelo[3].

3. El Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) inició su labor en orden a la preparación de propuestas para la revisión de la Ley Modelo, en su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004) sobre la base de dos estudios preparados por la Secretaría. En el primer estudio se examinaron cuestiones suscitadas por el creciente empleo de la tecnología electrónica y el recurso a la vía electrónica para la contratación pública, recurriéndose incluso a métodos de contratación basados en las comunicaciones con Internet (A/CN.9/WG.I/WP.31). En el segundo estudio se presentaron ciertas cuestiones suscitadas por experiencias recientes en la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (A/CN.9/WG.I/WP.32).

4. En dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que la contratación por vía electrónica reportaba notables beneficios, entre los que cabe citar la mayor eficiencia del proceso de contratación y su mayor transparencia. El Grupo de Trabajo observó que esos beneficios correspondían a algunas de las principales metas y objetivos de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el alcance de los cambios que tal vez hubieran de introducirse en la Ley Modelo para que todo eventual Estado promulgador de su régimen sacara pleno provecho de la contratación electrónica. El Grupo de Trabajo identificó tres principios básicos que debían inspirar la adaptación del régimen de la Ley Modelo al empleo de las comunicaciones electrónicas al servicio de la contratación pública: a) la Ley Modelo debería alentar, en la medida de lo posible, el empleo de la tecnología y de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública; b) su texto debería formular toda regla, susceptible de incidir sobre el empleo de dicha tecnología, en términos tecnológicamente neutros; y c) convendría impartir toda orientación adicional más detallada, que fuera necesaria, en el marco de la Guía para su incorporación al derecho interno[4]. El Grupo de Trabajo convino en que todo consejo o asesoramiento que se impartiera al respecto habría de ser aplicable a todas las vías de comunicación utilizables, debiéndose enunciar directrices sobre todo control que fuera del caso para el empleo de cada una de dichas vías (A/CN.9/568, párrs. 12 a 18).

5. Se observó que el empleo de la contratación electrónica planteaba problemas de política legislativa en las siguientes esferas: publicidad de toda información

---

[2] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párr. 229.

[3] Ibíd., *quincuagésimo noveno período de sesiones Suplemento núm. 17* (A/59/17), párrs. 81 y 82.

[4] Véase el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública en el documento A/CN.9/403, reproducido en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Anuario*, vol. XXV:1994 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.20), tercera parte, anexo II.

concerniente a la adjudicación de contratos, particularmente al emitirse invitaciones a participar en dicha adjudicación, y utilización de la vía electrónica en el proceso de contratación, así como en el curso de la denominada subasta inversa o de puja descendente (A/CN.9/568, párr. 19). La presente nota y sus adiciones examinan el alcance de la futura labor en esas dos esferas y presenta ciertos proyectos de enmienda respecto de algunos de los artículos de la Ley Modelo. En un documento aparte se examina la denominada subasta inversa o de puja descendente (A/CN.9/WG.I/WP.35).

II. Principios generales y política de rango legislativo aplicable al empleo de la vía electrónica y su tecnología en el proceso de contratación

6. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública fue aprobada en tiempos en los que ya era previsible que la tecnología de la información y la vía electrónica de comunicación alcanzarían una gran difusión, pese a que su empleo no se había aún generalizado. Por consiguiente, en algunas de sus disposiciones se refleja el deseo de dar entrada eventual a la vía electrónica y a otras vías similares de comunicación, como puede verse en la referencia que se hace en el artículo 9 1) a toda forma de comunicación por la que "se deje constancia" del contenido de la comunicación (en vez de referirse meramente a toda "comunicación escrita"). No obstante, la Ley Modelo no se ocupó directamente de las cuestiones jurídicas suscitadas por el empleo de las nuevas tecnologías, y el lenguaje de algunas de sus disposiciones indica que estuvo pensada en función de comunicaciones, expedientes y sistemas de prueba basados en gran parte en datos consignados sobre soportes materiales tangibles (es decir, consignados sobre papel). Cabe citar, a título de ejemplo, la referencia a "pruebas documentales", "documentos probatorios" y otros términos similares (véanse el artículo 6 2), 7 3) a) iii), 10, 27 c), 36, 38 f)), o las reglas aplicables a la preparación, modificación, retirada, presentación y apertura de las ofertas, particularmente el requisito de que la oferta se presente en un "sobre sellado" (véanse artículos 27 h), q), r), y z); 30, 31 2) y 33).

7. En el sexto período de sesiones del Grupo de Trabajo, se sugirió que la labor del Grupo de Trabajo se inspirara lo más posible en el régimen de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[5] (A/CN.9/568, párr. 43). Cierto es que algunos de los principios recogidos en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico pueden resultar útiles para modernizar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. En algunos casos, no obstante, la diversidad entre la finalidad de una y otra ley puede que haga necesario buscar una solución adaptada al contexto de la contratación pública.

---

[5] Véase el texto de la Ley Modelo en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I (publicado también en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXVII:1996 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.98.V.7), tercera parte, anexo I). Se ha publicado la Ley Modelo con su Guía para la incorporación al derecho interno como publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4, y está disponible en forma electrónica en el sitio *web* de *UNCITRAL* (http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ecomm.htm).

8. La finalidad de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico es ofrecer al legislador una serie de reglas internacionalmente aceptables para eliminar ciertos obstáculos legales contra el empleo de las vías de comunicación modernas que pueden restar certidumbre a la validez o eficacia jurídica de las comunicaciones usadas por dichos medios. Por ello, la Ley Modelo se inspira en el principio del denominado criterio de la "equivalencia funcional", que está basado en un análisis de la finalidad y funciones del requisito tradicional de un documento original o consignado sobre papel, con miras a determinar la manera de satisfacer esa finalidad y esas funciones mediante el empleo de las técnicas del comercio electrónico. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico no trata de definir un equivalente informático de ningún tipo de documento consignado sobre papel. En su lugar, se limita a definir las funciones básicas de todo requisito de forma aplicable a la documentación consignada sobre papel, con miras a facilitar criterios que, una vez satisfechos por un mensaje de datos, permitan que ese mensaje disfrute del mismo grado de reconocimiento jurídico que el de un documento sobre papel que tenga asignada la misma función. De conformidad con este planteamiento y con la finalidad de garantizar la neutralidad tecnológica de la normativa jurídica aplicable, la Ley Modelo no asigna consecuencia jurídica alguna al formato o a la técnica que se utilice para crear determinado mensaje de datos. Conforme al régimen de la Ley Modelo, toda cuestión suscitada sobre si cierto mensaje de datos es "accesible para su ulterior consulta" habrá de ser resuelta caso por caso.

9. Otro importante aspecto que el Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente es la función prominente que el régimen de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico asigna a la autonomía contractual de las partes. La Ley Modelo parte del reconocimiento de que, en la práctica, cabrá resolver en buena parte por vía contractual muchas de las dificultades jurídicas suscitadas por el recurso a los modernos medios de comunicación. Ello explica que se haya previsto que las partes puedan optar por excluir o por acogerse con modificaciones al régimen del capítulo III de la Ley Modelo (que se ocupa de la formación y la validez del contrato, del reconocimiento por las partes de los mensajes de datos, del acuse de recibo y del momento y lugar de envío y de recepción de un mensaje de datos).

10. Cabe describir, en pocas palabras, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico como un juego de principios que a) define los criterios generales de la equivalencia funcional de un mensaje en términos flexibles que son igualmente aplicables a diversas tecnologías ya existentes o en desarrollo, o b) sientan reglas de derecho supletorio que serán aplicables en todo supuesto en el que las partes no hayan estipulado cosa alguna en contrario.

11. Si bien el principio de la equivalencia funcional puede ofrecer soluciones en el área de la contratación pública, debe reconocerse que las entidades adjudicadoras pueden tener interés en definir las condiciones de empleo en las comunicaciones electrónicas en función de su grado de fiabilidad técnica, de criterios de seguridad y de otros factores que puedan ser de interés. El alto grado de flexibilidad, inherente al régimen de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, que tal vez sea esencial en el área del derecho privado en general, puede no resultar idóneo para lograr el elevado grado de certeza o seguridad jurídica que debe imperar en la contratación pública.

12. En la práctica, aquellos países que han promulgado leyes sobre operaciones electrónicas para resolver el tipo de cuestiones reguladas por la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, no parece que se hayan valido únicamente de este marco jurídico general para introducir la vía electrónica en la contratación pública o al servicio de otras funciones administrativas o estatales de índole más general. En algunos países, la contratación pública está explícitamente excluida del régimen legal general de las comunicaciones electrónicas[6], o la incorporación de dicho régimen al marco del derecho privado hace que no resulte automáticamente aplicable a ninguna función de carácter público[7]. En otros países y regiones se ha promulgado un régimen para el empleo de las comunicaciones electrónicas en el sector estatal (incluida la contratación pública), y un régimen legal general destinado al comercio electrónico que si bien es en parte aplicable al sector público, no lo es en su totalidad, al no haber sido pensado en función de las necesidades propias del sector estatal[8]. En algunos otros países, no obstante, el régimen legal general del comercio electrónico y de las operaciones electrónicas ha sido expresamente declarado vinculante para los órganos o entidades estatales, salvo algunas disposiciones del mismo que han sido expresamente excluidas[9]. Pero incluso en estos países la legislación destinada al comercio electrónico contiene algunas reglas expresamente destinadas a las comunicaciones utilizadas al servicio de funciones del sector estatal[10], o se tiene incluso previsto promulgar un régimen

---

[6] Estados Unidos (*Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, Public Law* 106-229, June 30, 2000, sect. 102(b)).

[7] Así sucede, por ejemplo, en Francia (véase *Loi n°* 2000-230, 13 de marzo 2000, *Journal officiel*, 14 marzo 2000) y en México (véase *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal* de 26 de abril de 2000).

[8] En el marco de la Unión Europea, el comercio electrónico, así como la firma electrónica, y la contratación pública gozan de un régimen armonizado por las Directivas emitidas al respecto por el Parlamento Europeo y el Consejo. El régimen del comercio electrónico y el de la firma electrónica figuran en dos directivas distintas (Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior ("Directiva sobre el comercio electrónico"), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 178, 17 de julio de 2000, pág. 1; y Directiva 1999/93/CE de 13 de diciembre de 1999 relativa a un marco comunitario para la firma electrónica (la "Directiva sobre la firma electrónica"), *Documento Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 13, 19 de enero de 2000, pág. 12). Si bien esta última directiva se refiere expresamente al empleo de la firma electrónica por órganos o entidades públicas, a reserva de "todo requisito adicional eventual" (véase artículo 3, párr. 7), no se indica claramente hasta qué punto el régimen enunciado en la primera directiva es también aplicable a las funciones propias de órganos públicos. El recién adoptado régimen armónico de la contratación pública se refiere, a su vez, expresamente a la contratación electrónica "véase Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativo a la coordinación de los métodos seguidos para la adjudicación de contratos de obras públicas, de contratos de suministro de bienes a entidades públicas y de contratos de prestación de servicios públicos (*Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 134, 30 de abril de 2004, pág. 114), artículos 33, 36 3), 42, 54).

[9] Australia (*Electronic Transactions Act 1999*); Irlanda (*Electronic Commerce Act, 2000*); y Nueva Zelandia (*Electronic Transactions Act 2002*).

[10] India (*Information Technology Act, 2000, sect. 4-10*); Irlanda (*Electronic Commerce Act, 2000, sect. 12*); Mauricio (Ley de Operaciones Electrónicas 2000, sec. 40); Filipinas (Ley del Comercio Electrónico 2000, sec. 27 a 29); y Singapur (*Electronic Transactions Act 1998, sect. 47*).

especial para dicho sector[11]. Dichos regímenes especiales acostumbran a facultar a los órganos y entidades del sector público a definir toda peculiaridad de formato o de procedimiento que sea requerida para crear, mantener, emitir o archivar documentos electrónicos, y para decidir si debe exigirse una firma y el método utilizable para su creación, así como para imponer todo trámite o procedimiento de control que se estime adecuado para garantizar la integridad, seguridad y confidencialidad de un documento electrónico o de un pago efectuado por vía electrónica. Por último, algunos países -de los que no todos disponen de un régimen legal general del comercio electrónico[12]- han promulgado una normativa detallada para el empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública[13].

13. El Grupo de Trabajo tal vez juzgue, por ello, oportuno estudiar la posibilidad de que las cuestiones suscitadas por las comunicaciones electrónicas en el marco de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, tal vez obliguen a buscar soluciones que no se limiten a hacer remisión alguna de las disposiciones de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico o de la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas[14]. Se sugiere, por ello, que el Grupo de Trabajo tal vez prefiera no limitarse a insertar en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública disposiciones que estén inspiradas en textos preparados por la CNUDMI para el comercio electrónico, sino que opte por enmendar donde proceda dichos textos para hacerlos idóneos a las necesidades propias de la contratación pública.

III. Publicación por vía electrónica de información relativa a la contratación pública

14. En su sexto período de sesiones, se informó al Grupo de Trabajo que la publicación electrónica de información relativa a todo proceso de adjudicación previsto, o ya abierto, pondría dicha información al alcance de un mayor número de proveedores que su publicación tradicional sobre soporte de papel. El Grupo de

---

[11] República de Corea (Ley Marco sobre el Comercio Electrónico 1999, art. 27); Tailandia (Ley de Operaciones Electrónicas 2001, sec. 35); y Venezuela (*Decreto núm. 1024 de 10 de febrero de 2001 - Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas,* art. 3).

[12] P. ej. Brasil no dispone de un régimen legal general sobre el comercio electrónico ni sobre la validez jurídica de las comunicaciones electrónicas, pero ha promulgado ciertas reglas legales sobre las aplicaciones de la tecnología de la información en la contratación pública, tales como en la subasta inversa, o de puja regresiva, y en los catálogos electrónicos en *Lei núm. 10.520,* de 17 de julio de 2002 (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm) y el *Decreto núm. 3697,* de 21 de diciembre de 2000 (https://www.planalto.gov.br/ccvil_03/decreto/D3697.htm).

[13] En Filipinas, además del régimen legal general del comercio electrónico (Ley de Comercio Electrónico 2000), se han dictado ciertas reglas legales sobre el empleo de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública en la Ley de la República núm. 9184 (denominada Ley de Reforma de la Contratación Pública, disponible en http://www.procurementservice.net/English/AboutEPS/RepublicAct9184-GPRA.pdf) y su reglamento de aplicación (http://www.neda.gov.ph/references/Ras/Approved%201RR-A%20of%20R.A.%209184 (July%2011,%202003).pdf).

[14] Véase el texto de la Ley Modelo en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/56/17), anexo II. Se ha publicado la Ley Modelo con su Guía para la incorporación al derecho interno en publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V.8, y está disponible en forma electrónica en el sitio *web* de la CNUDMI (http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf).

Trabajo se mostró favorable a que la Ley Modelo fomentara la publicación por vía electrónica de toda información que el régimen actual de la Ley Modelo exigiera que fuera publicada por la entidad adjudicadora (A/CN.9/568, párr. 21).

15. Dada la finalidad de fomentar la adopción y la aplicación de la Ley Modelo, se convino en mantener la flexibilidad de su régimen, y en que el Grupo de Trabajo tratara de equilibrar todo nuevo texto insertado en la Ley Modelo, en donde se trataría de resolver las cuestiones suscitadas, abordándolas desde la perspectiva de los principios y criterios normativos aplicables, con todo texto que se insertara en la Guía para su incorporación al derecho interno, en donde se tratarían esas mismas cuestiones en mayor detalle. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo estimó que la Ley Modelo debía limitarse a enunciar los principios rectores apropiados, mientras que la Guía para su incorporación al derecho interno impartiría toda orientación adicional que se estimara oportuna (A/CN.9/568, párr. 24).

16. El Grupo de Trabajo tomó nota de que una cuestión importante sería la de determinar si cabría declarar la publicación electrónica obligatoria o si había de ser opcional, es decir, si había de hacerse únicamente por medios electrónicos, o por medios electrónicos como complemento de otros medios adicionales sobre soporte de papel. Prevaleció claramente el parecer de que debería permitirse la publicación electrónica, pero con carácter opcional, a fin de preservar el principio de la flexibilidad y de dar margen para toda práctica actualmente seguida en cada Estado (A/CN.9/568, párrs. 25 y 26). El Grupo de Trabajo adoptó el parecer de que el recurso a la vía electrónica debería seguir siendo opcional en el marco de la Ley Modelo. No obstante, el Grupo de Trabajo convino en que la Guía para su incorporación al derecho interno podría impartir criterios que ayudaran al legislador en orden al establecimiento de umbrales de madurez tecnológica o de accesibilidad al mercado a partir de los cuales cabría hacer obligatorio el recurso a la publicación electrónica de la información (A/CN.9/568, párr. 27).

A. Noción de “electrónico” y otros términos conexos

17. Por tratarse de una cuestión de procedimiento, diversas disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se refieren a diversos tipos de comunicaciones intercambiables entre una entidad adjudicadora y sus proveedores, así como a las medidas que dichos interesados tal vez hayan de adoptar en el curso de un proceso de adjudicación y a la forma en que dichas medidas deberán ser adoptadas[15]. Pese a que en la mayoría de los casos el lenguaje utilizado no está vinculado a ningún medio de comunicación en particular, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si sería útil hacer, en donde proceda, alguna referencia por la que se faculte expresamente el empleo de la “vía electrónica”.

---

[15] Por ejemplo “aceptar”, “dirigir a”, “preguntar”, “aprobar”, “notificar”, “requerir”, “comunicar”, “solicitar”, “dar la oportunidad”, “declarar”, “dar”, “decidir”, “denegar”, “anotar”, “obtener”, “modificar”, “publicar adición/decisión”, “invitar”, “informar”, “abrir un procedimiento”, “expedir”, “disponer”, “devolver”, (oferta tardía), “recibir”, “confirmar”, “contratar”, “retirar”, “poner término a”, “transmitir”, “buscar”, “permitir”, “otorgar”, “recomendar”, “desestimar”, “impugnar”, “revisar”, “ordenar”, “participar”, “proveer”, “poner a disposición de”, “revelar”, “instituir ... acción”, “certificar”, “prontamente”. Como términos adicionales cabe citar las nociones de “documentos”, “prueba documental”.

18. Para dicho fin, tal vez sea necesario precisar, en la Ley Modelo, que se entiende por el término "electrónico" referido a la forma de las comunicaciones. Esa definición es importante por utilizarse comúnmente el término "electrónico" para referirse a cualquier clase de información que no esté consignada sobre un soporte tangible, mientras que en su sentido estricto dicho término designa un tipo determinado de tecnología (es decir, una tecnología basada en el aprovechamiento de impulsos eléctricos). Por ejemplo, la digitalización de imágenes, o su grabación en forma digital, está comúnmente considerada como una técnica "electrónica", aun cuando se vale del almacenamiento óptico, que no es una técnica propiamente "electrónica".

19. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico no define el término "electrónico". En el régimen de la Ley Modelo, centrado en la validez jurídica de la "información", esta definición no era necesaria, y estaba en cierto modo incorporada a la noción de "mensaje de datos". De hecho, el apartado a) del artículo 2 de la Ley Modelo define el término "mensaje de datos" como "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". La noción de "mensaje de datos"dada en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, conforme se indica en el párrafo 30 de su Guía para la incorporación al derecho interno, no está limitada a la comunicación de datos sino que abarca también la documentación informática creada para fines distintos de la comunicación, como pudiera ser su archivo.

20. Se sugiere que, pese a que la noción de "mensaje de datos", utilizada en el contexto general de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, facilita una indicación valiosa sobre cuáles son las técnicas que deben ser reguladas por toda disposición destinada a fomentar el empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, esa noción tal vez no resulte directamente aplicable al contexto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Más bien, tal vez sea preferible insertar una definición general del término "electrónico" que sirva para describir tanto el soporte utilizado para dejar constancia de la información (p. ej., un "documento electrónico") como el medio utilizado para transmitir la información (p. ej., su "publicación por medios electrónicos").

21. Otro elemento importante que habrá de considerarse es la noción de "escrito" o "documento". La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico no define esos términos, dado que se vale del significado habitual que se les da en otros sectores jurídicos. En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico no se estimó necesario dar una definición de "escrito" o "documento" por no enunciarse en su régimen ningún requisito de forma aplicable a una u otra noción[16]. En algunos países, la ley ha previsto autorizar el empleo de las comunicaciones electrónicas en todo supuesto en el que se exija un documento escrito[17]. Ahora bien,

---

[16] La Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico reconoce, no obstante, que cabría insertar una definición de "documento" que recoja los rasgos distintivos de "escrito" en el artículo 6 en todo país que lo estime oportuno (*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. 30).

[17] En Lituania, el párrafo 16 del artículo 2 de la Ley de la contratación pública núm. IX-1217, de 3 de diciembre de 2002, que autoriza el empleo de la vía electrónica en la contratación pública,

dado que en diversas disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se imponen ciertos requisitos de forma y dado que la entidad adjudicadora pudiera no estar siempre facultada para aceptar equivalentes electrónicos de algunos o de todos esos requisitos, tal vez sea importante mantener en el marco de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública una distinción entre "documentos consignados sobre papel" o "comunicaciones sobre soporte de papel" y sus equivalentes electrónicos.

22. A reserva de toda definición o aclaración adicional que sea necesaria, a la luz de lo dicho en el Grupo de Trabajo, tal vez el Grupo de Trabajo desee insertar en el artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública toda definición adicional que estime necesaria. El texto sugerido puede verse en la adición de la presente nota publicada bajo la signatura A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2.

B. Publicación de toda norma legal o reglamentaria aplicable a la contratación pública

23. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó: a) la publicación electrónica de los textos de carácter jurídico mencionados en el artículo 5 de la Ley Modelo; y b) la conveniencia de regular en la Ley Modelo la publicación de toda información adicional no prevista por el artículo 5, tales como sobre directrices o políticas de ámbito nacional.

1. Publicación electrónica de los textos normativos de los que se habla en el artículo 5 de la Ley Modelo

24. El artículo 5 de la Ley Modelo enuncia un principio general sobre la disponibilidad para el público de la norma legal y del reglamento aplicables a la contratación pública, así como de "todas las decisiones y directrices administrativas de aplicación general referentes a contratos cuya adjudicación se rija por la presente Ley" disponiendo que esos textos "serán puestos sin demora a disposición del público y sistemáticamente actualizados". En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo tomó nota de que esta disposición estaba formulada en términos lo bastante latos para ser aplicables a la publicación por cualquier medio -sobre soporte electrónico o de papel- dado que abordaba al cuestión desde la perspectiva de la accesibilidad de la información (A/CN.9/568, párr. 22).

25. No obstante, tal vez convenga indicar claramente en la Ley Modelo que la difusión de esos datos podrá hacerse por vía electrónica. De conformidad con el deseo del Grupo de Trabajo de que se permita, pero no se imponga, la publicación por vía electrónica y de que la vía electrónica no sustituya en general su publicación por otros medios, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si cabría enmendar el artículo 5 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública para hacer mención en su texto de la difusión simultánea eventual de esa información por vía electrónica

---

ha introducido una definición de "escrito" que abarca toda información que esté archivada o sea transmitida por medios electrónicos. Cabe encontrar una disposición similar en el artículo 3 de la Ley de la contratación pública de la República de Montenegro (*Gaceta Oficial de Montenegro*, núm. 40/2001). La Secretaría dispone de una traducción al inglés de una y otra ley.

(en la adición de la presente nota publicada en A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 pueden verse ciertos proyectos de enmienda al respecto).

26. En algunos países se está recurriendo cada vez más a la publicación por vía electrónica de leyes, reglamentos y textos conexos de interés general[18]. Es ya habitual publicar leyes, reglamentos y en ocasiones decisiones jurisprudenciales, así como toda información conexa de interés general, en bases de datos ubicadas en Internet. Ahora bien, el grado de difusión de esa información, así como la calidad, el acceso y la cuantía de la información publicada varía mucho de un país a otro. En la mayoría de los casos, cabe acceder gratuitamente a toda la información disponible, mientras que en otros países sólo se otorga acceso a los suscriptores de un proveedor de servicios[19]. La tecnología utilizada no es siempre la misma: si bien en la mayoría de los casos las entidades públicas se valen de Internet, algunos países recurren a otro tipo de redes[20].

27. En vista de lo anteriormente dicho, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar el empleo de un término genérico no expresamente vinculado a ninguna tecnología o dispositivo en particular, tal como "sistema de información electrónico accesible al público", que sería aplicable a diversos dispositivos como pudiera ser un sitio ubicado en Intranet o en Internet o en alguna base de datos electrónica interna pero accesible al público. La expresión propuesta tendría además la ventaja de valerse de la terminología utilizada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, que está ya incorporada a la legislación de aquellos países que han adoptado el régimen de la Ley Modelo. En el artículo 2 f) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, el término "sistema de información" está definido como "todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos"[21]. En la adición a la presente nota que figura bajo la signatura A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 puede verse un proyecto de definición al respecto. Cabe también que el Grupo de Trabajo prefiera que, en vez de definir este término, se explique su contenido en la Guía para su incorporación al derecho interno.

28. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar también si debe impartirse orientación en la Guía para la incorporación al derecho interno sobre la validez que cabe otorgar a la versión en forma electrónica de textos de rango legal o reglamentario. Las modalidades de publicación electrónica actuales no garantizan aún un acceso universal a dicha fuente. Como se observó anteriormente, la imposición de una suscripción puede también dificultar el acceso a la información. Además, incluso en algunos países tecnológicamente avanzados, las bases de datos

---

[18] Cabe encontrar un juego completo de enlaces informáticos a gacetas oficiales de todo el mundo, actualmente en línea, en http://www.lib.umich.edu/govdocs/gazettes/. Búsquense en http://forum.europa.eu.int/irc/opoce/ojf/info/data/prod/html/gazl.htm los enlaces electrónicos a los sitios *web* oficiales de países europeos.

[19] Por ejemplo Sudáfrica (htpp:// origin.sundayobserver.lk/2001/pix/gov_gazette.html).

[20] P. ej. Sri Lanka (http://origin.sundayobserver.lk/2001/pix/gov_gazette.html) y Tailandia (http://library2.tu.ac.th/gazette/index.html).

[21] La Guía para su incorporación al derecho interno explica que, según sea el caso, un sistema de información puede referirse a "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).

no son siempre completas y su alcance tal vez esté limitado a un reducido número de años. Las entidades que regentan esas bases de datos escudan a menudo su responsabilidad alegando que el texto publicado en forma electrónica, especialmente si no se trata de un facsímil del texto impreso original, no está autenticado[22]. La publicación electrónica de textos legales o reglamentarios suele hacerse para fines meramente informativos, aun cuando se esté estudiando en algunos países la posibilidad de declarar la publicación en forma electrónica de esos textos como un equivalente jurídicamente válido de su publicación impresa sobre papel[23].

2. Información adicional que deba publicarse

29. Respecto del alcance de la información que deba publicarse, el Grupo de Trabajo tomó nota de que debería considerar la conveniencia de formular una nueva disposición o de impartir orientación sobre si procede publicar información adicional de interés para los proveedores eventuales que el texto actual de la Ley Modelo no exija que sea publicada, como pudiera ser alguna política interna que pudiera afectarles o alguna directriz que ya se conozca sobre el curso que se ha de dar al proceso de adjudicación (véase A/CN.9/568, párr.28).

30. Habida cuenta de que toda información adicional que hubiera de publicarse sería de carácter sustantivo, es decir, referente al contrato adjudicable y no concerniente a la vía electrónica utilizada para su publicación, la Secretaría está estudiando la práctica actual interna en materia de contratación y dará cuenta, en su momento, al Grupo de Trabajo de los resultados de esta investigación. Se prevé, no obstante, que no será necesario insertar en la Ley Modelo ninguna disposición por la que se prevea expresamente la publicación por vía electrónica (como distinta de otras formas de publicación) de esa información adicional, ya que bastaría, a juicio de la Secretaría, con insertar alguna referencia al respecto en el texto actual del artículo 5 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, una vez que el Grupo de Trabajo se haya pronunciado sobre la índole de toda información adicional que estime que deba publicarse.

C. Anuncio de los contratos adjudicables

31. Dado que se recurre en muy diverso grado a la vía electrónica para difundir información concerniente a la contratación pública, tal vez sea conveniente que el Grupo de Trabajo distinga entre dos categorías de información al respecto, a saber: a) la información de carácter general ya disponible acerca de los contratos próximamente adjudicables, por una parte, y b) la invitación a participar en un determinado proceso de adjudicación, por otra.

---

[22] La página *web* de la gaceta portuguesa (*Diário da República-DRE*) dice, por ejemplo, que "la lectura de un texto en la base de datos del DRE no equivale a la lectura del texto original reproducido en dicha base" (http://dre.pt/).

[23] En la India, por ejemplo, la Ley de Tecnología de la Información, 2000, dispone en su sección 8 que respecto de "toda norma legal que disponga que una regla, reglamento, orden, decreto, notificación o todo otros texto de alcance jurídico debe ser publicado en la Gaceta Oficial, cabrá dar dicho requisito por cumplido si esa regla, reglamento, orden, decreto, notificación u otro texto ha sido publicado en la Gaceta Oficial o en la Gaceta Electrónica".

32. La razón de ser de esta distinción radica en que la información descrita en el anterior apartado a) es de índole típicamente no vinculante y tiene por cometido facilitar la planificación adecuada de la contratación pública o dar margen para que los proveedores preparen por adelantado su participación en algún proceso próximo de adjudicación de un contrato. En la Ley Modelo no se exige actualmente la publicación de ese tipo de información. Las invitaciones o convocatorias a participar en un proceso de adjudicación, mencionadas en el apartado b), difieren notablemente de la información general disponible acerca de los próximos contratos adjudicables al servir dichas convocatorias de punto de partida para la apertura de un proceso de adjudicación que dará lugar a derechos y obligaciones mutuamente exigibles entre la entidad adjudicadora y sus proveedores eventuales. Cabe constatar, no obstante, que en la práctica no se suele distinguir entre estas dos categorías de información ni en la normativa legal aplicable ni en las recomendaciones de las organizaciones internacionales sobre la publicación por vía electrónica de los contratos adjudicables.

1. Información general sobre contratos próximamente adjudicables

33. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo tomó nota de que el artículo 24 de la Ley Modelo se ocupa de la publicación de las convocatorias a participar en el proceso de adjudicación de determinado contrato, por medio de una convocatoria a licitación o a precalificación, pero no hay disposición equivalente alguna en la Ley Modelo concerniente a las etapas previas a la contratación, por la que se prescriba, por ejemplo, la distribución de información general acerca de los contratos próximamente adjudicables (A/CN.9/568, párr. 28).

34. En varios países es frecuente que se distribuya por adelantado información acerca de los proyectos próximamente adjudicables por diversas entidades o información general acerca de los contratos adjudicables por determinadas entidades adjudicadoras. Es normal que una entidad adjudicadora publique periódicamente (por ejemplo una vez al año) información general sobre sus previsiones en materia de contratación para determinado período, sin comprometerse en modo alguno a adjudicar efectivamente contratos para el suministro de los bienes o servicios indicados. Esta información se está difundiendo cada vez más por vía electrónica, encontrándose a veces en el sitio *web* de determinadas entidades adjudicadoras, o en alguna fuente electrónica centralizada que distribuya información sobre un gran número de entidades adjudicadoras.

35. La Unión Europea opera un sistema de traducción y publicación centralizado para sus Estados miembros, que debe utilizarse para todo contrato que sea objeto de reglamentación, publicándose el anuncio en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, disponible únicamente en forma electrónica (en Internet o en CD-ROM). Ahora bien, toda entidad adjudicadora puede publicar avisos adicionales en otras publicaciones, como suele hacerse frecuentemente (a menudo en forma impresa o en alguna otra fuente electrónica). El régimen actual de la Unión Europea[24] exige que

[24] Con arreglo al artículo 35 de la Directiva 2004/18/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 (*Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 134, 30 de abril de 2004, pág. 114), que deberá ser aplicada por los Estados miembros de la Unión Europea hasta el 31 de enero de 2006, toda notificación por adelantado de algún contrato adjudicable cuyo valor sea igual o superior a un umbral previamente señalado, podrá seguir siendo publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, pero esa publicación será únicamente obligatoria si la entidad

toda entidad adjudicadora publique un anuncio general de todo contrato adjudicable para la compra de determinados productos o para la prestación de ciertos servicios cuyo valor exceda de un umbral prescrito (es decir, por un valor igual o superior a 750.000 Euros), debiéndose dar además aviso previo de todo importante proyecto de obras[25].

36. El Acuerdo sobre la Contratación Pública, negociado en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC)[26], y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte[27] enumeran para cada Estado las publicaciones en las que deberá anunciar sus contratos, sin imponer requisito alguno ni enunciar ningún principio general sobre el medio por el que deba publicarse el anuncio.

37. Los principios sobre la contratación pública del Programa de acción para la cooperación económica (APEC), de carácter no vinculante, sugieren que la información relativa al contrato adjudicable debe ser ofrecida a través de un medio de acceso fácil y económico, o incluso gratuito, y mencionan a la Internet como un ejemplo del medio utilizable[28]. Se sugiere, por ello, que la publicación de la información relativa a la contratación pública a través de Internet puede ser una forma de cumplir con el principio de la no discriminación, preconizado por el Grupo, dado que permite poner la información instantáneamente al alcance de todo proveedor interesado[29].

---

adjudicadora ha elegido la opción de abreviar el plazo para la recepción de ofertas señalado en el artículo 38 4) de la Directiva.

[25] Esa notificación por adelantado no entraña compromiso alguno de adjudicar un contrato por la suma estimativa indicada. En Alemania § 17a del *Bekanntmachung der Neufassung der Verdingungsordnung für Leistungen* de 17 de septiembre de 2002 aclara que la finalidad de dicho requisito es la siguiente: "las entidades adjudicadoras deberán publicar lo antes posible, a partir del comienzo del año fiscal pertinente, anuncios no vinculantes en los que informen sobre todo contrato que se tenga previsto adjudicar durante los 12 meses siguientes, y cuyo valor individual ascienda, al menos, a 750.000 Euros" (*Bundesanzeiger* núm. 216a, 20 de noviembre de 2002).

[26] Texto disponible en http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_e.pdf. Al prepararse el presente documento (diciembre de 2004), los siguientes países eran partes en el Acuerdo sobre Contratación Pública: Canadá, las Comunidades Europeas (incluyendo sus 25 Estados miembros: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, la República Checa, República Eslovaca, Suecia), Corea, Estados Unidos, Hong Kong región autónoma especial de China, Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, Noruega, Países Bajos respecto de Aruba, Singapur y Suiza. Según información facilitada por la OMC, algunos países están negociando su adhesión al Acuerdo sobre Contratación Pública, mientras que otros y algunas organizaciones intergubernamentales participan a título de observadores (véase http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm).

[27] Texto disponible en http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_e.aspx?DetailID=78. Son partes en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el Canadá, los Estados Unidos y México.

[28] Grupo de expertos sobre contratación pública del Programa de acción para la cooperación económica (APEC), Principios no vinculantes sobre la contratación pública, párrafos 3 y 7 (disponible en http://www.apecsec.org.sg/content/apec/apec_groups/committees/committee_on_trade/government_procurement.downloadlinks.0001.LinkURL.Download.ver5.1.9).

[29] Ibíd., párrafo 72.

38. La publicación por adelantado de información respecto de proyectos próximamente adjudicables, así como de información general relativa a todo contrato adjudicable, no es una práctica exclusiva de entidades adjudicadoras cuya contratación se rija por algún régimen regional o multilateral. Tampoco es una práctica exclusiva de países desarrollados. Ciertos países en desarrollo están recurriendo cada vez más a la publicación electrónica de información relativa a la adjudicación de contratos. En algunos casos, esa información se encuentra en el sitio *web* de la entidad adjudicadora, mientras que en otros cabe encontrarla consultando alguna fuente o distribuidora electrónica centralizada de información[30].

39. Los servicios ofrecidos por las distribuidoras electrónicas de información varían notablemente de unas a otras. Algunos países ofrecen únicamente resúmenes, mientras que otros ofrecen sitios de consulta *web* con enlaces especiales para acceder a fuentes de información sobre contratos adjudicables[31].

40. Si el Grupo de Trabajo decide que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública debe fomentar la publicación de información concerniente a contratos próximamente adjudicables, procedería examinar las siguientes cuestiones:

a) Si la publicación de esos anuncios debe ser obligatoria u opcional;

b) Si debe establecerse algún umbral mínimo que haga obligatoria la publicación de información sobre contratos próximamente adjudicables;

c) Si debe prescribirse, o únicamente recomendarse, la publicación por vía electrónica de esos anuncios.

41. En una adición de la presente nota (documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2) se presenta un proyecto de disposición adicional para la Ley Modelo que ofrece diversas opciones para resolver estas cuestiones.

2. Convocatorias a participar en la adjudicación de algún contrato

42. En la práctica interna, la medida en que una entidad adjudicadora podrá valerse de la vía electrónica, para anunciar su intención de adjudicar un contrato para el suministro de ciertos bienes o servicios que satisfagan determinada necesidad, dependerá del grado de utilización de la informática en la contratación pública del país (este tema se examina más en detalle en la adición de la presente nota que figura en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1 al examinarse la utilización de la vía electrónica en el proceso de adjudicación).

---

[30] En Filipinas, por ejemplo, la Ley de la República núm. 9184 dispone, en su Sección 8, que "se dispondrá de un único portal que deberá servir como fuente primaria de información sobre toda la contratación pública" (disponible en: http://www.procurementservice.net/English/AboutEPS/RepublicAct9184-GPRA.pdf). La Ley de la República núm. 9184 y la sección 8.2.1 de su reglamento de aplicación (disponibles en http://www.neda.gov.ph/references/RAs/Approved%20IRR-A%20of%20R.A.%209184(July%2011,%202003).pdf) disponen además que el sistema de contratación pública por vía electrónica ("G-EPS") previsto por la mencionada ley dispondrá de "un tablero de anuncios electrónico centralizado para anunciar los contratos adjudicables, todo aviso al respecto, las adjudicaciones de contratos y su motivación. Toda entidad adjudicadora está obligada a anunciar sus contratos adjudicables, los resultados de la contratación y toda información conexa en el tablero G-EPS".

[31] Por ejemplo, los Estados Unidos (http://www.gpoaccess.gov/about/services.html).

43. La Ley Modelo trata de la publicación de las convocatorias a participar en la adjudicación de determinado contrato: respecto del proceso de licitación, en su artículo 24 sobre procedimientos de convocatoria a licitación o a precalificación; respecto del método principal para la contratación de servicios, en su artículo 37.1 y 2 sobre el anuncio en el que se solicita la presentación de propuestas; y respecto de los otros métodos de contratación, los artículos 46.1 (licitación en dos etapas), 47.2 (licitación restringida) y 48.2 (solicitud de propuestas).

44. En su sexto período de sesiones el Grupo de Trabajo tomó nota de que el lenguaje del artículo 24 de la Ley Modelo daba por supuesto de que la publicación de esas convocatorias se haría sobre un soporte de papel. Consciente de la ventaja potencial de difundir esa información por vía electrónica, el Grupo de Trabajo convino en considerar toda propuesta que se presentara para revisar el lenguaje de ese artículo a fin de eliminar todo obstáculo a la publicación por vía electrónica de la información mencionada en su texto (A/CN.9/568, párr. 23). La Secretaría entiende que lo acordado por el Grupo de Trabajo respecto del artículo 24 será aplicable, con toda modificación que sea del caso, a los demás artículos de la Ley Modelo que se mencionaron en el anterior párrafo 43.

45. Dada la estrecha conexión entre la forma o la vía por la que se expidan las invitaciones o convocatorias a participar en un proceso de adjudicación y la vía utilizable durante el proceso de contratación, así como el hecho de que la forma de las convocatorias, particularmente en lo relativo a los destinatarios, guarda una estrecha relación con el método que se vaya a seguir para la adjudicación, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar esta cuestión así como toda enmienda eventual del artículo 24 o de otros artículos pertinentes de la Ley Modelo en función de lo que se decida respecto de la utilización de la vía electrónica en el curso del proceso de adjudicación (véase A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.1).

D. Anuncio público de la adjudicación de un contrato y otra información

46. El artículo 14 de la Ley Modelo exige que la entidad adjudicadora anuncie la adjudicación de todo contrato cuyo valor exceda del umbral establecido por el Estado promulgante, pudiéndose prever además, en la reglamentación oportuna, la manera en que deba efectuarse el anuncio. El lenguaje de este artículo parece lo bastante lato para ser aplicable a todo anuncio que se publique por vía electrónica o por alguna otra vía. No obstante, con miras a fomentar la publicación por vía electrónica de la adjudicación del contrato, por estimarse que dicha vía dotara de mayor transparencia al proceso, el Grupo de Trabajo tal vez juzgue oportuno mencionar expresamente la vía electrónica en el artículo 14 de la Ley Modelo, en sentido análogo a lo sugerido respecto del artículo 5 (véase *supra*, párrafos 24 a 28). En la adición a la presente nota que figura en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 pueden verse los proyectos de enmienda propuestos al artículo 14 de la Ley Modelo.

47. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si debe insertarse en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública alguna disposición por la que se prevea explícitamente la publicación por vía electrónica de alguna otra categoría de datos cuya publicación por el Estado promulgante no esté actualmente prevista en la Ley Modelo (como pudiera ser información sobre el estado actual de algún proceso de adjudicación ya abierto), o si debe dejarse que sea la Guía para su incorporación al derecho interno la que mencione la conveniencia de publicar esa información.

A/CN.9/WG.I/WP.34 y Add.1

Nota de la Secretaría sobre las posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: Cuestiones derivadas de la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su séptimo período de sesiones

ADICIÓN

[Los capítulos I a III se han publicado en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34]

ÍNDICE

		Párrafos
IV.	Utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de la contratación pública	1-58
A.	Observaciones generales: etapas de la utilización de la vía electrónica en el proceso de contratación pública	3-7
B.	Publicación por vía electrónica de la convocatoria a participar en una contratación pública concreta	8-17
C.	Suministro por vía electrónica del pliego de condiciones o la convocatoria a precalificación y de las solicitudes de propuestas o cotizaciones	18-21
D.	Presentación por vía electrónica de ofertas, propuestas y cotizaciones	22-37
E.	Forma de otras comunicaciones durante el proceso de contratación	38-43
F.	Valor jurídico de los documentos electrónicos utilizados en el proceso de contratación pública, o derivados de éste	44-58

IV. Utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de la contratación pública

1. En su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004), el Grupo de Trabajo señaló que las principales cuestiones normativas con respecto a la utilización de métodos electrónicos de comunicación que se planteaban en el contexto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de

Bienes, Obras y Servicios ("la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública" o "la Ley Modelo")[1] eran las siguientes:

a) Si el régimen de la contratación pública debería permitir o exigir a las entidades adjudicadoras que utilizaran la vía electrónica de común acuerdo con los proveedores, o si debería prever que cada una de las partes pudiera exigir de la otra que se emplearan las comunicaciones electrónicas; y

b) Si se debería imponer condiciones para la utilización de la vía electrónica a fin de salvaguardar los objetivos del régimen de la contratación pública, a fin de impedir que los medios electrónicos elegidos dificultaran el acceso a la información o supusieran un peligro para la confidencialidad, la autenticidad y la seguridad de las operaciones, o para la integridad de los datos (A/CN.9/568, párr. 30).

2. En cuanto a la medida en que podrían exigirse o hacerse obligatorias las comunicaciones electrónicas (inclusive la presentación de ofertas por vía electrónica), se había informado al Grupo de Trabajo de que en la práctica de varios países las entidades adjudicadoras estaban autorizadas a exigir a los licitantes que utilizaran la vía electrónica en el proceso de contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.31, párr. 55). En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en general en la conveniencia de regular la cuestión con un criterio flexible. En el Grupo de Trabajo hubo amplio acuerdo en el sentido de que no debería permitirse a los proveedores que impusieran a la entidad adjudicadora un determinado medio de comunicaciones. No obstante, en lo referente al derecho de la entidad adjudicadora a requerir que las comunicaciones se efectuaran por vía electrónica, se estimó en general que no sería oportuno una regla que previera esa posibilidad en todos los casos y circunstancias (A/CN.9/568, párr. 33). Se convino en general en que sería útil formular disposiciones que permitieran expresamente y, en las circunstancias adecuadas, promovieran la utilización de las comunicaciones electrónicas, tal vez con la salvedad de que se evitara, en general, que la vía de comunicación impuesta por la entidad adjudicadora limitara indebidamente el acceso al proceso de contratación. En la Guía para la incorporación al derecho interno convendría agregar orientaciones y explicaciones sobre las diversas opciones relativas a los tipos de medios de comunicación disponibles y a las medidas de control que pudieran resultar necesarias (A/CN.9/568, párr. 39).

A. Observaciones generales: etapas de la utilización de la vía electrónica en el proceso de contratación pública

3. Al examinar el grado apropiado de orientación que debería darse, tal vez el Grupo de Trabajo desee tener en cuenta las diversas etapas de la utilización, en la práctica actual, de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública. En los recientes estudios sobre la utilización de aplicaciones electrónicas en

---

[1] Para el texto de la Ley Modelo, véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), anexo I (publicado también en Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Anuario* (llamado en adelante "*Anuario de la CNUDMI*"), vol. XXV:1994 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.95.V.20), tercera parte, anexo I; puede consultarse en http://www.uncitral.org/english/texts/procurem/ml-procure.htm).

ese proceso se hace en general una distinción entre dos sistemas: las licitaciones electrónicas y los sistemas de compras por vía electrónica[2].

4. Los "sistemas electrónicos de licitación" se definen como sistemas desarrollados para respaldar los "procesos de licitación pública cuidadosamente regulados, que se basan en documentos de licitación y especificaciones técnicas detallados"[3]. Se afirma que los sistemas electrónicos de licitación son especialmente adecuados para la contratación pública "de grandes obras públicas, de instalaciones de producción tales como una central hidroeléctrica, de capacidades de rendimiento como los grandes sistemas informáticos, o de servicios sumamente especializados como los de diseño y gestión de redes privadas virtuales de comunicación. Todas estas operaciones de contratación pública comportan un gran volumen de documentación y exigen una evaluación detenida de los aspectos relativos a la calidad, contratos a la medida o ajustados a determinadas especificaciones, y servicios de amplio alcance"[4]. Los sistemas electrónicos de licitación pueden desempeñar diversos tipos de funciones de apoyo para la realización del proceso de contratación pública, inclusive asistencia para la preparación de la documentación de licitación mediante plantillas de documentos; publicación electrónica; control del acceso y protección de los documentos originales; capacidad para hacer estudios de mercado; automatización de todas las tareas que entraña el proceso de licitación, desde la preparación y aprobación de los pliegos de condiciones, hasta la aceptación práctica de los bienes o servicios que se adquieran; el apoyo a los procesos que no se desarrollan en línea, como la precalificación de los licitantes, y la evaluación de las ofertas[5]. Según la medida en que se utilice la tecnología de la información de un país, los sistemas podrán pasar por las siguientes etapas:

a) Primera etapa: En esta etapa, la utilización de las comunicaciones electrónicas se limita básicamente a publicar las convocatorias a licitación por vía electrónica, como, por ejemplo, a través de sitios de la *web* en Internet. Ese sistema no es muy complejo desde el punto de vista tecnológico y solo requiere una modificación legislativa mínima o nula;

b) Segunda etapa: En esta etapa se ponen a disposición por vía electrónica las convocatorias a precalificación y los pliegos de condiciones de las ofertas, que los proveedores pueden descargar desde el sitio en la *web* indicado o se transmiten, previa solicitud, por correo electrónico. Además se pueden llevar a cabo otras actividades por vía electrónica, como la inscripción en línea de los proveedores y

---

[2] Véase Eduardo Talero, *Electronic Government Procurement: Concepts and Country Experiences* (Contratación pública por vía electrónica: conceptos y experiencias de los países), World Bank Discussion Paper (septiembre de 2001), párrafos 30 a 40 (puede consultarse en http://wbln0018.worldbank.org/OCS/egovforum.nsf/c3c9b2819079a45d852569bc007722a0/5596442988cccfd85256af5006af56a/$FILE/ATTUQ5LL/egpdiscpaperdraft16.pdf).Véase también Elaine Curran, Andrea Bernet y Anke Wiegand, *Electronic Procurement in the Public Sector: Factsheet on Latest Developments in E-procurement in the EU and its Member States* (puede consultarse en http://www.eic.ie/downloads/e_procurement.pdf). Los resultados de ese estudio han sido confirmados por los ejemplos de la práctica actual en varios países europeos (véase http://europa.eu.int/ida/en/chapter/197).

[3] Talero, ibíd., párrafo 31.

[4] Talero, ibíd.

[5] Talero, ibíd., párrafo 33.

contratistas y los anuncios a través del correo electrónico, de próximas oportunidades comerciales, sobre la base de los perfiles de proveedores;

c) Tercera etapa: Esta etapa comporta la conversión a un procesamiento electrónico completo y exige una tecnología, una capacidad operativa y una infraestructura jurídica y reguladora considerablemente más complejas. En esta etapa, todos los trámites previos a la licitación se realizan por medios electrónicos: la convocatoria a participar en la contratación pública, la inscripción, el suministro del pliego de condiciones, las aclaraciones, o la modificación del proceso o la sustancia de la contratación pública. Además, pueden hacerse por vía electrónica la presentación de las ofertas, la apertura de ellas, el registro de las minutas de la sesión de la presentación de ofertas, el registro en que consta la decisión relativa a la adjudicación, la recepción y registro de quejas, y la notificación de las decisiones relativas a éstas;

d) Cuarta etapa: la cuarta y última etapa comporta, además de las capacidades enunciadas en la tercera, unas funciones altamente especializadas de apoyo y supervisión, inclusive las relativas a la liquidación de las operaciones efectuadas a través de la plataforma de contratación; los servicios avanzados de agregación de la demanda (mediante los cuales el operador de la plataforma de contratación determina las posibilidades de agregación de la demanda del sector público en lo tocante a ciertos bienes o servicios, y las subastas electrónicas en mercados activos destinadas a lograr las economías de escala conexas); o los servicios avanzados de apoyo a los compradores (con ayuda de los cuales el operador de la plataforma de adquisiciones elabora perfiles de contratación pública de los distintos organismos gubernamentales, sobre todo en el caso de adquisiciones recurrentes, y proporciona estudios de mercado y servicios de operaciones a la medida que permiten aumentar la eficiencia y economía de esas adquisiciones)[6].

5. Los “sistemas electrónicos de adquisiciones” -que pueden incluir catálogos electrónicos, subastas electrónicas inversas o de puja o precio descendente y “adquisiciones dinámicas”- están a su vez orientados sobre todo hacia la compra de productos estandarizados, bien artículos concretos o lotes, o de servicios claramente definidos. Sus características distintivas son las siguientes:

a) Comportan el equivalente electrónico jurídico de un mercado físico en el que las mercancías se muestran en forma figurada (catálogo electrónico) y los compradores y vendedores se reúnen conforme a procedimiento aplicados por el operador del mercado;

b) Proporcionan medios para hacer comparaciones, así como mecanismos electrónicos de fijación de precios, pero no servicios para la formación de contratos, ya que las condiciones de éstos se suelen establecer de antemano[7].

---

[6] Talero, ibíd., párrafo 106.
[7] Talero, ibíd., párrafo 35.

6. Se sugiere que la flexibilidad prevista por el Grupo de Trabajo en su labor (véase el párrafo 2 *supra*) se promoverá mejor teniendo presente no solo que los Estados puedan estar en distintas etapas en lo concerniente a la utilización de las comunicaciones electrónicas, sino también que, incluso dentro de los mismos Estados, diversas entidades adjudicadoras pueden no tener el mismo nivel de competencia en cuanto a la utilización de la tecnología de la información en el proceso de contratación. También conviene tener en cuenta que, en todo caso, esta situación puede cambiar rápidamente a medida que se adquiera más experiencia y que la tecnología se utilice más ampliamente, lo cual es una de las razones de que el Grupo de Trabajo quiera aplicar un enfoque flexible a la utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación. Al mismo tiempo, sin embargo, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que haya un equilibrio adecuado entre el interés por preservar la flexibilidad y el asesoramiento que tal vez necesiten los Estados para lograr progresos en cuanto a la modernización de sus procesos de contratación pública. Un criterio demasiado cauteloso que no previera la prestación de asesoramiento concreto sobre las medidas necesarias para eliminar los posibles obstáculos jurídicos al empleo de las comunicaciones electrónicas podría ser de por sí contrario al objetivo de flexibilidad, ya que no respaldaría los esfuerzos de los Estados que desearan ampliar la utilización de la vía electrónica en el proceso de contratación pública.

7. En las secciones siguientes se abordan las cuestiones ligadas a la utilización de las comunicaciones electrónicas que pueden surgir en el contexto de cualquiera de las tres primeras etapas de los "sistemas electrónicos de licitación", tal como se describen más arriba (véase el párrafo 4 *supra*). Las cuestiones jurídicas relacionadas con la cuarta etapa de un sistema electrónico de licitación (véase el párrafo 4 d) *supra*), caen en su mayoría fuera del ámbito de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, ya que se refieren a la planificación de las adquisiciones y la gestión de los contratos. Los problemas ligados a la utilización de las subastas electrónicas inversas o de puja descendente, como ejemplo de los "sistemas electrónicos de adquisiciones", se examinan en una nota separada (A/CN.9/WG.I/WP.35).

B. Publicación por vía electrónica de la convocatoria a participar en una contratación pública concreta

8. Muchos Estados y entidades utilizan en la actualidad la vía electrónica para publicar las invitaciones a los proveedores para que participen en procesos de contratación específicos (inclusive las que deban ser publicadas con arreglo a la ley)[8]. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo reconoció el valor de las

---

[8] Argentina (http://onc.mecon.gov.ar),Australia (región occidental) (https://www.tenders.gov.au/federal/index.shtml), Brasil (http://www.comprasnet.gov.br/), Canadá (http://www.merx.com/Services/AboutMERX/English/MK_SiteMap.asp?FLASH=Yes), Chile (http://www.chilecompra.cl/portal/centro_informaciones/fr_ley_compras.html), Estados Unidos (http://www.fedbizopps.gov/), Filipinas (http://www.procurementservice.net/Default.asp), Francia (http://djo.journal-officiel.gouv.fr/MarchesPublics/), México (http://web.compranet.gob.mx/), Reino Unido (http://www.supplyinggovernment.gov.uk/opportunities.asp), Singapur (http://www.gebiz.gov.sg/),

publicaciones por vía electrónica como medio para aumentar la transparencia y la competencia, y expresó la opinión de que la Ley Modelo debería alentar la publicación electrónica de la información que ésta exigía actualmente a los Estados que publicaran (A/CN.9/568, párr. 21).

9. El párrafo 1) del artículo 24 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública exige la publicación de las convocatorias a licitación o precalificación en la publicación oficial que indique el Estado promulgante al incorporar la Ley Modelo a su derecho interno (como, por ejemplo, la gaceta oficial). Además, y de conformidad con el párrafo 2) del artículo 24, la convocatoria deberá también publicarse en un "periódico" o una "revista técnica o profesional de amplia circulación internacional". Las disposiciones del artículo 24 se han incorporado, mediante referencia cruzada al capítulo III de la Ley Modelo, en el párrafo 1) de su artículo 46 (licitación en dos etapas). Los párrafos 1) y 2) del artículo 37 (contratación de servicios), el párrafo 2) del artículo 47 (licitación restringida) y el párrafo 2) del artículo 48 (solicitud de propuestas) contienen disposiciones análogas. En general, esas otras disposiciones plantean los mismos tipos de cuestiones que en el caso del artículo 24, las cuales se examinan en los párrafos siguientes y se aplican también, *mutatis mutandis*, al contexto de esas disposiciones.

10. El artículo 24 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública comporta la publicación sobre soporte de papel. Ahora bien, para promover la publicación de dicha información por medios electrónicos, tal vez no baste con incluir algún texto en la Guía para la incorporación al derecho interno, en donde se enumeren las ventajas, la conveniencia y los posibles métodos de publicación por vía electrónica, sino que se haya de incluir en la propia Ley Modelo alguna disposición adicional al respecto.

11. Una solución aparentemente sencilla para tener en cuenta la publicación por vía electrónica de las convocatorias a licitación tal vez fuera incluir en el artículo 24 una aclaración suplementaria análoga a la propuesta para su inclusión en el artículo 5 (véase A/CN.9/WG.I/WP.34, párrs. 24 a 28), la cual podría ser del tenor siguiente "que podrá incluir la publicación por medio de sistemas electrónicos de información públicamente accesibles", dando las explicaciones apropiadas en la Guía para la incorporación al derecho interno. Sin embargo, y habida cuenta de los efectos que la elección de la forma de publicación produce inevitablemente sobre el posible grupo de proveedores, no es probable que este tipo de enmienda mínima corresponda a lo expresado por el Grupo de Trabajo en el sentido de que la vía de comunicación elegida por la entidad adjudicadora no deberá restringir arbitrariamente el acceso al procedimiento adjudicatorio ni deberá discriminar contra los proveedores ni entre ellos (A/CN.9/568, párrs. 34, 41 y 42). Es más, sería importante aclarar si, y en qué medida, la publicación por vía electrónica podría sustituir a la publicación sobre soporte de papel y en qué circunstancias podrían ser utilizadas o no por una entidad adjudicadora.

Unión Europea (http://ted.publications.eu.int/official/Exec?Template=TED/home&DataFlow=XMLRead.dfl&Path=staticDefault.xml&Lang=EN).

12. Así pues, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar qué tipo de disposiciones adicionales puede ser conveniente para permitir, a la vez, la utilización de publicaciones electrónicas e impedir toda discriminación entre los proveedores. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino, en general, en que sería útil formular disposiciones que permitieran expresamente y, en circunstancias apropiadas, promovieran la utilización de medios electrónicos con sujeción a un requisito general de que la vía de comunicación impuesta por la entidad adjudicadora no debería restringir indebidamente el acceso al proceso de contratación (A/CN.9/568, párr. 39).

13. A la luz de lo que antecede, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que una aclaración encaminada a facilitar la comprensión en la forma sugerida más arriba (véase el párrafo 11 *supra*) vaya acompañada por el requisito de que la vía de publicación no comprometa el principio general de accesibilidad, sin especificar, no obstante, los medios técnicos que habría que utilizar, con miras a preservar la neutralidad tecnológica[9].

14. Por lo tanto, tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar en consideración las siguientes enmiendas a los artículos 24, 37, 47 y 48 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública:

a) Aclarar que la referencia a "publicación" podrá incluir la publicación facultativa u obligatoria por vía electrónica. Tal vez desee también examinar la cuestión de si una referencia entre paréntesis en el texto podría indicar que los Estados promulgantes podrían, cuando fuera posible, insertar una referencia a un medio electrónico (especificado);

b) Establecer las condiciones para la utilización de publicaciones por vía electrónica a fin de garantizar que se hagan por medios electrónicos de información que sean accesibles, y

---

[9] Los regímenes nacionales sobre las publicaciones electrónicas en la contratación pública suelen prever ese requisito. En Francia, por ejemplo, las convocatorias a licitación pueden publicarse en una "red informática" ("*réseau informatique*") desde la cual "toda parte interesada" deberá poder descargar la convocatoria y los documentos conexos (véase *Décret núm.2002-692* de 30 de abril de 2002, artículo 2, *Journal officiel*, núm. 103, 3 de mayo de 2002, pág. 8064). En Austria existe un requisito análogo (art. 3 1) del *Verordnung der Bundesregierung betreffend die Erstellung und Übermittlung von elektronischen Angeboten in Vergabeverfahren (E-Procurement-Verordnung)*, que exige que la entidad adjudicadora elija los medios de comunicación para la transmisión de ofertas electrónicas y la dirección electrónica a la que deberán transmitirse "en forma no discriminatoria" (*Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 28 de abril 2004, segunda parte). En Suecia, el artículo 2a del capítulo 6 de la Ley de contratación pública (SFS 1992:1528) establece que las entidades adjudicadoras podrán publicar las convocatorias de licitación con arreglo a "procedimientos simplificados" en una "base de datos electrónica que sea accesible al público, o mediante alguna otra forma de notificación que pueda garantizar una competencia efectiva" (la traducción oficiosa al inglés puede consultarse en http://www.nou.se/loueng.html). En los Estados Unidos, las entidades adjudicadoras deben velar por que "todo anuncio de requisitos de organismos o toda convocatoria a contratación pública se haga de forma que permita un acceso fácil y general por parte de los usuarios a través de un único punto de entrada en toda la administración" (Código de los Estados Unidos, título 41 capítulo 7, artículo 426 c) 4) (41 U.S.C.S., § 426 2004)).

c) Exigir posiblemente a las entidades adjudicadoras que justifiquen la utilización de publicaciones por vía electrónica en el expediente del proceso de contratación.

15. Los proyectos propuestos de enmienda de los artículos 24, 37, 47 y 48, que reflejan las consideraciones expuestas más arriba, figuran en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la cuestión de si esas enmiendas reflejan debidamente las deliberaciones realizadas hasta la fecha, y si bastan prever la utilización de publicaciones por vía electrónica o será necesaria alguna otra clarificación. Además, quizá desee examinar a su debido tiempo, en relación con su estudio de posibles mejoras de la estructura de la Ley Modelo (véase A/CN.9/568, párrs. 123 a 126), la cuestión de si podrían refundirse esas disposiciones en un solo artículo que se aplicaría, cuando procediera, a los distintos métodos de contratación previstos en la Ley Modelo.

16. Por otra parte, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si sería necesario dar orientaciones detalladas, bien en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública bien en la Guía para su incorporación eventual al derecho interno, para regular, entre otras cosas, cuestiones tales como la flexibilidad en la utilización de una vía de publicación, quién debería decidir acerca de esa vía, si debería justificarse el empleo de la publicación por vía electrónica únicamente o la no utilización de medios electrónicos, por qué motivos podría adoptarse esa decisión, si tal decisión debería ser objeto de reconsideración y a quién debería imputarse la responsabilidad de cualquier omisión.

17. En la práctica nacional parece haber interés en sustituir totalmente la publicación sobre soporte de papel de las convocatorias a licitación por su publicación por medios electrónicos[10], aunque la mayoría de los países aceptan al parecer que la publicación hecha sobre soporte de papel y la hecha por vía electrónica pueden coexistir durante cierto período de transición. A este respecto, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar asimismo la cuestión de si en la Guía para la incorporación al derecho interno se deberían estudiar los posibles factores que los Estados habrían de tener en cuenta al evaluar cuándo es o puede ser posible pasar enteramente a la publicación por vía electrónica, como, por ejemplo, cuando se haya alcanzado un umbral en cuanto a la utilización de comunicaciones electrónicas.

---

[10] "Permitir la convocatoria a licitación por vía electrónica [...] como sustitutivo de su publicación sobre soporte de papel actualmente exigida [...] es un aspecto fundamental en lo que concierne a la capacidad de los organismos para lograr eficiencia en los procesos electrónicos que justifique las inversiones gubernamentales en esos procesos" (Estados Unidos, norma provisional de 16 de mayo de 2001, *Federal Register*, vol. 66, núm. 95 (66 FR 27407)). En Chile, el artículo 24 del Reglamento de Ley núm. 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (Decreto núm. 250, de 9 de marzo de 2004) ya exige que todas las entidades adjudicadoras publiquen las invitaciones para participar en una contratación pública mediante el sistema electrónico de licitación. El artículo 62 del Decreto admite la licitación consignada sobre papel solamente en circunstancias excepcionales (puede consultarse en http://www.chilecompra.cl/portal/centro_informaciones/). (El Decreto define el "sistema de información" como un sistema informático para la contratación pública y la contratación por medios electrónicos [...], integrado por software, equipo informático e infraestructura de comunicaciones electrónicas y apoyo, que permite llevar a cabo la contratación).

C. Suministro por vía electrónica del pliego de condiciones o la convocatoria a precalificación y de las solicitudes de propuestas o cotizaciones

18. El artículo 26 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública no regula expresamente la forma en que debe facilitarse el pliego de condiciones a los proveedores y contratistas, y solo exige que se entreguen "de conformidad con los trámites y requisitos indicados en la convocatoria a licitación". Sin embargo, la referencia en el mismo artículo al "costo de su impresión" supone una forma sobre soporte de papel del pliego de condiciones. Estas disposiciones están incorporadas, mediante referencia cruzada al capítulo III de la Ley Modelo, en los párrafos 1) del artículo 46 (licitación en dos etapas) y 3) del artículo 47 (licitación restringida), y existen disposiciones análogas en los párrafos 2) del artículo 7 (proceso de precalificación) y 4) del artículo 37 (contratación pública de servicios). El apartado f) del párrafo 1) del artículo 25 de la Ley Modelo, a su vez, exige que en las convocatorias de licitación se indiquen "la forma de obtener el pliego de condiciones y el lugar donde podrá obtenerse". Cabe argüir que estas disposiciones tienen un carácter lo suficientemente neutral para permitir la provisión del pliego de condiciones en forma electrónica. No obstante, si términos tales como "pliego" y "lugar" se toman en sentido estricto, esas disposiciones podrían interpretarse en el sentido de que únicamente el pliego de condiciones impreso en un medio tangible está previsto en la Ley Modelo.

19. Algunos países autorizan expresamente a las entidades adjudicadoras a transmitir por vía electrónica el pliego de condiciones, inclusive las especificaciones, la descripción del proyecto, los proyectos de contrato y otra información conexa, con sujeción a varias medidas de control, como, por ejemplo, que haya un registro de la fecha y hora de la transmisión y la recepción del contenido de ésta, y que se proporcione una identificación adecuada del expedidor y el destinatario[11]. Otra forma de facilitar el pliego de condiciones que, según la tecnología en que se base la contratación pública por vía electrónica, puede pasar a ser ampliamente utilizada es la introducción del pliego en una base de datos o un sistema informático accesible -como, por ejemplo, un sitio especial en la *web*- desde el cual puedan descargarlo los proveedores. La convocatoria a licitación puede incluso incorporar ese pliego, por referencia, de modo análogo a como lo hacen las entidades comerciales con respecto a las condiciones contractuales generales puestas a disposición a través de Internet.

20. A fin de evitar toda duda, tal vez convenga indicar claramente en el artículo 26 de la Ley Modelo que la obligación de una entidad adjudicadora de proporcionar el pliego de condiciones puede cumplirse poniendo éste a disposición de los usuarios a través de un sistema electrónico de información públicamente accesible, desde el

---

[11] España, Real Decreto 1098/2001 (Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas), de 12 de octubre de 2001, artículo 80, párrafo 2 (Boletín Oficial del Estado, núm. 257, 26 de octubre de 2001, pág. 39952; puede consultarse en http://www.boe.es/boe/dias/2001-10-26/pdfs/A39252-39371.pdf).

cual los proveedores puedan descargarlo o imprimirlo, posibilidad que los ordenamientos de algunos países ya reconocen[12].

21. Los proyectos propuestos de enmienda de los artículos 7, 26 y 37 que reflejan las consideraciones expuestas más arriba figuran en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinarlos, así como agregar disposiciones sobre esta materia en los artículos 48 a 50 de la Ley Modelo, teniendo presente el carácter flexible de los métodos de contratación pública previstos en esos artículos. Además tal vez desee considerar a su debido tiempo la posibilidad, como se ha sugerido en relación con las enmiendas propuestas al artículo 24 (véase el párrafo 15 *supra*), de refundir esas disposiciones adicionales en un solo artículo que se aplicaría, cuando procediera, a los distintos métodos de contratación previstos en la Ley Modelo.

D. Presentación por vía electrónica de ofertas, propuestas y cotizaciones

22. El apartado a) del párrafo 5) del artículo 30 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública dispone que las ofertas deberán presentarse "por escrito, firmadas y en sobre sellado". Esa disposición está incorporada, por referencia cruzada al capítulo III de la Ley Modelo, en los párrafos 1) del artículo 46 (licitación en dos etapas) y 3) del artículo 47 (licitación restringida), y una disposición análoga está implícita en el artículo 45 (contratación pública de servicios) y en el párrafo 6) del artículo 48 (solicitud de propuestas).

23. Ni el apartado a) del párrafo 5) del artículo 30 ni las disposiciones correspondientes contenidas en otros lugares de la Ley Modelo contemplan la presentación de ofertas por vía electrónica. Aún así, el apartado b) del párrafo 5 del mismo artículo establece que, sin perjuicio del derecho de los proveedores o contratistas de presentar una oferta por escrito, firmada y en sobre sellado, la oferta "podrá también presentarse de cualquier otra forma que se especifique en el pliego de condiciones por la que quede constancia del contenido de la oferta y que

---

[12] Por ejemplo, el artículo 2 del *Décret 2002-692* de Francia, que rige la desmaterialización del proceso de contratación pública, establece que las "partes interesadas" deben poder "consultar y descargar a su computadora las reglas del proceso [de contratación]". También establece que "las partes interesadas en un procedimiento de licitación y los proveedores a quienes se haya invitado en una licitación restringida o un procedimiento negociado tendrán asimismo el derecho de consultar y descargar a su computadora la convocatoria a licitación y el pliego de condiciones", a condición de que comunique a la entidad adjudicadora el "nombre del proveedor, el nombre de la persona que descargue el documento y una dirección que permita la comunicación electrónica con acuse de recibo" (véase la nota 9 *supra*). Una disposición análoga -aunque menos detallada- existe en Lituania, donde el artículo 22 11) del Régimen de Contratación Pública (Ley núm. IX-1217, de 3 de diciembre de 2002), prevé que una entidad adjudicadora podrá proporcionar los documentos contractuales al proveedor "a solicitud" de éste "junto con la convocatoria a licitación" o "introduciéndolos en Internet o utilizando otros medios electrónicos" (la traducción del texto al inglés se puede consultar en la Secretaría). En México, el artículo 31 de la Ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público prevé que el pliego de condiciones se pondrá a disposición en la dirección indicada por la entidad adjudicadora, así como por los medios electrónicos de publicación establecidos por el Gobierno (puede consultarse en http://www.funcionpublica.gob.mx/unaopspf/doctos/adquisiciones/leyadq.doc).

proporcione por lo menos un grado análogo de autenticidad, seguridad y confidencialidad".

24. Así, el inciso b) del párrafo 5) del artículo 30 puede interpretarse en el sentido de que brinda a las entidades adjudicadoras la opción de permitir la presentación de ofertas por vía electrónica. No obstante, es preciso examinar dos cuestiones en relación con esta disposición, a saber:

a) Si el texto actual basta para garantizar la equivalencia funcional entre las ofertas presentadas por escrito, firmadas y en sobre sellado y las presentadas por vía electrónica (véanse los párrafos 25 a 33 *infra*), y

b) Si una entidad adjudicadora podría prever la presentación de ofertas exclusivamente por medios electrónicos (véanse los párrafos 34 a 37 *infra*).

1. Condiciones para la equivalencia funcional entre las ofertas presentadas por escrito y las presentadas por vía electrónica

25. Por lo que respecta a la cuestión a), parece que la intención legislativa del apartado b) del párrafo 5) del artículo 30 es, de hecho, hacer posible que un proveedor presente una oferta por medios electrónicos si así lo desea y si la entidad adjudicadora ha admitido tal posibilidad. Sin embargo, tal vez el Grupo de Trabajo considere conveniente exponer en detalle las condiciones requeridas para una equivalencia funcional. Cabe sostener que la referencia a una forma en cuyo marco "quede constancia del contenido de la oferta" se ajustaría, en general, a los criterios de la equivalencia funcional entre un mensaje de datos y un escrito en virtud del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[13], ya que la noción de "registro" suele comportar un medio que sea "accesible para su ulterior consulta"[14].

26. Con todo, parece que las palabras "un grado análogo de autenticidad, seguridad y confidencialidad" podrían tener un carácter demasiado general para brindar suficiente orientación en cuanto a qué condiciones deben cumplir las ofertas por vía electrónica para ser reconocidas como que tienen el mismo valor jurídico que las presentadas por escrito, firmadas y en sobre sellado. Ya cuando se adoptó la Ley Modelo, se reconoció que podían necesitarse, por ejemplo, "reglas y técnicas" adicionales que "protejan la confidencialidad de la oferta e impidan su 'apertura' antes de que venza el plazo para su presentación"[15].

---

[13] Para el texto de la Ley Modelo, véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I (publicado también en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXVII:1996 (publicación de las Naciones Unidas núm. de venta: S.98.V.7), tercera parte, anexo I). La Ley Modelo y la Guía para su incorporación al derecho interno que la acompaña han aparecido como publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.99.V.4, y pueden consultarse en forma electrónica en el sitio de la CNUDMI en la *web* http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ecomm.htm).

[14] El párrafo 1) del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico dice lo siguiente: "Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos y la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta".

[15] Guía para la incorporación eventual al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, observaciones al párrafo 3 del artículo 30. Para el texto de la Guía, véase el documento A/CN.9/403, reproducido en el *Anuario de la*

27. Esta cuestión está estrechamente relacionada con el problema de las medidas de control de la utilización de las comunicaciones electrónicas, en particular en lo que respecta a la seguridad, confidencialidad y autenticidad de la presentación de ofertas, y la integridad de los datos, que el Grupo de Trabajo examinó en su sexto período de sesiones. En esa ocasión, el Grupo de Trabajo reconoció que, para que todo sistema de contratación pública por vía electrónica fuera eficiente y fiable, sería preciso adoptar medidas que salvaguardaran la seguridad, la confidencialidad y la autenticidad del texto comunicado, así como la integridad de los datos, para lo cual tal vez fuera necesario formular reglas y normas especiales. Hubo en general acuerdo en el Grupo de Trabajo en el sentido de que los siguientes principios constituían una buena base para la formulación de reglas, normas u orientaciones concretas en la materia:

a) La vía de comunicación impuesta no deberá obstaculizar arbitrariamente la participación en el proceso adjudicatorio;

b) Los medios utilizados deberán permitir determinar el origen y la autenticidad de las comunicaciones;

c) Los medios que se utilicen deberán permitir garantizar la integridad de los datos;

d) Los medios que se utilicen deberán permitir determinar el momento de recepción de los documentos, siempre que ese momento sea importante para aplicar las reglas aplicables al proceso de contratación;

e) Los medios y mecanismos que se utilicen deberán permitir impedir que la entidad adjudicadora o alguna otra persona tenga acceso a las ofertas y a otros documentos importantes antes del plazo fijado;

f) Deberá mantenerse la índole confidencial de toda información presentada por los proveedores o relativa a ellos (A/CN.9/568, párrs. 41 y 42).

CNUDMI, vol. XXV:1994 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.95.V.20), tercera parte, anexo II.

28. Varios regímenes de contratación regionales[16] o nacionales[17] que permiten la presentación de las ofertas por vía electrónica establecen requisitos de seguridad que, en gran parte, son análogos a los aprobados con carácter provisional por el Grupo de Trabajo, o al menos a algunos[18] de ellos.

---

[16] Por ejemplo, el anexo XXIV de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (*Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 134, de 30 de abril de 2004, pág. 1), establece que los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas, propuestas o cotizaciones deberán garantizar, como mínimo y por los medios técnicos y procedimientos adecuados, que: a) las firmas electrónicas relativas a las ofertas, a las solicitudes de participación, a las solicitudes de clasificación y a los envíos de planes y proyectos se ajusten a las disposiciones nacionales en aplicación de la Directiva 1999/93/CE [nota: *esta Directiva estableció un marco comunitario para las firmas electrónicas*]; b) pueda determinarse con precisión la hora y la fecha exactas de la recepción de las ofertas, de las solicitudes de participación, de las solicitudes de clasificación y del envío de los planos; c) pueda garantizarse razonablemente que nadie tenga acceso a los datos transmitidos a tenor de los presentes requisitos antes de que finalicen los plazos especificados; d) en caso de violación de esa prohibición de acceso, pueda garantizarse razonablemente que la violación pueda detectarse con claridad; e) únicamente las personas autorizadas puedan fijar o modificar las fechas de apertura de los datos presentados; f) en las diferentes fases del proceso de clasificación, del procedimiento de adjudicación de contrato o del concurso, solo la acción simultánea de las personas autorizadas pueda permitir el acceso a la totalidad o a parte de los datos presentados; g) la acción simultánea de las personas autorizadas solo pueda dar acceso después de la fecha especificada a los datos transmitidos; h) los datos recibidos y abiertos en aplicación de los presentes requisitos solo sean accesibles a las personas autorizadas a tener conocimiento de los mismos.

[17] Por ejemplo, con arreglo al reglamento de Austria relativo a la contratación publica por vía electrónica, las ofertas electrónicas están sujetas a varias medidas de control, inclusive el cumplimiento "del método o los métodos de cifrado y descifrado" especificados por la entidad adjudicadora en el pliego de condiciones, que deben "corresponder a estrictas normas de cifrado que estén en consonancia con los últimos adelantos de la técnica". Esa entidad debe también asegurarse de que "el descifrado de las ofertas no pueda hacerse antes del final del plazo para la presentación de éstas". Por otra parte, la hora de entrega de las ofertas deberá "documentarse mediante un sello que la indique y se confirmará de inmediato al oferente". Por último, las ofertas que se presenten por vía electrónica deberán archivarse de tal modo que se garantice su autenticidad, integridad y confidencialidad; que no pueda haber ningún acceso no autorizado hasta la apertura de las ofertas, y que pueda descubrirse todo intento de tener acceso a ellas antes de la apertura (*E-Procurement-Verordnung 2004* (véase la nota 9 *supra*), arts. 4 a 7). En Francia, la entidad adjudicadora debe "garantizar la seguridad de las operaciones mediante una red informática accesible a todos los candidatos sin discriminación alguna". Esa entidad debe además "adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de la información relativa a los candidatos y sus ofertas" y "preservar el carácter confidencial de la información". A estos efectos, la entidad puede "exigir a los candidatos que equipen sus archivos con un sistema de seguridad que garantice que sus solicitudes y ofertas no puedan abrirse sin su consentimiento" (*Décret n° 2002-692,* de 30 de abril de 2002 (véase la nota 9 *supra*), artículos 7 y 8).

[18] En Suecia, la entidad adjudicadora puede permitir la presentación de una oferta por "vía electrónica o de cualquier otra manera prevista que garantice que el contenido de la oferta no se revelará antes de ser abierta, como se prevé en el artículo 7" (Ley de contratación pública (véase la nota 9 *supra*), capítulo 6, el artículo 5 y el capítulo 1, artículo 19, contiene disposiciones análogas). El reglamento sobre la contratación pública de Alemania (*Verdingungsordnung für Leistungen*) no contiene ninguna lista separada de los requisitos en materia de seguridad de las ofertas electrónicas. Sin embargo, las enmiendas introducidas en varias disposiciones para tener en cuenta las ofertas por vía electrónica reflejan expresamente gran parte de los principios de las Directivas de la Unión Europea, si no todos. Así pues, cuando las ofertas se reciben por vía

29. Sin embargo, cabe señalar que la mayoría de los principios mencionados más arriba ya se aplican -o deberían aplicarse- a los procesos de contratación pública sobre soporte de papel, como, por ejemplo, el principio de que las ofertas deberán ser auténticas o de que se deberá mantener su carácter confidencial durante el proceso de licitación. Por lo tanto, en el sexto período de sesiones se invitó al Grupo de Trabajo a que examinara detenidamente la necesidad de cualesquiera normas o reglas adicionales, y a que tuviera en cuenta la medida en que los principios sobre las cuestiones ya reguladas en normas de derecho general, o relativas al comercio electrónico o la firma electrónica, ya abordaban los asuntos a que se referían los principios propuestos. Según otra opinión, si el Grupo de Trabajo tenía la intención de formular orientaciones legislativas que permitieran la utilización de comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública, sin que ello fuera imperativo, convendría enunciar en la propia Ley Modelo las condiciones en que habría que recurrir a ese tipo de comunicaciones (A/CN.9/568, párrs. 43 y 44).

30. La justificación para sugerir la adopción de un criterio prudente en cuanto a las medidas de control sobre las comunicaciones electrónicas parece ser la preocupación de que la legislación en materia de contratación pública debería evitar el establecimiento de distintas normas según los medios de comunicación que se utilizaran. Cabe señalar, sin embargo, que el carácter novedoso de las comunicaciones electrónicas puede inducir a los legisladores a formular reglas específicas para lo que se considera un problema especial ocasionado por el empleo de nuevas tecnologías en la contratación pública. Es más, varios países ya han promulgado legislación que especifica ciertas normas para su aplicación en las comunicaciones por vía electrónica encaminadas a lograr que proporcionen el mismo grado de fiabilidad que en general se supone que existe en el caso de las

---

electrónica, la entidad adjudicadora debe velar por que "el contenido de la oferta solo sea accesible después de expirar el plazo previsto para su presentación" (art. 18). Las ofertas electrónicas deben "marcarse en consecuencia y preservarse en forma segura" ("*unter Verschluss"*) (art. 22) (*Bundesanzeiger*, 20 de noviembre de 2002, núm. 216a). El Decreto alemán relativo a la adjudicación de contratos públicos (*Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge*) establece en su párrafo 15 que las entidades adjudicadoras deben velar por la confidencialidad de dichas ofertas, las cuales habrán de ir firmadas con una signatura electrónica autenticada conforme al Régimen de las Firmas Electrónicas de Alemania (*Signaturgesetz*) y permanecer cifradas hasta el final del plazo para presentarlas (*Bundesgesetzblatt*, I 2001, pág. 110). En Lituania (véase la nota 12 *supra*, artículo 23 7)), las ofertas pueden presentarse por vía electrónica a condición de que "los medios electrónicos utilizados garanticen que la entidad adjudicadora u otros proveedores sólo tengan acceso al contenido de las ofertas después de expirar el plazo establecido para la recepción de las mismas", de que la oferta "contenga toda la información solicitada en el pliego de condiciones" y que "al presentar la oferta por vía electrónica, el proveedor envíe inmediatamente una confirmación por medios no electrónicos de esa oferta, o proporcione a la entidad adjudicadora, por medios no electrónicos, una copia certificada de ella". Se prevé un requisito análogo en el artículo 27 de la *Ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público* de México, que establece que para las ofertas presentadas por vía electrónica se utilizará una tecnología que garantice la confidencialidad y la inviolabilidad de la información y que un organismo del Gobierno prestará servicios de certificación para respaldar los métodos electrónicos de identificación que utilicen los proveedores y contratistas (véase la nota 12 *supra*).

comunicaciones con soporte de papel[19]. Esas normas generales se complementan en algunos casos con reglamentos detallados[20].

31. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que el objetivo de evitar la aplicación de un doble rasero a las comunicaciones electrónicas y las consignadas sobre papel se logre mejor elaborando reglas de carácter general que prevean requisitos que, en el texto actual de la Ley Modelo, se da por sentado que

---

[19] Por ejemplo, en la Unión Europea, Alemania (véase la nota 18 *supra*), Austria (véase la nota 9 *supra*), España (véase la nota 11 *supra*) y Francia (Ibíd.). En los Estados Unidos, el artículo 4.502 del Reglamento Federal relativo a las adquisiciones exige que los jefes de las entidades adjudicadoras, antes de utilizar el comercio electrónico, "velen por que los sistemas de las entidades sean capaces de garantizar una autenticación y una confidencialidad que guarden proporción con el riesgo y la magnitud del daño que puedan ocasionar la pérdida o el uso indebido de la información, el acceso no autorizado a ella o su modificación" (puede consultarse en http://www.arnet.gov/far/loadmainre.html). En Filipinas, los sistemas electrónicos de contratación pública (G-EPS) deben cumplir varios requisitos generales que se enuncian en el artículo 8.1.2 de las normas y reglamentos de aplicación de la Ley de la República núm. 9184 (puede consultarse en http://www.neda.gov.ph/references/RAs/Approved%20IRR-A%20of%20R.A. %209184 (July%2011,%202003).pdf), incluso que el Comité de Adjudicación de Contratos "ejercerá un control cabal del proceso de licitación" y "será la entidad encargada exclusivamente de abrir las ofertas", que los sistemas deben ser "resistentes a los virus y proporcionar suficiente seguridad", mediante, por ejemplo, "dispositivos de cifrado y cortafuegos", que deben comportar la utilización de firmas electrónicas "y otros dispositivos electrónicos actuales de autenticación" y contar con "suficientes medios de apoyo duplicados".

[20] Por ejemplo, el artículo 9 de las normas y reglamentos de aplicación de la Ley de la República núm. 9184 de Filipinas (véase la nota 19 *supra*), que prevé lo siguiente:

> "9.1.1 *Seguridad*—El sistema electrónico de contratación pública (G-EPS) estará protegido contra todo acceso o interferencia no autorizado, mediante la incorporación de características de seguridad tales como, entre otros, cortafuegos. Será necesario realizar pruebas periódicas para asegurarse de que el sistema no pueda violarse.
> 9.1.2 *Integridad*—El G-EPS deberá garantizar que ninguna persona, incluido el administrador del sistema o el presidente y los miembros del [Comité de Adjudicación de Contratos], podrá alterar el contenido de las ofertas presentadas a través del sistema ni leer las mismas antes del plazo previsto para su descifrado o apertura. A estos efectos, las ofertas que se presenten por conducto del G-EPS deberán estar selladas por medio de claves electrónicas. También se garantizará, mediante el uso de firmas electrónicas, la autenticidad de los mensajes y documentos que se presenten a través del G-EPS.
> 9.1.3 *Confidencialidad*—El G-EPS deberá garantizar la privacidad de las partes que realicen operaciones con él. A estos efectos, no se divulgará a terceros ningún mensaje ni documento electrónico enviado por conducto del sistema, a menos que se haya enviado después de informar al expedidor de que será públicamente accesible. El G-EPS protegerá los derechos de propiedad intelectual sobre los documentos, inclusive los diseños y proyectos técnicos presentados en respuesta a la convocatoria a presentar solicitudes de habilitación y presentación de ofertas.
> 9.1.4 *Seguimiento para fines de verificación*—El G-EPS contará con medios que permitan llevar a cabo un seguimiento con miras a verificar las operaciones en línea, y que permita también a la Comisión de Auditoría comprobar la seguridad e integridad del sistema en todo momento.
> 9.1.5 *Seguimiento del cumplimiento*—Se seguirá de cerca el cumplimiento de las obligaciones de los fabricantes, proveedores, distribuidores y consultores a fin de vigilar la observancia de los calendarios de entrega y otros indicadores pertinentes. De manera análoga, se seguirá de cerca la actuación de las entidades adjudicadoras a fin de vigilar el cumplimiento de sus obligaciones para con los fabricantes, proveedores, distribuidores, contratistas y consultores."

son aplicables a las comunicaciones sobre soporte de papel (por ejemplo, los requisitos en lo tocante a la autenticidad de las ofertas y otros documentos), pero que expresen claramente, a fin de evitar dudas, que se aplican también a las comunicaciones por vía electrónica. La Guía para la incorporación al derecho interno podría entonces proporcionar orientaciones suplementarias acerca de las prácticas óptimas para garantizar el cumplimiento de esos requisitos en relación con estas últimas comunicaciones, las cuales podrían basarse en las normas y reglamentos nacionales ya existentes en la materia.

32. Cabe señalar que ese planteamiento, que está reflejado en un proyecto de disposición contenido en el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 (proyecto de artículo 30 *bis*), estaría en consonancia con el acuerdo general a que llegó el Grupo de Trabajo en su sexto período de sesiones, en el sentido de que toda orientación al respecto debería formularse de modo que abarcara todos los medios de comunicación, dando una idea general de las medidas de control necesarias, y no debería ser excesivamente perentorio (A/CN.9/568, párr. 45).

33. Otro asunto relacionado con las condiciones para la equivalencia funcional entre las ofertas presentadas en sobre sellado y las tramitadas por vía electrónica es el método de apertura de las mismas. El párrafo 1) del artículo 33 de la Ley Modelo prevé que las ofertas "se abrirán en la fecha y hora indicadas en el pliego de condiciones como plazo para la presentación de ofertas [...] en el lugar y con las formalidades indicados" en el pliego. El párrafo 2) del artículo 33 prevé además que "la entidad adjudicadora autorizará a los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas a asistir al acto de apertura o a hacerse representar en él". Mientras que el texto del párrafo 1) del artículo parece ser lo suficientemente lato para abarcar cualquier sistema de apertura de las ofertas, el párrafo 2) indica que los proveedores y contratistas deberán estar presentes en un lugar y un momento dados. Algunos países han incluido disposiciones habilitantes que prevén la apertura de las ofertas mediante un sistema electrónico de información que permita transmitir los datos que habitualmente se anuncia al abrirlas[21]. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de incluir una disposición que permita a las entidades adjudicadoras emplear las comunicaciones electrónicas en lugar de recurrir a la apertura de las ofertas en presencia de los proveedores y contratistas. En el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 figuran las adiciones al artículo 33.

---

[21] En Chile, por ejemplo, el artículo 33 del Decreto núm. 250, de 9 de marzo de 2004 (véase la nota 10 *supra*) prevé que la apertura de las ofertas se hará con ayuda de un sistema de información, en cuyo marco se publicarán y abrirá automáticamente en la fecha y hora previstas en el pliego de condiciones. Esa disposición prevé además que el sistema de información garantizará la certidumbre en cuanto a la fecha y hora de la apertura y permitirá a los licitadores saber, como mínimo, las siguientes condiciones de las restantes ofertas: a) la identidad del licitador; b) la descripción básica del bien o servicio ofrecido; c) el precio inicial y total de la oferta; d) la identificación de la seguridad de la oferta, en su caso.

2. Carácter facultativo u obligatorio de las ofertas electrónicas

34. El apartado b) del párrafo 5 del artículo 30 establece expresamente el derecho de un proveedor a presentar una oferta en la forma acostumbrada enunciada en el apartado a) del párrafo, a saber, por escrito, firmada y en sobre sellado. Según la Guía para la incorporación al derecho interno es ésta una salvaguardia "importante por no tener todo el mundo acceso a ciertos medios no tradicionales de comunicación, como el EDI [intercambio electrónico de datos]"[22]. En consecuencia, parece evidente que no puede exigirse a los proveedores que presenten sus ofertas por vía electrónica, ya que pueden insistir en utilizar para ese fin los medios tradicionales de comunicación.

35. En algunos países, las entidades adjudicadoras tienen, al parecer, el derecho de determinar cuándo se pueden presentar las ofertas por medios electrónicos[23] y, en los casos en que lo hacen, a señalar si podrán presentarse también sobre soporte de papel -método admitido, en general, en algunos países-, salvo indicación en contrario en la convocatoria a licitación[24]. No obstante, en esos países no se permite que los proveedores pasen de un medio a otro, ni que utilicen ambos medios para presentar las ofertas o cualquier parte de ellas[25]. Se ha adoptado un criterio algo distinto en los países en que se permite a las entidades adjudicadoras aceptar la presentación de ofertas por vía electrónica, pero que, al parecer, no están facultadas para prescribir la presentación por esta vía[26], con la consecuencia de que los

---

[22] Guía para la incorporación eventual al derecho interno, observaciones al párrafo 3 del artículo 30.

[23] En Alemania, por ejemplo, el artículo 15 del *Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge* (véase la nota 18 *supra*) establece que las entidades adjudicadoras "podrán autorizar la presentación de ofertas en formas que no sean por escrito, por correo o en persona".

[24] En Austria, el artículo 68 del *Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen* (*Bundesvergabegesetz 2002—BvergG*) dispone, en su párrafo 1, que las ofertas pueden presentarse por vía electrónica "en la medida en que la entidad adjudicadora disponga de los medios técnicos y de otra índole necesarios". La entidad adjudicadora debe notificar, a más tardar al mismo tiempo que la solicitud para que se presenten ofertas, si se admiten éstas por vía electrónica y, en caso afirmativo, cuáles son "el método autorizado para cifrarlas y descifrarlas, así como los formatos autorizados de los documentos y comunicaciones". Si la entidad adjudicadora "no ha dado ninguna indicación acerca de la posibilidad de presentar las ofertas por vía electrónica, no se permitirá presentarlas". El párrafo 2 prevé además que, si se admite la presentación de ofertas por vía electrónica, "la convocatoria a licitación deberá indicar si pueden presentarse únicamente por vía electrónica o bien por esta vía o consignadas sobre papel". Si esa entidad no ha dado ninguna indicación acerca de este extremo, se permitirá presentar las ofertas por medios electrónicos o consignadas sobre papel (*Bundesgesetzblatt n*úm. 99/2002).

[25] Austria, *Bundesvergabegesetz 2002*, artículo 68, párrafo 3: "Si se permite la presentación de ofertas por medios electrónicos, los licitadores que hayan presentado una oferta electrónica no podrán presentar una oferta, o cualesquiera partes de ella, sobre soporte de papel. Lo que antecede no se aplica a partes de las ofertas tales como [los documentos probatorios exigidos por efecto de la ley], en la medida en que no se disponga de esas partes por vía electrónica" (véase la nota 24 *supra*).

[26] De conformidad con el artículo 3 del *Décret n° 2002-692* de Francia, la entidad adjudicadora "podrá aceptar la presentación de solicitudes de precalificación o de ofertas por medios electrónicos", y la decisión de hacerlo, junto con "las modalidades de la presentación por vía electrónica de las solicitudes de precalificación o las ofertas deberán indicarse en la convocatoria a precalificación o a licitación o, en el caso de un procedimiento de selección con negociaciones, en la carta de la convocatoria" (véase la nota 9 *supra*).

proveedores conservan aparentemente el derecho a optar entre la presentación de las ofertas sobre soporte de papel, por medios electrónicos o en forma electrónica almacenada en un medio tangible[27]. Por último, algunos países exigen a esas entidades que acepten las ofertas y otros documentos presentados por vía electrónica, a condición de que sean autenticados con arreglo a los métodos prescritos por la ley[28].

36. Este último enfoque parece estar más en consonancia con el deseo general del Grupo de Trabajo de regular la cuestión con un criterio flexible (A/CN.9/568, párr. 33). Sin embargo, quizá el Grupo de Trabajo desee también tener presente que ciertos métodos de contratación pública (como la subasta electrónica inversa o de puja o precio descendente) son casi siempre aplicados tan solo por medios electrónicos[29]. De hecho, un elemento fundamental de esos métodos es que todos los proveedores deben presentar sus ofertas exclusivamente por vía electrónica. Por consiguiente, una vez cumplidas las condiciones para el empleo de cualquiera de tales métodos especiales de contratación, la entidad adjudicadora debe tener el derecho de negarse a aceptar las ofertas que se hayan presentado por otros medios. Otro aspecto que el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar en consideración es que, incluso en el caso de métodos de contratación que, por su propia naturaleza, no exigen la utilización de comunicaciones electrónicas, la entidad adjudicadora podría tener un interés legítimo, en aras del logro de economías o la eficiencia, en recurrir, total o parcialmente, a dispositivos automatizados para recibir y tramitar las ofertas, como, por ejemplo, un portal especialmente concebido o un sitio en la *web* de Internet. En algunos países, el régimen de contratación pública alienta, de hecho, el empleo de sistemas totalmente automatizados para recibir y tramitar las ofertas, a los cuales se aplican, por lo demás, las reglas ordinarias de licitación[30].

---

[27] Esto sucede, por ejemplo, en Francia, donde el artículo 5 del *Décret n° 2002-692* dispone que los proveedores "optarán entre la presentación de sus solicitudes y ofertas por vía electrónica, por un lado, y su presentación consignada sobre papel, o en forma electrónica almacenada en un medio físico, por otro" (véase la nota 9 *supra*).

[28] Esto sucede, por ejemplo, en la Argentina (véase el artículo 21 del Decreto 1023/2001 con las modificaciones introducidas por los Decretos Nros. 666/2003 y 204/2004 y por la Ley 25.563. Régimen General. Contrataciones Públicas Electrónicas. Contrataciones de Bienes y Servicios. Obras Públicas. Disposiciones Finales y Transitorias (puede consultarse en http://onc.mecon.gov.ar/paginas/inicio/Decreto_delegado_1023_2001.doc).

[29] Solamente unos pocos países admiten las subastas fuera del contexto de la contratación pública por vía electrónica. Uno de ellos es el Brasil, donde la *Lei núm. 10.520*, de 17 de julio de 2002, regula la materia (la *Lei* puede consultarse en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm).

[30] Por ejemplo, las normas y reglamentos de aplicación de la Ley de la República núm. 9184 de Filipinas (véase la nota 19 *supra*) no solo exigen a las entidades adjudicadoras que "publiquen todas las oportunidades en materia de contratación pública, los resultados de la licitación y la información conexa" en un sistema electrónico gubernamental de contratación pública (G-EPS) (art. 8.2.1) sino que también las obliga a utilizar plenamente el G-EPS" (art. 8.3.1). Las normas prevén además que el G-EPS "podrá apoyar la realización de un proceso de presentación de ofertas por vía electrónica, que incluya la creación de formularios para la presentación electrónica de ofertas, la creación de una casilla para las ofertas, la entrega de los documentos de presentación de ofertas, la notificación de su recepción a los proveedores, la recepción de las ofertas y su evaluación por vía electrónica. Este mecanismo abarcará todos los tipos de contratación pública de bienes, proyectos de infraestructura y servicios de consultoría" (art. 8.2.4.3).

37. Habida cuenta de lo que antecede, quizá el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de agregar una disposición a la Ley Modelo, posiblemente como nuevo párrafo del actual artículo 30, en virtud de la cual las entidades adjudicadoras tengan el derecho de indicar si aceptan la presentación de ofertas de alguna forma que no sea "por escrito, firmadas y en sobre sellado" (es decir, por vía electrónica) y, en caso afirmativo, si las ofertas podrán también presentarse sobre soporte de papel. Esa disposición podrá establecer además que las ofertas sobre soporte de papel se considerarán aceptables salvo indicación en contrario en la convocatoria a licitación, en cuyo caso los proveedores tendrán que seguir las instrucciones que dé la entidad adjudicadora. Tal vez el Grupo de Trabajo desee asimismo considerar la posibilidad de exigir a la entidad adjudicadora que justifique la opción de las ofertas por vía electrónica exclusivamente. En el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 figuran las enmiendas propuestas al artículo 30, que reflejan algunas de las consideraciones que anteceden.

E. Forma de otras comunicaciones durante el proceso de contratación

38. El párrafo 1) del artículo 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública establece que, sin perjuicio de los requisitos de forma especificados por la entidad adjudicadora al dirigir su primera invitación a participar en el proceso de contratación, las comunicaciones se harán de tal forma que "se deje constancia de su contenido". Aun cuando esta disposición podría interpretarse en el sentido de permitir que esa entidad exija la utilización de comunicaciones por medios electrónicos, las deliberaciones del Grupo de Trabajo cuando se preparó la Ley Modelo indican que la intención inicial era contraria a ello[31].

39. El párrafo 3) del artículo 9 establece, por otra parte, que la entidad adjudicadora no discriminará contra ningún proveedor o contratista, ni entre unos proveedores o contratistas y otros, a causa de la forma en que transmitan o reciban comunicaciones. En el sexto período de sesiones del Grupo de Trabajo se señaló que, en ciertas circunstancias, la obligatoriedad de la vía electrónica en un caso determinado podría suponer de hecho una discriminación contra los proveedores, o entre ellos, si los medios utilizados para trasmitir las comunicaciones por vía electrónica no eran razonablemente accesibles a los posibles proveedores (A/CN.9/568, párr. 34). Hubo también acuerdo general en el sentido de que la regla del párrafo 3) del artículo 9 no obligaba necesariamente a todos los proveedores a emplear los mismos métodos para la comunicación con la entidad adjudicadora (A/CN.9/568, párr. 35),

40. Así pues, el Grupo de Trabajo contemplaría, al parecer, la posibilidad de incluir en el artículo 9 una regla general que autorizara a las entidades adjudicadoras a comunicarse con los proveedores y contratistas por vía electrónica, pero que

---

[31] Véanse, por ejemplo, las opiniones de Australia y el Canadá acerca del artículo 9 del proyecto de Ley Modelo que figuran en los documentos A/CN.9/376 y Add.1 y 2 (reproducidos en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXIV: 1993 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.94.V.16), segunda parte, I, D (puede consultarse en http://www.uncitral.org/english/yearbooks/yb-1993-e/yb-1993-index-e.htm); véase también el documento A/CN.9/371 (publicado en el mismo volumen del *Anuario de la CNUDMI*, segunda parte, I, A), párrs. 82 a 90.

conferiría a éstos el derecho de elegir entre las comunicaciones electrónicas y las consignadas sobre papel, cuando existiera tal posibilidad. No obstante, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la forma de vincular tal disposición con la aplicación de los métodos de contratación que, por su propia índole, requieren procesos totalmente automatizados, o los casos en que la entidad adjudicadora tendría un interés legítimo, en aras del logro de economías o de eficiencia, en emplear, de modo exclusivo, dispositivos total o parcialmente automatizados para comunicarse con los proveedores y contratistas (véase el párrafo 36 *supra*).

41. Aparte de las comunicaciones enviadas individualmente a los proveedores y contratistas, tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la forma de los anuncios, notificaciones y otras comunicaciones que la entidad adjudicadora debe enviar a todos los licitantes, como, por ejemplo, la modificación del pliego de condiciones mediante una adición con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 28 (los párrafos 2) del artículo 40, 5) del artículo 48 y 2) del artículo 49 contienen disposiciones análogas), las convocatorias a reuniones hechas de conformidad con los párrafos 3) del artículo 28 y 3) del artículo 40, y la notificación de toda prórroga del plazo para la presentación de ofertas conforme al párrafo 4) del artículo 30. Esas comunicaciones pueden enviarse a las direcciones electrónicas facilitadas por los proveedores y los contratistas. Según la tecnología que utilice la entidad adjudicadora, puede parecer, no obstante, expeditivo introducir esas convocatorias, notificaciones y documentos en una base de datos o un sistema de información accesible -como, por ejemplo, un sitio especial en la *web*- desde el cual puedan descargarlos los proveedores (véase el párrafo 19 *supra*). Algunos países ya reconocen esa posibilidad[32]. Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la conveniencia de incluir en el artículo 9 de la Ley Modelo una disposición en el sentido de que la entidad adjudicadora podrá cumplir su obligación de dar ciertas notificaciones a los proveedores y contratistas publicando el anuncio correspondiente en un sistema electrónico de información públicamente accesible desde el cual los proveedores puedan descargarlo o imprimirlo. En el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 figuran los proyectos propuestos de enmienda del artículo 9.

42. Otra cuestión que se somete a la consideración del Grupo de Trabajo es la referente a la celebración de reuniones con los proveedores y contratistas y la forma de tramitar las solicitudes de aclaración del pliego de condiciones y la respuesta a ellas. Los párrafos 1) y 2) del artículo 28 de la Ley Modelo tratan de esas solicitudes, de la forma en que la entidad adjudicadora dará respuesta a toda solicitud de esa índole y de las modificaciones del pliego de condiciones. En esas disposiciones se prevé que esa entidad deberá comunicar la aclaración y las

---

[32] Por ejemplo, el artículo 8.4 de las normas y reglamento de aplicación de la Ley de la República núm. 9184 de Filipinas (véase la nota 19 *supra*), que establece lo siguiente:

> "8.4.2 Las solicitudes de aclaración de los licitadores pueden enviarse por vía electrónica [...]. Para que sean obligatorias para los licitadores, las aclaraciones y modificaciones de la convocatoria a presentar solicitudes de habilitación y ofertas, así como del pliego de condiciones, se harán en la forma de boletines suplementarios relativos a las ofertas, que se publicarán en el tablón de anuncios del G-EPS.
>
> 8.4.3 Esos boletines suplementarios, así como los demás avisos y notificaciones que deban hacerse [...] a los licitadores, o a los posibles licitadores, se publicarán en el tablón de anuncios del G-EPS y se enviarán por vía electrónica a las direcciones de correo electrónico indicadas en la inscripción del licitador de que se trate."

modificaciones "a todos los proveedores o contratistas a los cuales haya entregado el pliego de condiciones". Dichas disposiciones están incorporadas, mediante referencia cruzada al capítulo III de la Ley Modelo, en los párrafos 1) del artículo 46 y 3) del artículo 47, así como en los párrafos 1) y 2) del artículo 40, 5) del artículo 48 y 2) del artículo 49. Las disposiciones citadas están formuladas, al parecer, de forma técnicamente neutral y no prescriben ninguna forma concreta de comunicación. Así pues, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de que las disposiciones generales relativas al método de las comunicaciones en virtud del artículo 9, en su forma enmendada, comprendan, a los efectos de dichos artículos, las comunicaciones electrónicas.

43. La situación puede ser aún más compleja en el caso del párrafo 3 de los artículos 28 y 40, que regulan las reuniones con los proveedores y contratistas, ya que el término "reunión" sugiere por lo común la presencia física de personas en el mismo momento y lugar. Algunos países han introducido disposiciones habilitantes que autorizan a las entidades adjudicadoras a prescindir del requisito de una reunión efectiva, mientras sea posible que la entidad adjudicadora y los proveedores establezcan alguna otra forma de comunicación simultánea, como, por ejemplo, recurriendo a los servicios de teleconferencia[33]. Quizá el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de introducir una disposición que permita a las entidades adjudicadoras emplear las comunicaciones electrónicas para sustituir las reuniones con los proveedores y contratistas en que éstos estén presentes en persona. En el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 figuran los proyectos propuestos de enmienda de los artículos 28 y 40, que reflejan las consideraciones que anteceden.

F. Valor jurídico de los documentos electrónicos utilizados en el proceso de contratación pública, o derivados de éste

44. Además de las cuestiones jurídicas mencionadas en los párrafos 8 a 43 *supra*, a los Estados promulgantes tal vez les interese asegurarse de que los contratos adjudicados electrónicamente conforme a su ordenamiento interno serán plenamente ejecutables y que las comunicaciones electrónicas y documentos intercambiados durante el proceso de la contratación pública no carecerán de valor jurídico, e inclusive que tendrán valor probatorio en un recurso administrativo jerárquico o un procedimiento judicial.

45. Como se examina más adelante, tal vez algunas de esas cuestiones no se presten a ser reguladas mediante disposiciones concretas en el régimen de

---

[33] Por ejemplo, el artículo 8.4 de las normas y reglamento de aplicación de la Ley de la República núm. 9184 de Filipinas (véase la nota 19 *supra*), que prevé lo siguiente:

> "8.4.1 Las conferencias previas a la presentación de ofertas se celebrarán de conformidad con el artículo 22 [de la presente Ley], *a condición, sin embargo*, de que el requisito de celebrar tales conferencias con la presencia personal de las partes interesadas podrá modificarse una vez que las videoconferencias o las tecnologías análogas pasen a ser la norma en las operaciones comerciales del país. Las entidades adjudicadoras con capacidad para celebrar videoconferencias y cuyos fabricantes, proveedores, distribuidores, contratistas y/o consultores también cuenten con capacidad para celebrarlas podrán llevar a cabo por vía electrónica las reuniones anteriores a la licitación."

contratación pública. Con todo, varias de ellas tendrán que ser reguladas en virtud de otra legislación.

1. Contratos adjudicados y firmas electrónicas

46. En los párrafos y) del artículo 27 y u) del artículo 38 se hace referencia a un contrato adjudicado "escrito". El artículo 36 prevé, en los apartados a) y b) de su párrafo 2, que en el pliego de condiciones se podrá exigir que el proveedor o el contratista cuya oferta haya sido aceptada "firme un contrato escrito" en los términos de la oferta, en cuyo caso el contrato deberá firmarse dentro de un plazo razonable contado a partir del momento en que se expida al proveedor o contratista el aviso de la aceptación de la oferta.

47. En la práctica nacional, algunos países autorizan el envío por vía electrónica del aviso de aceptación de una oferta[34]. En principio debería ser posible que una entidad adjudicadora de un país cuyo régimen de la contratación pública no oponga obstáculos al reconocimiento jurídico de los contratos negociados por vía electrónica acepte los contratos adjudicados que se concluyan por esa vía. Sin embargo, tal vez los países deseen también prescribir la forma en que las partes deberán firmar, o autenticar de otra forma, un contrato adjudicado que se haya concertado electrónicamente[35].

48. Las opciones de que dispone el Grupo de Trabajo parecen ser básicamente las siguientes:

a) Que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública permita expresamente la conclusión por medios electrónicos de un contrato adjudicado y, en tal caso, que mencione asimismo la posibilidad de que el Estado promulgante establezca el procedimiento para la firma o la legalización de todo contrato adjudicado que se concierte por vía electrónica; o

b) Que la materia sea regulada por otra legislación de los Estados promulgantes, en cuyo caso la Guía para la incorporación eventual al derecho interno podría abordar en forma sucinta las cuestiones pertinentes.

---

[34] El artículo 253 b c) del título 41 del Código de los Estados Unidos (41 U.S.C.S. art. 253b (2004)) dice lo siguiente: "La adjudicación de un contrato se efectuará mediante la transmisión, por escrito o por vía electrónica, de una notificación de la adjudicación al mejor postor. En el plazo de tres días a contar de la fecha de la adjudicación del contrato, el organismo ejecutivo notificará, por escrito o por vía electrónica, a cada licitador al cual no se le haya adjudicado que el contrato se ha adjudicado".

[35] En Austria, el artículo 100 de la *Bundesvergabegesetz 2002* (véase la nota 24 *supra*) establece en el párrafo 1 que el aviso de la adjudicación puede enviarse a los proveedores y contratistas por medios electrónicos. Sin embargo, los párrafos 1 y 2 del artículo 102 contemplan la conclusión del contrato adjudicado mediante el intercambio de documentos sobre soporte de papel por correo certificado, mientras que el párrafo 3 de esa disposición solo autoriza al Gobierno Federal a promulgar un reglamento sobre "la conclusión de contratos" ("*Vertragsabschluss*") por vía electrónica, inclusive normas para garantizar la confidencialidad, autenticidad e integridad de los datos transmitidos a través de esta vía por medio de firmas electrónicas seguras, así como la confidencialidad de éstas". Las normas sobre la autenticidad e integridad de las ofertas electrónicas figuran en el reglamento promulgado en fecha reciente (*E-Procurement-Verordnung 2004*, véase la nota 9 *supra*). Aunque el reglamento no se refiera expresamente a la conclusión del contrato adjudicado, cabe sostener que se aplican los mismos requisitos.

49. De conformidad con el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, "cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta". El artículo 11 de la Ley Modelo establece además que "no se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos. En cuanto a los requisitos relacionados con la firma, el artículo 7 de esa Ley Modelo dispone que, cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: "a) si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente". El requisito de fiabilidad enunciado en esta disposición se expone en forma más detallada en el párrafo 3) del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas[36], que prevé que la firma electrónica se considerará fiable si:

a) Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante;

b) Los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante;

c) Es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y

d) Cuando uno de los objetivos del requisito legal de firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.

50. Una solución aparentemente sencilla del problema de las firmas electrónicas podría consistir en incorporar a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública disposiciones del tenor del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico o del párrafo 3 del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas. No obstante, y como ya se ha indicado, la naturaleza y el propósito de esos otros textos difieren de los de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública y la solución que prevén puede no ser inmediatamente transferible al contexto de este último instrumento (A/CN.9/WG.I/WP.34, párrs. 7 a 13). Además, los métodos de autenticación que una entidad adjudicadora está en condiciones de aceptar pueden verse limitados por diversas razones, inclusive las preocupaciones acerca del nivel adecuado de fiabilidad y disponibilidad de los sistemas de la tecnología de apoyo. Por ultimo, las cuestiones relacionadas con la interoperabilidad de los sistemas de información, tanto entre los organismos públicos del Estado promulgante como dentro de una región

---

[36] Para el texto de la Ley Modelo, véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/56/17), anexo II. La Ley Modelo y la Guía para su incorporación eventual al derecho interno que la acompaña han aparecido como publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.02.V.8, y están disponibles en forma electrónica en el sitio de la CNUDMI en la *web* (http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf).

determinada, indican que a los Estados promulgantes se les debería dar amplia libertad para determinar los métodos de autenticación que aceptarían en el proceso de contratación pública[37].

51. Otra cuestión que tal vez desee examinar el Grupo de Trabajo es la relativa a la entrada en vigor de un contrato adjudicado. El párrafo 4) del artículo 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública prevé que el contrato adjudicado entrará en vigor al expedirse el aviso de aceptación de la oferta "al proveedor o contratista que la haya presentado, siempre que el aviso sea expedido mientras la oferta sea válida". Se considerará expedido el aviso "cuando haya sido correctamente dirigido y transmitido al proveedor o contratista, o remitido a una autoridad competente para que lo transmita al proveedor o contratista, en una de las formas previstas en el artículo 9". El artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, que trata del tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos, establece que este mensaje se tendrá por expedido "cuando 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". En cuanto a esta disposición no exige expresamente que el mensaje de datos esté "correctamente dirigido", este requisito está implícito en el artículo 15.

52. Así pues, el párrafo 4) del artículo 36 de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública está formulado, al parecer, en una forma técnicamente neutral y, con su texto actual, podría servir satisfactoriamente para efectuar las transmisiones electrónicas de avisos de aceptación, en particular en relación con cualquier requisito de carácter general que el Grupo de Trabajo desee formular en el sentido de que todo sistema para el intercambio de comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación debería proporcionar medios adecuados para determinar el momento y lugar del envío y recepción de comunicaciones, documentos y ofertas (véase el párrafo 27 *supra*).

53. En el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 figura un proyecto de propuesta para el texto de las disposiciones habilitantes de carácter general en el artículo 36, que está en consonancia con lo indicado en la opción a) del párrafo 48 *supra*.

2. Expediente del proceso de contratación

54. El artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública exige que la entidad adjudicataria llevará un expediente del proceso de contratación en que conste, como mínimo, cierta información que sea accesible para consulta por las personas interesadas. La propia Ley Modelo no prescribe la forma del expediente y no parece impedir que una entidad adjudicadora lleve el expediente en forma electrónica.

55. El artículo 10 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico prevé que, cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o información sean conservados, ese requisito quedará satisfecho mediante la conservación de los mensajes de datos, siempre que se cumplan las condiciones siguientes: a) que la información que contengan sea accesible para su ulterior consulta; b) que el mensaje de datos sea conservado con el formato en que se haya generado, enviado o

---

[37] Véase Christine Kirchberger y Jon Ramón y Olano, *Issues of Security and Interoperabiity in Electronic Public Procurement* (manuscrito disponible en la Secretaría).

recibido, o con algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida; y c) que se conserve, de haber alguno, todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje, y la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.

56. En la medida en que esta disposición solo establece criterios de carácter general, sin especificar los medios que podrán utilizarse para cumplir sus requisitos, parece que el artículo 10 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico podría constituir una base útil para permitir llevar expedientes electrónicos de los procesos de contratación, en caso de que el Grupo de Trabajo desee incluir una disposición al respecto.

57. En el caso de que el Grupo de Trabajo considere conveniente incluir tal disposición en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, tal vez pueda estimar útil prever que los reglamentos que se promulguen en relación con el artículo 4 de esta Ley Modelo establezcan procedimientos para llevar expedientes electrónicos, así como para acceder a ellos, incluidas medidas encaminadas a garantizar la integridad, accesibilidad y, cuando proceda, confidencialidad de la información. Tal vez se requiera cierta aclaración en ese sentido, habida cuenta de la relación existente entre la "integridad" de la información electrónica y los medios utilizados para "autenticar" esa información (por ejemplo, la firma electrónica), así como del estrecho vínculo entre la conservación de los expedientes sobre el proceso de contratación y la política general del Estado promulgante en materia de mantenimiento y conservación de los registros de los organismos públicos. Esto puede comportar el examen de cuestiones complejas, como, por ejemplo, la interoperabilidad de los sistemas de mantenimiento y conservación de expedientes, el período de conservación (teniendo también presente el cambio tecnológico), la protección de la privacidad y la seguridad de los registros electrónicos[38].

58. En el documento A/CN.9/WG.I/WP.34/Add.2 figuran proyectos de enmienda del artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.

---

[38] Para un examen de la amplia gama de cuestiones ligadas a los registros electrónicos, véase John T. Ramsay, *IT Governance, SOX and Other Acronyms*, junio de 2004 (puede consultarse en http://www.gowlings.com/resources/publications.asp?pubid=1005).

A/CN.9/WG.I/WP.34 y Add.2

Nota de la Secretaría sobre las posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: cuestiones derivadas de la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su séptimo período de sesiones

ADICIÓN

El anexo de la presente nota contiene proyectos de enmienda propuestos a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios que reflejan las consideraciones expuestas en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.34 y Addendum 1.

ANEXO

LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE BIENES, OBRAS Y SERVICIOS

ENMIENDAS PROPUESTAS PARA REGULAR LA PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DE INFORMACIÓN RELACIONADA CON LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN[1]

Artículo 2. Definiciones

...

El término “electrónico” se refiere a la tecnología que comporta una capacidad electrónica, óptica, magnética o de otra índole análoga que puede utilizarse para enviar, recibir o almacenar información, incluidos, en especial, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax[2];

---

[1] Las partes del texto subrayadas son adiciones propuestas al texto actual de la Ley Modelo.

[2] Esta definición se basa en algunos elementos utilizados en el concepto de “mensaje de datos”, que figura en el artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I; publicado también en el *Anuario de la CNUDMI*, vol. XXVII: 1996 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.98.V.7, tercera parte, anexo I), así como en la definición del término “electrónico” contenida en el artículo 2 5) de la Ley uniforme de operaciones electrónicas de los Estados Unidos (UETA), formulada por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre leyes estatales uniformes y aprobada en su 108ª reunión de la conferencia anual (Denver, Colorado, 23 a 30 de julio de 1999) y en el artículo 1 a) de la Ley uniforme de comercio electrónico del Canadá.

Por "sistema electrónico de información públicamente accesible" se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma comunicaciones electrónicas, que en general sea accesible a las personas que empleen dispositivos electrónicos[3].

…

Artículo 5. Acceso del público a los textos normativos

Los textos de la presente Ley y el reglamento de la contratación pública, así como todas las decisiones y directrices administrativas de aplicación general referentes a contratos cuya adjudicación se rija por la presente Ley, y todas las enmiendas de esos textos, serán puestos sin demora a disposición del público y sistemáticamente actualizados, lo cual podrá incluir su divulgación simultánea a través de sistemas electrónicos de información públicamente accesibles.

…

Artículo 5 bis. Anuncio de oportunidades de contratación pública

Variante A

1) [Cuando se prevea en la reglamentación promulgada en virtud del artículo 4] [L]a entidad adjudicadora, a más tardar en [*el Estado promulgante especificará plazo*] a partir del comienzo del ejercicio fiscal, publicará un anuncio de sus necesidades previstas de contratación para el siguiente [*el Estado promulgante especificará el período*].

Variante B

1) Dentro del [*el Estado promulgante especificará el plazo*] a partir del comienzo del ejercicio fiscal, las entidades adjudicadoras podrán publicar un anuncio de sus necesidades previstas de contratación para el siguiente [*el Estado promulgante especificará el período*].

2) La reglamentación de la contratación pública podrá establecer la forma de publicación del anuncio exigido en el párrafo 1), que [podrá incluir la publicación en sistemas electrónicos de información públicamente accesibles] [se hará [principalmente] mediante publicación en sistemas electrónicos de información públicamente accesibles].

3) Lo dispuesto en el párrafo 1) no será aplicable cuando el valor previsto de las adquisiciones sea inferior a [...].

…

Artículo 7. Precalificación

...

2) La entidad adjudicadora, cuando convoque a precalificación, deberá proporcionar la documentación correspondiente al proveedor o contratista que la solicite de conformidad con la invitación a la precalificación y que haya abonado el

[3] Esta definición se basa en algunos elementos utilizados en el concepto de "sistema de información", que figura en el artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

precio cobrado por esa documentación. El precio que la entidad adjudicadora podrá cobrar por la documentación de precalificación no podrá exceder del costo de su impresión y su distribución a los proveedores o contratistas.

2) *bis* [Sin perjuicio del derecho de un proveedor o contratista a solicitar y recibir la documentación de precalificación consignada sobre papel] [L]a obligación de proporcionar esa documentación podrá cumplirse transmitiéndola a los proveedores o contratistas en forma electrónica o poniéndola a disposición de éstos por medio de sistemas electrónicos de información públicamente accesibles, desde los cuales las partes interesadas puedan descargarla o imprimirla.

…

Artículo 9. Forma de las comunicaciones

1) Sin perjuicio de otras disposiciones de la presente Ley ni de los requisitos de forma impuestos por la entidad adjudicadora al dirigir su primera invitación a los proveedores o contratistas para que participen en el proceso de contratación, los documentos, las notificaciones, las decisiones y las demás comunicaciones mencionadas en la presente Ley que la entidad adjudicadora o la autoridad administrativa haya de presentar a un proveedor o contratista, o que un proveedor o contratista haya de presentar a la entidad adjudicadora, se harán de tal forma que se deje constancia de su contenido, inclusive por medio de comunicaciones y documentos electrónicos, cuando ello se prevea en el pliego de condiciones.

1) *bis* [Sin perjuicio del derecho de todo proveedor o contratista a solicitar y recibir avisos, notificaciones y documentos sobre soporte de papel] [C]uando la presente Ley exija a la entidad adjudicadora que envíe avisos o notificaciones a los proveedores o contratistas, o que les transmita documentos, este requisito podrá cumplirse introduciendo el aviso, notificación o documento en un sistema electrónico de información públicamente accesible, desde el cual los proveedores o contratistas puedan descargarlo o imprimirlo.

1) *ter* Cuando el pliego de condiciones exija que las ofertas se presenten en forma electrónica la entidad adjudicadora podrá prever que todas las comunicaciones con los proveedores o contratistas se hagan exclusivamente por vía electrónica de conformidad con las disposiciones de dicho pliego.

...

3) La entidad adjudicadora no discriminará contra ningún proveedor o contratista ni entre unos proveedores o contratistas y otros en razón de la forma en la cual transmitan o reciban documentos, notificaciones, decisiones o cualesquiera otras comunicaciones. Los medios de comunicación que elija la entidad adjudicadora no entrañarán ningún obstáculo irrazonable a la participación en el proceso de contratación.

Artículo 10. Documentos probatorios presentados por proveedores y contratistas

1) La convocatoria a precalificación o el pliego de condiciones podrá disponer que los documentos probatorios para demostrar las calificaciones de los proveedores o contratistas puedan presentarse en la forma de documentos electrónicos que reúnan los requisitos técnicos en cuanto a autenticidad e integridad establecidos [por

la entidad adjudicadora] [en la convocatoria a precalificación o en el pliego de condiciones], a condición de que esos requisitos no discriminen contra o entre los proveedores o contratistas, ni contra cualesquier categoría de ellos.

Artículo 11. Expediente del proceso de contratación

...

5) La entidad adjudicadora podrá [ser autorizada a] llevar el expediente mencionado en el párrafo 1 del presente artículo en forma electrónica, a condición de que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que la información contenida en él sea accesible a fin de poderla utilizar posteriormente para consulta;

b) Que la información electrónica se mantenga en el formato en que se generó, envió o recibió, o en un formato que pueda demostrarse que representa con exactitud la información generada, enviada o recibida;y

c) Que la información, si la hay, se retenga para permitir la identificación del origen y destino de un mensaje de datos, así como la fecha y la hora en que se envió o recibió.

6) La reglamentación de contratación pública podrá establecer procedimientos para llevar los expedientes electrónicos, así como para acceder a ellos, incluidas medidas para garantizar la integridad, accesibilidad y, cuando proceda, la confidencialidad de la información.

...

Artículo 14. Anuncio público de las adjudicaciones de contratos

1) La entidad adjudicadora anunciará públicamente sin demora las adjudicaciones de contratos.

2) La reglamentación de contratación pública podrá disponer la manera en que se ha de efectuar el anuncio público previsto en el párrafo 1), la cual podrá incluir la publicación en sistemas electrónicos de información públicamente accesibles.

3) El párrafo 1) no será aplicable a las adjudicaciones en que el precio que figure en el contrato sea inferior a [...].

...

Artículo 24. Procedimientos de convocatoria a licitación o a precalificación

1) La entidad adjudicadora solicitará ofertas o, cuando corresponda, solicitudes de precalificación *mediante la publicación de una convocatoria en ... (el Estado promulgante indicará la gaceta u otra publicación oficial donde ha de aparecer la convocatoria).*

2) Las convocatorias a licitación o a precalificación podrán también publicarse en sistemas electrónicos de información públicamente accesibles [que suelan utilizar las entidades adjudicadoras del Estado promulgante].

3) La entidad adjudicadora podrá optar por publicar las convocatorias a licitación o a precalificación exclusivamente en forma electrónica cuando esté segura de que el método de publicación elegido:

a) no entraña ningún obstáculo que se oponga al acceso al proceso de contratación;

b) está justificado para promover el logro de economías y eficiencia en ese proceso; y

c) no dará lugar a discriminación alguna entre los posibles proveedores o contratistas ni limitará sustancialmente la competencia de alguna otra manera.

[4) El expediente del proceso de contratación contendrá una declaración escrita de la entidad adjudicadora en el sentido de que se han cumplido las condiciones previstas en el párrafo 3) del presente artículo].

...

Artículo 25. Contenido de la convocatoria a licitación o a precalificación

1) La convocatoria a licitación contendrá, por lo menos, la información siguiente:

...

k) Una declaración de la entidad adjudicadora en que se indique si las ofertas [se presentarán] [podrán presentarse] en forma electrónica y, en caso afirmativo, se enunciarán en ella el procedimiento y el formato para su presentación, así como la dirección electrónica a la que deberán transmitirse. Salvo indicación en contrario en la convocatoria, los proveedores o contratistas tendrán el derecho de presentar ofertas por escrito en sobre sellado, de conformidad con el artículo ....

2) La convocatoria a precalificación contendrá, por lo menos, los datos a que se hace referencia en los incisos a) a e), g), h) y, si ya se conoce, j), del párrafo 1), así como los siguientes:

...

f) Una declaración de la entidad adjudicadora en que se indique si las solicitudes de precalificación [deberán] [podrán] presentarse en forma electrónica y, en caso afirmativo, el procedimiento y formato para su presentación, así como la dirección electrónica a la cuál se transmitirán. Salvo indicación en contrario en la convocatoria, los proveedores o contratistas tendrán el derecho de presentar sus solicitudes [por escrito] [sobre soporte de papel].

Artículo 26. Entrega del pliego de condiciones

...

2) [Sin perjuicio del derecho de un proveedor o contratista a recibir el pliego de condiciones sobre soporte de papel] [L]a obligación de proporcionar ese pliego podrá cumplirse transmitiéndolo a los proveedores o contratistas en forma electrónica o poniéndolo a su disposición a través de sistemas electrónicos de información públicamente accesibles, desde los cuales las partes interesadas puedan descargarlo o imprimirlo.

...

Artículo 28. Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones

...

3) *bis* La entidad adjudicadora podrá convocar a una reunión de los proveedores o contratistas por medios electrónicos de comunicación [, como, por ejemplo, el intercambio en línea de mensajes electrónicos, videoconferencias o alguna otra tecnología análoga,] cuando esté segura de que todos los proveedores o contratistas a los que debería invitar a asistir a una reunión de conformidad con el párrafo 1) del presente artículo tienen acceso a los medios técnicos y de otra índole requeridos y de que los medios de comunicación elegidos por ella no entrañan ningún obstáculo irrazonable a la participación en la reunión.

...

Artículo 30. Presentación de las ofertas

...

5) a) Las ofertas deberán presentarse por escrito, firmadas y en sobre sellado, o de cualquier otra forma especificada en el pliego de condiciones que se ajuste a lo dispuesto en el artículo 30 *bis;*

~~b) Sin perjuicio del derecho de los proveedores o contratistas de presentar una oferta en la forma referida en el inciso a), la oferta podrá también presentarse de cualquier otra forma que se especifique en el pliego de condiciones por la que quede constancia del contenido de la oferta y que proporcione por lo menos un grado análogo de autenticidad, seguridad y confidencialidad;~~

b) La entidad adjudicadora dará a los contratistas y proveedores que lo soliciten un recibo en que consten la fecha y la hora de la presentación de su oferta.

6) Las ofertas que la entidad adjudicadora reciba una vez vencido el plazo para su presentación se devolverán sin abrir a los proveedores o contratistas que las hayan presentado.

Artículo 30 bis. Medidas de seguridad en las comunicaciones y en la tramitación de las ofertas

1) La entidad adjudicadora adoptará las medidas necesarias y establecerá los procedimientos adecuados para asegurarse de que:

a) Se puedan comprobar el origen y la autenticidad de las comunicaciones, documentos y ofertas que se reciban de los proveedores o contratistas;

b) Se preserve la integridad de las comunicaciones, documentos y ofertas que se reciban de los proveedores o contratistas;

c) Se puedan determinar la fecha y hora del envío y recepción de las comunicaciones, documentos y ofertas;

d) La propia entidad u otras personas no tengan acceso a las comunicaciones, documentos y ofertas antes del plazo que se haya fijado;

e) Se pueda averiguar todo acceso o tentativa de acceso no autorizado a las comunicaciones, documentos y ofertas que se produzca con anterioridad al plazo a que se hace referencia en el inciso d) del presente párrafo;

f) Se mantenga la confidencialidad de las comunicaciones, documentos y ofertas que se reciban de otros proveedores o contratistas, o que se refieran a éstos.

2) El [la] ... (*el Estado promulgante designará un órgano o autoridad*) podrá establecer en un reglamento disposiciones concretas para cumplir lo dispuesto en el presente artículo, en particular en lo concerniente a las comunicaciones electrónicas de ofertas, propuestas o cotizaciones presentadas por medios electrónicos.

...

Artículo 33. Apertura de las ofertas

...

4) Cuando el proceso de contratación se lleve a cabo exclusivamente por vía electrónica, de conformidad con el párrafo 1) *ter* del artículo 9, el inciso k) del párrafo 1) y el inciso f) del párrafo 2) del artículo 25 o [*insertar las disposiciones relativas a las subastas inversas o de puja o precio descendente y otros procedimientos totalmente automatizados, si los hubiera*], se considerará que se ha permitido a los proveedores o contratistas estar presentes en el acto de la apertura de las ofertas si están autorizados a seguir esa apertura a través de los medios electrónicos de comunicación [, como, por ejemplo, el intercambio en línea de mensajes electrónicos, videoconferencias o alguna otra tecnología similar,] utilizados por la entidad adjudicadora, a condición de que todos los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas tengan acceso a los medios técnicos y de otra índole requeridos y que los medios de comunicación utilizados por esa entidad no entrañen ningún obstáculo irrazonable a la participación en la sesión.

...

Artículo 36. Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato

...

7) Cuando un contrato por escrito adjudicado tenga que ser firmado en virtud del presente artículo, este requisito se cumplirá mediante la utilización de comunicaciones electrónicas o documentos firmados con una firma electrónica que satisfaga todo requisito establecido por la entidad adjudicadora.

...

Artículo 37. Anuncio en el que se solicitan propuestas

...

2) *bis* El anuncio podrá publicarse asimismo en sistemas electrónicos de información públicamente accesibles [que suelan utilizar las entidades adjudicadoras del Estado promulgante]. La entidad adjudicadora podrá optar por publicar el anuncio tan solo en forma electrónica cuando esté segura de que el método elegido de publicación:

a) no entraña ningún obstáculo para acceder al proceso de contratación;

b) está justificado para promover el logro de economías y eficiencia en el proceso de contratación; y

c) no dará lugar a discriminación contra los posibles proveedores o contratistas ni limitará sustancialmente la competencia de alguna otra forma.

[2) *ter* El expediente del proceso de contratación contendrá una declaración escrita de la entidad adjudicadora en el sentido de que se han cumplido las condiciones previstas en el párrafo 2) *bis* del presente artículo.]

...

...

4) *bis* [Sin perjuicio del derecho de todo proveedor o contratista a recibir la solicitud de propuestas o la documentación de precalificación sobre soporte de papel] [L]a obligación de entregar esa solicitud o documentación podrá ser cumplida mediante la transmisión de los documentos a los proveedores o contratistas en forma electrónica o poniéndolos a disposición de ellos por medio de sistemas electrónicos de información públicamente accesibles, desde los cuales las partes interesadas puedan descargarlos o imprimirlos.

...

Artículo 40. Aclaraciones y modificaciones de la solicitud de propuestas

...

3) *bis* La entidad adjudicadora podrá convocar a una reunión de los proveedores o contratistas por medios electrónicos tales como el intercambio en línea de mensajes electrónicos, las videoconferencias o alguna otra tecnología análoga, cuando esté segura de que todos los proveedores o contratistas a quienes la entidad debería convocar a una reunión conforme al párrafo 1) del presente artículo tienen acceso a los medios técnicos y de otra índole requeridos y de que los medios de comunicación elegidos por esa entidad no entrañan ningún obstáculo irrazonable que se oponga a la participación en la reunión.

...

Artículo 47. Procedimiento de licitación restringida

...

2) Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida, deberá hacer publicar un aviso del proceso de licitación restringida en ... (el Estado promulgante indicará la gaceta u otra publicación oficial en la que se haya de publicar el aviso).

2) *bis* El aviso podrá publicarse también en sistemas electrónicos de información públicamente accesibles [que suelan utilizar las entidades adjudicadoras del Estado promulgante]. La entidad adjudicadora solo podrá optar por publicar el aviso en forma electrónica cuando esté segura de que el método de publicación elegido:

a) no entraña ningún obstáculo al acceso al proceso de contratación;

b) está justificado para promover el logro de economías y eficiencia en ese proceso; y

c) no dará lugar a discriminación alguna contra los posibles proveedores o contratistas ni limitará sustancialmente la competencia de algún otro modo.

[2) *ter* El expediente del proceso de contratación contendrá una declaración escrita de la entidad adjudicadora en el sentido de que se han cumplido las condiciones previstas en el párrafo 2) *bis* del presente artículo.]

...

Artículo 48. Solicitud de propuestas

1) La entidad adjudicadora solicitará propuestas del mayor número [practicable] de proveedores o contratistas pero, de ser posible, de un mínimo de tres.

2) La entidad adjudicadora publicará en un periódico de gran difusión internacional o en una publicación profesional o revista técnica sobre la materia de gran difusión internacional un anuncio a quienes tengan interés en presentar propuestas, salvo que por razones de economía o eficiencia no considere conveniente hacerlo; ese anuncio no conferirá derecho alguno a los proveedores o contratistas, ni siquiera el derecho a que su propuesta sea evaluada.

2) *bis* El aviso podrá también publicarse en sistemas electrónicos de información públicamente accesibles [que suelan utilizar las entidades adjudicadoras del Estado promulgante]. La entidad adjudicadora sólo podrá optar por publicar el aviso en forma electrónica cuando esté segura de que el método de publicación elegido:

a) no representa un obstáculo al acceso al proceso de contratación;

b) está justificado promover el logro de economías y eficiencia en ese proceso; y

c) no dará lugar a discriminación contra los posibles proveedores o contratistas ni limitará sustancialmente la competencia de algún otro modo.

[2) *ter* El expediente del proceso de contratación contendrá una declaración escrita de la entidad adjudicadora en el sentido de que se han cumplido las condiciones previstas en el párrafo 2) *bis* del presente artículo.]

...

A/CN.9/WG.I/WP.35

F. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: cuestiones suscitadas por la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública: estudio comparado de la experiencia adquirida en el empleo de la subasta electrónica (inversa) en la contratación pública, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su séptimo período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.35 y Add.1) [original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-3
II.	Observaciones generales	4-11
	A. Definición de “subasta electrónica inversa”	4-5
	B. Grado de utilización de las subastas electrónicas inversas	6
	C. Ventajas e inconvenientes	7-11
III.	Los marcos reglamentarios y las prácticas seguidas en la contratación pública en materia de subastas electrónicas inversas: estudio comparado	12-34
	A. Alcance de las reglamentaciones	12-16
	B. Requisitos para la realización de subastas electrónicas inversas	17-34
	1. Requisitos generales	17-19
	2. Limitaciones de los bienes y servicios que pueden ser objeto de subastas electrónicas inversas	20-25
	3. Formas de proceder a subastas electrónicas inversas en procesos de contratación pública	26-27
	4. Criterios de evaluación y adjudicación	28-32
	5. Modelos de subastas electrónicas inversas	33
	6. Conclusión	34

I. Introducción

1. La labor actual del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) de revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (en adelante, "la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública" o "la Ley Modelo")[1] se fundamenta en los párrafos 1 a 5 del documento A/CN.9/WG.I/WP.34, que se somete al examen del Grupo de Trabajo en su séptimo período de sesiones.

2. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó, entre otras cosas, la utilización de las subastas electrónicas inversas (o de puja o precio descendente) en la contratación pública. El Grupo de Trabajo reconoció que la práctica de este tipo de subastas electrónicas era una realidad y confirmó que estaba dispuesto a estudiar la introducción en la Ley Modelo de disposiciones que permitieran recurrir, de forma facultativa, a las subastas electrónicas inversas. No obstante, antes de adoptar una decisión definitiva al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que sería útil disponer de mayor información sobre las aplicaciones prácticas de las subastas electrónicas inversas en los países en que ya se hubiera introducido ese método. Se pidió a la Secretaría que presentara esa información en forma de estudio comparado de las prácticas seguidas al respecto (A/CN.9/568, párr. 54).

3. La presente nota se ha preparado conforme a lo que solicitó el Grupo de Trabajo. En la nota se comparan las diversas normativas que regulan las subastas electrónicas inversas en países de distintas regiones del mundo. Se analiza en la nota únicamente la legislación en materia de contratación pública que rige concretamente las subastas electrónicas inversas, sin entrar a examinar otras leyes que afectan a las subastas electrónicas inversas, como la legislación en materia de competencia o la reglamentación del comercio electrónico. Los aspectos de la contratación pública relacionados con el comercio electrónico se analizan en tres notas de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.34 y Add.1 y 2).

II. Observaciones generales

A. Definición de "subasta electrónica inversa"

4. Cabe definir la subasta electrónica inversa como una operación de subasta dinámica hecha por vía informática y en tiempo real (es decir, sin desfase de tiempo y con efecto inmediato) entre una organización adquirente y varios proveedores que compiten por obtener la adjudicación de un contrato presentando sucesivamente

---

[1] El texto de la Ley Modelo figura en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm.* 17 y corrección (A/49/17 y Corr.1), anexo I (también publicada en el Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. XXV:1994 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.20), tercera parte, anexo I. La Ley Modelo puede consultarse, en formato electrónico, en la página de la CNUDMI en Internet (http://www.uncitral.org/english/texts/procurem/ml-procure.htm).

ofertas cada vez más económicas durante un período previamente determinado[2]. Las subastas electrónicas inversas se realizan tanto en el sector privado como en el sector público. Las modalidades de contratación de cada gobierno repercuten en las características de las subastas electrónicas hechas en la contratación pública.

5. A diferencia de lo que ocurre con la subasta tradicional de venta, en la que interviene un único vendedor y muchos compradores y en la que éstos pugnan por el derecho a efectuar la compra y aquéllos utilizan las fuerzas del mercado para inducir a los compradores a incrementar el precio de sus ofertas, en una subasta inversa hay un único comprador y muchos proveedores; el comprador fija sus requisitos y los proveedores van reduciendo el precio de sus ofertas con miras a que se les adjudique el contrato de suministro. Así pues, en el caso de las subastas inversas el comprador utiliza las fuerzas del mercado para inducir a los proveedores a ofrecer precios más bajos. Según los analistas económicos, no hay diferencia de resultados entre la modalidad de las subastas tradicionales y la de las inversas[3]. Los gobiernos han utilizado ambos tipos de subastas en interés propio. Por ejemplo, en Colombia se recurre a las subastas tradicionales para vender bienes del Estado[4], mientras que en la Argentina[5], el Brasil[6] y Costa Rica[7] los gobiernos convocan subastas inversas para la adquisición de los productos que necesitan. En estos últimos casos, que son de contratación pública propiamente dicha, solo pueden emplearse procedimientos

---

[2] Véase el *Focus Study* del Center for Advanced Purchasing Studies (CAPS Research), "Role of reverse auctions in strategic sourcing", 2003, que se puede consultar en el siguiente sitio de Internet: http://www.capsresearch.org/publications/pdfs-public/beall2003es.pdf.

[3] Véase Soudry, O., "Promoting economy: electronic reverse auctions under the EC directives on public procurement", 2004, Journal of Public Procurement, vol. 4, núm. 3, pág. 345.

[4] Ley núm. 80 de 1993 (disponible en el sitio de Internet http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/L0080_93.HTM), artículo 24, sección 3. En Colombia se prevé también el sistema de conformación dinámica de ofertas, que se asemeja al mecanismo de la subasta. Este sistema fue establecido en el artículo 5 del Decreto Presidencial 2170, de 30 de septiembre de 2002 (directrices de ejecución para la Ley núm. 80, que pueden consultarse en la sección de documentos de la página de Internet http://www.contratos.gov.co).

[5] *Decreto delegado* 1023/2001 de 13 de agosto de 2001 (consultable en http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/68396.htm); en el párrafo b) del artículo 25, Procedimientos de Selección, se prevé la realización de subastas públicas para la contratación pública de bienes.

[6] La Ley Federal núm. 8.666, de 21 de junio de 1993, enmendada (el texto íntegramente en portugués figura en http://www.planalto.gov.br/ y en http://www.COMPRASNET.gov.br/legislacao/leis/ lei8666.pdf.) agregó la "subasta de contratación pública" (*pregao*) a otros métodos de contratación pública. En los Decretos 3.555 y 3.693, de 8 de agosto y 20 de diciembre de 2000, respectivamente, se enunció la lista de los bienes y servicios que podían contratarse mediante subastas inversas, limitándolos a "bienes básicos", es decir, a los productos de venta libre al público, cuyos niveles de calidad se establecían en el mercado; en tales subastas el precio constituye el único elemento diferencial.

[7] *Decreto* núm. 25038-H, *Reglamento General de Contratación Administrativa*, de 6 de marzo de 1996 (expuesto en la página de Internet http://www1.hacienda.go.cr/proveeduria-financiera/reg%20gral%20de%20contratacion%20adva.html), en virtud de cuyo artículo 64.1 puede procederse a subastas para la adquisición de productos genéricos, que en el artículo 64.2 se definen como los artículos producidos conforme a las pautas generales de fabricación y distribuidos por cuatro vendedores como mínimo, sin que el cumplimiento de los requisitos dependa de los mecanismos contractuales o de producción o del proveedor. En virtud del artículo 64.6, las ofertas se formulan verbalmente y en persona frente a todos los demás licitantes acreditados.

de subasta inversa, pues se da la situación de que varios proveedores o contratistas pugnan entre ellos por obtener la adjudicación de un contrato público.

B. Grado de utilización de las subastas electrónicas inversas

6. El grado de utilización de las subastas electrónicas inversas depende en gran medida del grado de actividad económica realizada mediante el comercio electrónico en un país. En los países en que el comercio electrónico se ha convertido en la norma, existe una gran tendencia a recurrir a las subastas electrónicas inversas en la contratación pública. Entre los primeros países en que se ha utilizado este tipo de subastas destacan Australia[8], el Brasil[9], el Canadá, los Estados Unidos[10], Francia, el Reino Unido[11], Singapur y Tailandia. Actualmente existe una fuerte tendencia a introducir las subastas electrónicas inversas en la contratación pública en diversos países, concretamente en Estados de Asia, Europa central y oriental y en algunos países de América Latina[12]. Esta tendencia se ve reforzada por iniciativas

---

[8] Desde mayo de 1999 Australia dispone de un marco nacional integrado para la contratación electrónica (véase el "Framework for national cooperation on electronic commerce in government procurement", en http://www.apcc.gov.au/docs/NationalECFramework.pdf.). Este marco es una síntesis de diversas iniciativas del Commonwealth concebidas para promover la contratación electrónica. Los Estados federados también han establecido centros de negocios para fomentar la aceptación de la contratación pública por vía informática y han creado sus propios portales informáticos para la contratación electrónica. Esos Estados federados de Australia son New South Wales (http://www.cpsc.nsw.gov.au/e-procurement/links.htm), Victoria (http://www.ec4p.dtf.vic.gov.au/domino/web_notes/ec4p/ec4p.nsf/frameset/EC4P/OpenDocument) y Queensland (http://www.qgm.qld.gov.au/prc/English/prc_intro.htm).

[9] En el Brasil se introdujeron las subastas electrónicas inversas en la contratación pública mediante el Decreto núm. 3.697, de 21 de diciembre de 2000. En 2001, el 3,2% del volumen total de bienes y servicios adquiridos mediante contratación pública por el Gobierno Federal se tramitó mediante subastas electrónicas inversas. Este porcentaje pasó a ser del 12% en 2003 y de alrededor del 20% en 2004. La plataforma informática para la contratación pública electrónica del Gobierno Federal del Brasil es COMPRASNET (www.comprasnet.gov.br). Complementa esta plataforma OBRASNET (http://www.obrasnet.gov.br/), en la que se incluye una base de datos sobre costos, informes sobre la marcha de obras, fotografías y material relativo a obras de ingeniería civil ejecutadas por el Gobierno Federal, todo ello basado en información facilitada por el Tribunal Nacional de Cuentas (TCU) y por el Banco Federal de Desarrollo de la Vivienda (CEF).

[10] Puede consultarse información sobre novedades y experiencias de los Estados Unidos y de otros países en la realización de subastas electrónicas inversas para la contratación pública en http://www.egov.vic.gov.au/Research/OnlineAuctions/auctions.htm. Véanse los debates de un grupo de reflexión sobre los éxitos y los fracasos de la utilización de subastas electrónicas inversas en la contratación pública de los Estados Unidos en http://www.wifcon.com/arc/forum62.htm.

[11] Véase la página en Internet de la Oficina de Comercio Gubernamental del Reino Unido (OGC) (http://www.ogc.gov.uk).

[12] Con respecto a América Latina, si bien de los resultados del estudio se desprende que, con la excepción del Brasil, en ninguno de los países examinados, y al parecer en ningún otro país de la región, se recurre actualmente a subastas electrónicas inversas para la contratación de bienes o de servicios para el sector público, se ha observado que en algunos países, como Chile, Costa Rica y México, se está planteando esa posibilidad. El ritmo de introducción de las subastas electrónicas inversas en la contratación pública va a la par con el desarrollo de las iniciativas gubernamentales de comercio electrónico, y en particular con la contratación pública por medios electrónicos, que avanza con gran rapidez en esos países. En general, la legislación actual

adoptadas a nivel internacional y regional, concretamente por los bancos de desarrollo multilateral[13] y por la OMC[14]. No obstante, por diversas razones, la mayoría de los países aún no han introducido las subastas electrónicas inversas en sus procedimientos de contratación pública.

C. Ventajas e inconvenientes

7. En opinión de algunos analistas, las subastas electrónicas inversas, si se utilizan adecuadamente, ofrecen la posibilidad de mejorar la rentabilidad[15], de fomentar una asignación eficiente de los recursos[16] y de dar transparencia al

---

permite -y en algunos países incluso impone- la utilización de medios electrónicos en la contratación pública. No obstante, se requiere la promulgación de legislación que autorice y regule expresamente la realización de subastas electrónicas inversas, que tropiezan con obstáculos de tipo técnico, financiero y político.

[13] Véase, en particular, el Electronic Government Procurement Portal, lanzado por el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial en noviembre de 2004 (accesible en http://www.mdb-egp.org/data/default.asp.). Ese portal contiene una serie de documentos preparados por los bancos multilaterales de desarrollo y utilizados por muchos países al crear sus portales de contratación pública por medios electrónicos. En una de las secciones del portal se ilustra la utilización de la contratación pública por medios electrónicos en diversos países, o la disposición de esos países a introducirla, se exponen las funciones y características de los sistemas y se facilita la realización de comparaciones entre países.

[14] Actualmente, la Organización Internacional del Comercio (OMC) está negociando propuestas de revisión del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) (véase el anexo 4 b) del Acta Final en la que se recogen los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, que se puede consultar en http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_e.pdf), Acuerdo al que se agregará una disposición explícita sobre las subastas electrónicas inversas (Artículo XI.3 bis del proyecto de texto de 4 de noviembre de 2003. La versión oficial no se ha publicado).

[15] Se puede incrementar la rentabilidad del dinero mediante un precio de mercado competitivo y se pueden realizar sustanciales economías de costos mediante un comercio dinámico efectuado en tiempo real (al instante) gracias al aumento de la competencia entre los ofertantes y a la creación de un vínculo directo entre compradores y vendedores sin intermediarios, poniendo realmente en manos del comprador el poder para fijar los precios y transformando el método de fijación de precios para que sea dinámico en vez de estático. En diversas subastas electrónicas inversas efectuadas por entidades públicas se ha señalado que se han realizado economías de costos tangibles que han sido fruto directo del carácter electrónico de las subastas. Véase Stein, A. y Hawking, P., "Reverse auction e-procurement: a suppliers viewpoint", en http://ausweb.scu.edu.au/aw02/papers/refereed/stein/paper.html. Véanse también Wyld, D. C., "Auction model: how the public sector can leverage the power of e-commerce through dynamic pricing", 2000, en http://www.businessofgovernment.org/pdfs/WyldReport.pdf.; y Curran, E., Bernert, A. y Wiegand, A., "Electronic procurement in the public sector: factsheet on latest developments in e-procurement in the EU and its Member States", agosto de 2004, en http://www.eic.ie/downloads/e_procurement.pdf. Véase asimismo "E-procurement: cutting through the hype", de la OGC (Oficina de Comercio Gubernamental del Reino Unido), en http://www.ogc.gov.uk.

[16] Se argumenta que con la técnica de la subasta electrónica se reduce notablemente el tiempo requerido para efectuar una adquisición, en comparación con lo que se tarda en un proceso tradicional de tramitación de propuestas sobre papel. Con las subastas electrónicas se pueden reducir también muchas dificultades y gastos administrativos que normalmente trae consigo el procedimiento tradicional abierto, como los costos de tramitación y de evaluación de las ofertas,

proceso de adjudicación de contratos[17]. También se ha dicho a su favor que pueden dar a los sistemas gubernamentales un carácter más accesible y más cómodo para el usuario, que pueden permitir a los gobiernos mantenerse al día de la evolución tecnológica, de las prácticas comerciales y de los precios en el sector privado, así como conocer mejor el mercado y abrir los mercados estatales de licitación a los proveedores que aún no hayan tenido acceso a ellos[18]. En las directivas de la Unión Europea (UE) en materia de contratación pública, recientemente promulgadas, se ha reconocido que las subastas electrónicas inversas podían ejercer un efecto positivo en la competencia, particularmente al romper los esquemas preferentes, en materia de adquisiciones, de algunos Estados miembros de la UE[19]. Se ha señalado asimismo que, con las subastas electrónicas inversas, disminuía el número de contratos adjudicados mediante métodos no competitivos[20].

8. La mayoría de los analistas convienen en que las subastas electrónicas inversas dan buenos resultados cuando se trata de bienes y servicios que pueden especificarse claramente y cuyos criterios no referentes a los precios pueden cuantificarse, cuando sus costos de modificación (por ejemplo los de sustitución de los proveedores) son aceptables, y cuando existe un mercado competitivo para esos bienes y servicios. En cambio, se considera en general que este tipo de subastas no son adecuadas cuando

---

los costos de comunicación e incluso los gastos de espionaje industrial y comercial que realizan los posibles licitantes antes de presentar sus ofertas. Véase CAPS Research Focus Study, "Role of reverse auctions in strategic sourcing", 2003 (véase la nota 2 *supra*). La reducción de los períodos de duración de tales procesos en el contexto de las subastas electrónicas inversas ya se ha hecho constar en algunos textos legislativos. Por otra parte, se observa que esa pauta puede repercutir en otros métodos de contratación pública en los que, sin embargo, tal vez no se justifique la reducción de dichos períodos respecto de ciertos actos.

[17] Algunos analistas ponen de relieve las evidentes ventajas que tienen las subastas sobre el procedimiento tradicional de licitación en lo que respecta a la transparencia del proceso de adjudicación de contratos. Estas ventajas se derivan del hecho de que, en un procedimiento de subasta electrónica inversa, se limita el riesgo de que una entidad adjudicadora que tenga preferencia por una determinada empresa le proporcione información sobre otras ofertas, ya que todos los licitantes tienen acceso, en condiciones de transparencia y de igualdad, a la información sobre las demás ofertas, y ya que se permite a todos ellos modificar sus respectivas ofertas en cualquier momento del plazo establecido. De este modo, la subasta electrónica inversa puede incrementar la transparencia a dos niveles: 1) proporcionando información sobre otras ofertas; y 2) dando acceso a todos los ofertantes interesados a las fases de procedimiento y a sus resultados. Véase Soudry, O., "Promoting economy: electronic reverse auctions under the EC directives on public procurement", 2004. Journal of Public Procurement, vol. 4, núm. 3, pág. 354. Véase también Wyld, D. C., "Auction model: how the public sector can leverage the power of e-commerce through dynamic pricing", 2000, en la página de Internet http://www.businessofgovernment.org/pdfs/WyldReport.pdf.

[18] Véase CAPS Research Focus Study, "Role of reverse auctions in strategic sourcing", 2003 (véase la nota 2 *supra*). Véase también Wyld D. C., "Auction model: how the public sector can leverage the power of e-commerce through dynamic pricing", 2000, en la página de Internet http://www.businessofgovernment.org/pdfs/WyldReport.pdf.

[19] Véase Soudry, O., "Promoting economy: electronic reverse auctions under the EC directives on public procurement", Journal of Public Procurement, vol. 4, núm. 3, págs. 340 a 342. (En el estudio recientemente realizado por la Comisión Europea se reveló que la contratación pública transfronteriza directa en Europa representa tan sólo un 3% del número total de ofertas presentadas por las empresas del muestreo y poco más de un 30% de la penetración transfronteriza indirecta (es decir, de la utilización de filiales locales por empresas extranjeras)).

[20] Así se desprende de la información facilitada a la secretaría durante las consultas mantenidas con expertos.

se trata de productos que requieren una única operación y en que la calidad es más importante que el precio, o de productos estratégicos sobre los que es fundamental que existan alianzas entre los proveedores[21].

9. A fin de que las subastas electrónicas inversas funcionen debidamente, es preciso disponer de tecnología compleja, de capacidad operativa, de una infraestructura legal y reglamentaria, así como de sistemas que permitan la presentación de ofertas y la apertura de licitaciones por medios electrónicos y que garanticen la seguridad y la fiabilidad del proceso, y su acceso a él. Los costos de realización de las subastas inversas, concretamente la elaboración de programas informáticos adecuados o la adaptación de programas genéricos a las condiciones del lugar, pueden ser notables y constituir un factor de peso, especialmente si dichos costos son desproporcionadamente superiores al valor de la contratación pública o si no se recurre con suficiente frecuencia a las subastas electrónicas inversas para que el sistema compense los gastos a largo plazo. Otro inconveniente que se planteó es que, en los países en que la red de Internet no esté ampliamente difundida y en que el acceso a ella difiera según los niveles de ingresos, las subastas electrónicas inversas pueden resultar discriminatorias para los proveedores que dependan de su acceso a nueva tecnología y de la calidad de su conexión con Internet.

10. En algunos países en que se han introducido las subastas electrónicas inversas se ha señalado el inconveniente de que, al menos en algunos tipos de contratación pública, esas subastas raras veces aportan beneficios comparables a los que se obtienen mediante los procedimientos de selección actualmente reconocidos. Por ejemplo, se ha argumentado que esas subastas: a) no garantizan el precio viable y practicable más bajo[22] ni permiten seguir realizando economías en ulteriores subastas inversas[23]; b) entrañan costos ocultos que pueden absorber las economías realizadas en el proceso de subasta propiamente dicho[24]; c) pueden fomentar la imprudencia en la presentación de ofertas e incrementar así el riesgo de ofertas tan

---

[21] Véase, por ejemplo, la orientación dada por la OGC en la página de Internet http://www.ogc.gov.uk/index.asp?docid=1001034. Véase también CAPS Research Focus Study, "Role of reverse auctions in strategic sourcing", 2003 (véase la nota 2 *supra*).

[22] Se señala que, a diferencia de lo que ocurre en el sistema tradicional de las ofertas selladas, en que los licitantes concurrentes solo tienen una oportunidad de presentar ofertas, en las subastas electrónicas inversas, cada licitante reconoce que tendrá la posibilidad de presentar ofertas sucesivas, con lo cual no estará muy motivado para ofrecer su precio más bajo y, posteriormente, tal vez no llegue nunca a ofrecerlo. Por consiguiente, la oferta ganadora puede ser simplemente la que prevea el segundo precio más bajo, con la substracción de una determinada cantidad, y no la oferta viable y practicable que sea realmente la más baja. Véase el libro blanco de los Associated General Contractors of America (AGC), "Reverse auctions over the Internet: efficiency—at what cost?", 2003, consignado en la página de Internet http://www.agchouston.org/content/public/pdf/cornerstone/Winter2003_Reverse_Auctions.pdf.

[23] Ibíd.

[24] Véase Emiliani, M. L. y Stec, D. J., "Aerospace parts suppliers' reaction to online reverse auctions". Supply Chain Management: An International Journal, 2004. Por ejemplo, existe una tendencia a no hacer intervenir a los proveedores durante la fase de diseño en que podrían realizarse notables economías y considerables mejoras de calidad para la fase de producción. Este problema se planteó en el contexto de las operaciones B2B, aunque también puede darse en las de tipo B2G. El resumen y los temas clave del artículo, así como otros artículos de los mismos autores sobre el procedimiento de las subastas electrónicas inversas, pueden consultarse en la página de Internet http://www.theclbm.com/research.html.

bajas que resulten anómalas[25]; d) no tienen debidamente en cuenta los factores no relacionados con el precio, tales como la calidad del rendimiento y las relaciones entre el comprador y los proveedores[26]; e) crean conflictos de intereses en el mercado, por ejemplo, entre las empresas de programas informáticos[27] y las empresas intermediarias o las empresas operadoras en el mercado electrónico[28]; f) son más vulnerables que los procesos tradicionales de licitación a las colusiones entre ofertantes, especialmente en los proyectos con un escaso número de ofertantes o en las licitaciones repetidas en que vuelve a presentarse el mismo grupo de ofertantes[29]; y g) tienen repercusiones negativas en el mercado, que afectan

---

[25] El tema de los criterios existentes para abordar el riesgo de que se ofrezcan precios tan bajos que sean anómalos, inclusive en las subastas electrónicas inversas, se analiza en una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.36).

[26] Parece existir un consenso en torno a la idea de que las subastas electrónicas inversas, debido a las enormes y anónimas impresiones que en ellas se ejerce para hacer bajar los precios, no son siempre las vías óptimas para las entidades que traten de establecer relaciones duraderas en la cadena de suministros basadas en la calidad; por esa razón, los *keiretsu* industriales del Japón evitarían proceder a toda subasta electrónica inversa que afectara a sus bien organizadas cadenas de suministros. Véase Liker, J. K. y Choi, T. Y., "Building deep supplier relationships", Harvard Business Review, diciembre de 2004, págs. 104 a 106 (artículo también recogido en http://www.nbbc.org/builddeep.pdf.). Véase también Emiliani, M. L. y Stec, D. J. en http://www.theclbm.com/research.html.

[27] En los Estados Unidos, por ejemplo, se observó que las convocatorias de subastas electrónicas inversas generaban un enorme interés y una masiva afluencia de productores de programas informáticos que trataban de vender sus sistemas para la subasta. Véase Yukins, C. R., "Conduct of electronic reverse auctions: a comparative report on experience in the U.S. procurement system", octubre de 2004, informe disponible en la Secretaría. Véase asimismo Nash, R. C. y Cibinic, J., "Reverse auctions: more thoughts", Nash & Cibinic Report (West Group, diciembre de 2000), vol. 14, núm. 12, pág. 67 ("Según se observa, los departamentos de comercialización de las empresas productoras de programas informáticos están lanzando una ofensiva en toda regla dirigida a las oficinas gubernamentales de contratación pública para hacerles comprar los programas informáticos de licitación en "subastas inversas" que esas empresas han concebido para su utilización en el mundo mercantil".)

[28] Se trata de entidades que proporcionan a un comprador los servicios de un gestor de subastas que se encarga de organizar y administrar la subasta y de asesorar al comprador sobre el método de adquisición que puede utilizar. Estas entidades pueden encontrarse en una situación especialmente delicada al representar y al tener contactos a la vez con proveedores y compradores en el mercado. La experiencia registrada en Europa ha corroborado la grave amenaza que pueden plantear esos posibles conflictos de organización. Véase Yukins, C. R., "Conduct of electronic reverse auctions: a comparative report on experience in the U.S. procurement system", octubre de 2004, artículo disponible en la Secretaría; y Kennedy-Loest, C. y Kelly, R., "EC competition law rules and electronic reverse auctions: a case for concern?", 2003, 12 PUBLIC PROCUREMENT LAY REVIEW, núm. 1, págs. 27 a 33. En los Estados Unidos, la realización de subastas electrónicas inversas ha sido impulsada, al menos en parte, por organismos federales "empresariales", que ofrecen a otras entidades servicios para subastas inversas contra cobro de tarifas por cada servicio prestado (www.buyers.gov,). Véase Yukins, C. R., "Conduct of electronic reverse auctions: a comparative report on experience in the U.S. procurement system", octubre de 2004, disponible en la Secretaría.

[29] La colusión puede definirse con un acuerdo, ya sea explícito o implícito, entre un grupo de ofertantes con el que se pretende restringir la competencia (Porter & Zona, 1993). Puede haber colusión en una subasta electrónica inversa cuando dos o más licitantes se ponen de acuerdo para manipular el precio de la subasta, o también cuando un vendedor utiliza empresas ficticias para presentar falsas ofertas que hagan aumentar el precio en una subasta. De este modo, las autoridades contratantes pueden tener que hacer frente a precios superiores y los miembros de tal consorcio podrán tener beneficios por encima de los precios competitivos. Véase Soudry, O.,

concretamente a la competencia[30], a las innovaciones técnicas y a las prácticas innovadoras[31]. Además, algunos analistas ponen en tela de juicio la legalidad de esa técnica, habida cuenta de que, por sus características intrínsecas, entra en conflicto con los principios y prácticas tradicionales de la contratación pública, como, por ejemplo, con las reglas que prohíben la revelación de información sobre otras ofertas[32], la clausura anticipada del plazo para las negociaciones o el mercadeo de ofertas[33].

11. Se ha reconocido que, mediante una reglamentación adecuada de las subastas electrónicas inversas, sería posible paliar la mayoría de los problemas que éstas

---

"Promoting economy: electronic reverse auctions under the EC directives on public procurement", 2004, Journal of Public Procurement, vol. 4, núm. 3, págs. 360 a 363 y 366.

[30] Sobre el tema de la competencia, véase, en general, Trepte, P., "Electronic procurement marketplaces: the competition law implications", 2001, 10 Public Procurement Law Review, págs. 260 a 280 (análisis de las prácticas que afectan a la libre competencia en el contexto de un mercado electrónico de la contratación pública). Véase también Kennedy-Loest, C. y Kelly, R., "The EC competition law rules and electronic reverse auctions: a case for concern?", 2003, 12 Public Procurement Law Review, núm. 1, págs 27 a 33 (análisis de los tres principales temas que preocupan a la Comisión Europea respecto de la compatibilidad de los mercados electrónicos (y, por analogía, de las subastas electrónicas inversas) con la reglamentación de la competencia en la UE: el intercambio de información, en particular porque el mercado de la subasta brinda a los competidores un foro en el que pueden intercambiar información comercial delicada; las cuestiones del acceso a subastas y la extorsión (¿se ha establecido un mercado o se ha convocado una subasta con el fin de excluir a determinados competidores o de exigirles que participen de forma exclusiva?); y la suma agregada de poderes adquisitivos (¿la subasta o el mercado facilitan que los participantes en una subasta realicen conjuntamente adquisiciones o ventas?)).

[31] En particular debido a la detallada información que suele requerirse en las especificaciones de los objetos de subastas electrónicas inversas.

[32] En los Estados Unidos, el debate sobre las subastas electrónicas inversas se ha centrado, en gran medida, en la revelación de información que afecta a la competencia en el transcurso de la subasta. La Ley denominada "Procurement Integrity Act" dispone que los encargados de la contratación pública, según se definen en dicha ley, "no revelarán a conciencia, salvo en los casos que establezca la ley, información sobre ofertas y propuestas de los contratistas ni información sobre la selección de las fuentes antes de que se adjudique el contrato a que se refiera dicha información". 41 U.S.C. § 423(a)(1) - (2) (2000). Véase también el Reglamento denominado "Federal Acquisition Regulation" (FAR) núm. 3.104-4 (a). Se permite revelar información en determinados casos, por ejemplo, cuando el ofertante lo autorice (es decir, cuando la revelación sea voluntaria). 41 U.S.C. § 423(h)(1) - (2) (2000) y Reglamento (FAR) núm. 15.306(e)(3). Según la publicación de la American Bar Association, Public Contract Law Section, "Comments on reverse auction notice", 5 de enero de 2001, recogida en http://www.abanet.org/contract/federal/regscomm/ecomm_003.html, en las subastas electrónicas inversas que se han realizado hasta la fecha, candidatos a licitantes han convenido expresamente en revelar sus parámetros en precios a fin de participar en la contratación pública. No obstante, según parece, no habrían podido participar si no hubieran accedido a ello con lo cual cabe poner en duda el carácter real y "voluntario" de su consentimiento. Véase Yukins, C.R., "Conduct of electronic reverse auctions: a comparative report on experience in the U.S. procurement system", octubre de 2004, disponible en la Secretaría.

[33] La prórroga de los plazos de cierre de la presentación de ofertas y la posibilidad de presentarlas de nuevo con precios diferentes, como se permite en las subastas electrónicas inversas, puede considerarse una manera de cerrar antes de tiempo las negociaciones o una forma de mercadeo de ofertas que pueden poner en peligro los criterios de equidad y de apertura en el proceso competitivo. Véase Boucher, P., "Technology versus industry practices", febrero de 2003, disponible en http://www.findarticles.com/p/articles/mi_qa4088/is_200302/ai_n9176581.

plantean en la contratación pública, incluido el posible riesgo de recurrir en exceso a tales subastas. No obstante, el proceso de reglamentación ha sido lento, incluso en los países que ya llevan cierto tiempo realizando subastas electrónicas inversas[34]. Al margen de la contratación pública, las subastas electrónicas inversas crean también problemas en materia de competencia y de gestión, que deben regularse en los respectivos ámbitos legislativos.

III. Los marcos reglamentarios y las prácticas seguidas en la contratación pública en materia de subastas electrónicas inversas: estudio comparado

A. Alcance de las reglamentaciones

12. A nivel internacional no existe ninguna reglamentación concreta de las subastas electrónicas inversas. Actualmente, el instrumento internacional más universal y más específicamente relacionado con la contratación pública, el Acuerdo sobre Contratación Pública, de la Organización Mundial del Comercio (OMC), no regula las subastas electrónicas inversas[35].

13. Con la excepción de las nuevas directivas de la UE, de fecha 31 de marzo de 2004[36], la realización de subastas electrónicas inversas no se regula en ningún instrumento regional. Las actuales directivas de la UE en materia de contratación pública[37] no se formularon teniendo presente la técnica de la subasta electrónica

---

[34] Véase Yukins, C.R., "Conduct of electronic reverse auctions: a comparative report on experience in the U.S. procurement system", octubre de 2004, disponible en la Secretaría (donde el autor dice que, salvo disposiciones amplias de autorización, no se ha adoptado aún, al parecer, ninguna norma legal para resolver las cuestiones que plantea la realización de subastas electrónicas inversas, y donde también critica el hecho de que con mucha frecuencia en los textos jurídicos no se preste atención a los casos en que no se realizan adecuadamente las subastas electrónicas inversas o, más concretamente, a los casos de pasividad de los encargados de la contratación pública ante lo que puede constituir una práctica de utilización excesiva de dichas subastas).

[35] Véase la nota 14.

[36] Directiva 2004/18/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos para la adjudicación de contratos de obras públicas, contratos de suministros públicos y contratos de servicios públicos, y Directiva 2004/17/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, por la que se coordinan los procedimientos de contratación pública realizados por entidades competentes en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (*Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 134, 30 de abril de 2004, págs. 114 y 1, respectivamente. Ambas Directivas pueden consultarse en http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm).

[37] Directiva 92/50/EEC de 18 de junio de 1992 (Directiva de Servicios), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L209, 24 de julio de 1992, pág. 1, enmendada por la Directiva 97/52/EC de 13 de octubre de 1997, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 328, 28 de noviembre de 1997, pág. 1; Directiva 93/36/EEC de 14 de junio de 1993 (Directiva sobre Suministros), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 199, 9 de agosto de 1993, pág. 1, enmendada por la Directiva 97/52/EC *supra*; Directiva 93/37/EEC de 14 de junio de 1993 (Directiva sobre Obras), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 199, 9 de agosto de 1993, pág. 54, enmendada por la Directiva 97/52/EEC *supra*. Estas Directivas se denominan a menudo las "Directivas de los sectores clásicos". La Directiva 89/665/EEC de 21

inversa. En cambio, en las nuevas directivas de la UE en materia de contratación pública, que los Estados miembros de la UE deben aplicar a partir del 31 de enero de 2006[38], figura una disposición concreta sobre las subastas electrónicas inversas[39].

14. A nivel nacional, las subastas electrónicas inversas en la contratación pública solo se reglamentan en unos cuantos países, como Austria[40], el Brasil[41], Francia[42] y en algunos países de Europa oriental[43]. En la mayoría de los casos, las disposiciones que autorizan el procedimiento se enuncian en las leyes, mientras que los pormenores del funcionamiento de las subastas se especifican en reglamentos de ejecución. Si bien las subastas electrónicas inversas guardan relación con el comercio electrónico, en ninguna ley de reglamentación de dicho comercio se han previsto disposiciones concretas sobre las subastas electrónicas inversas, sino que más bien suelen regularse en la legislación o reglamentación general de la contratación pública o, en algunos casos, en legislación específica sobre las subastas electrónicas inversas[44].

15. En algunos países de Asia que reglamentan las subastas electrónicas inversas, los textos pertinentes se adoptan por lo general a nivel de los gobiernos o ministerios regionales. En China, varias administraciones no nacionales han adoptado reglamentaciones sobre la licitación por vía informática en la contratación

---

de diciembre de 1989, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 395, 30 de diciembre de 1989, pág. 33, enmendada por la Directiva 92/50 *supra*, regula la ejecución en esos sectores.

[38] Véase el artículo 80, párr. 1), de la Directiva 2004/18/EC y el artículo 71, párr. 1), de la Directiva 2004/17/EC.

[39] Véase el artículo 54 de la Directiva 2004/18/EC, así como el artículo 56 de la Directiva 2004/17/EC.

[40] Véase la Ley Federal de Adjudicación de Contratos de Adquisición de Austria (2002), recogida en http://wko.at/rp/vergabe/gesetzestextbvergg2002.pdf.

[41] Ley Federal núm. 10.520/2002 de 17 de julio de 2002 (disponible en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm), complementada por la Ley núm. 8.666, siempre que no se plantee un conflicto; Decretos 1.094/94, 3.555/00, 3.693/00, 3.697/01 y 3.784/01; e Instrucciones Internas (Portárias) SAF/PR 2.050 y MARE 5.

[42] Véanse el Código de la Contratación Pública, artículo 56, párrafo 3), y el Decreto núm. 2001-846 de 18 de septiembre de 2001.

[43] Véanse, por ejemplo, el párrafo 1) a) del artículo 25 del Decreto Gubernamental 167/2004 (V.25) de Hungría, en el que se prevé la práctica de las subastas electrónicas inversas; los artículos 74 a 81 de la Ley de la Contratación Pública de Polonia, de 29 de enero de 2004, que autoriza expresamente y regula la realización de subastas electrónicas inversas; el artículo 36 del Reglamento Gubernamental núm. 20 de Rumania, de 24 de enero de 2002 que regula el procedimiento de licitación abierta (en el sitio de Internet www.e-licitatie.ro puede encontrarse más información sobre el procedimiento en lo que respecta a las subastas electrónicas inversas); y las Reglas de Eslovenia sobre las condiciones, en particular sobre el contenido, y las restricciones para realizar subastas electrónicas en procedimientos de adjudicación de contratos, publicadas en la Gaceta Oficial de la República de Eslovenia núm. 130/2004, 3 de diciembre de 2004 (en adelante "las Reglas de Eslovenia").

[44] Véase, por ejemplo, el Decreto núm. 3.697 del Brasil, de 21 de diciembre de 2000, por el que se creó el mecanismo de la "subasta electrónica en la contratación pública".

pública[45], mientras que en Singapur la cuestión se rige por documentos internos de las entidades adjudicadoras[46].

16. En algunos países, como Australia, el Reino Unido y los Estados Unidos, se realizan subastas electrónicas inversas que no se rigen por ninguna disposición vinculante. En Australia[47] y en el Reino Unido[48] existen directrices centralizadas de reglamentación, mientras que en los Estados Unidos[49] los procedimientos suelen

---

[45] Véanse las Medidas Cautelares de la ciudad de Nanning para la administración de los procedimientos de licitación electrónica en la contratación pública, de 18 de junio de 1999; las Medidas Cautelares de la Provincia de Zhejiang para la administración de los procedimientos de licitación electrónica en la contratación pública, de 1º de septiembre de 2000; las Medidas Cautelares de la ciudad de Hefei para la administración de los procedimientos de licitación electrónica en la contratación pública, de 13 de marzo de 2001; las Medidas Cautelares de la ciudad de Wuxi para la administración de los procedimientos de licitación electrónica en la contratación pública, de 1º de abril de 2001; las Medidas Cautelares de la ciudad de Zhuhai para la administración de los procedimientos de licitación electrónica en la contratación pública, de 27 de junio de 2002; las Medidas Cautelares de la ciudad de Shenzhen para la administración de los procedimientos de licitación electrónica en la contratación pública, de 15 de octubre de 2003; y las Medidas Cautelares de Shanghai para la administración de los procedimientos de licitación electrónica en la contratación pública, de diciembre de 2004. El texto de estas últimas está redactado en chino y la Secretaría dispone de una traducción oficiosa al inglés.

[46] Véanse, por ejemplo, las Directrices Administrativas para guiar las subastas inversas, del Ministerio de Defensa (en adelante, "las Directrices de Singapur").

[47] En Australia, la reglamentación afecta en la actualidad únicamente a los documentos normativos, a las directrices no legislativas de la contratación pública y a las disposiciones legislativas amplias que rigen la contratación por medios electrónicos. El único Estado federado que sigue previendo directrices concretas al respecto es New South Wales. Véanse las NSW Government Procurement Guidelines on Reverse Auctions, de marzo de 2001 (expuestas en http://www.dpws.nsw.gov.au/NR/rdonlyres/ezac4yppqkqqzaj5qdjgerv3aj62n4ishpa3xhofh4fdl3cqut4m7l4ibv3a2w67sslw5zuhmjpois43joel4ees4xe/Reverse+Auctions.pdf) (en adelante, "las Directrices de Australia").

[48] En el Reino Unido, las reglas de la contratación pública se limitan en gran medida a las que prevé el derecho de la Unión Europea. El Gobierno de Gran Bretaña ha considerado que las actuales directivas de la UE dan cabida a la realización de subastas electrónicas inversas en la contratación pública y ha apoyado su utilización. La Oficina de Comercio Gubernamental (OGC) ha promovido la realización de subastas electrónicas inversas en la contratación pública editando las directrices electrónicas (disponibles en http://www.ogc.gov.uk/index.asp?docid=1001034).

[49] Aún no han prosperado los intentos de formular reglas vinculantes centralizadas, debido, al parecer, a la oposición de la industria y porque no existe consenso sobre los casos en que debería recurrirse a subastas inversas. Véanse, por ejemplo, Turley, S. L., "Wielding the virtual gavel—DOD moves forward with reverse auctions", 173 Military Law Review, septiembre de 2002, págs. 1 y 25 a 31 (donde se analizan las fuentes de la oposición de la industria a las subastas electrónicas inversas); y Yukins, C. R., "Conduct of electronic reverse auctions: a comparative report on experience in the U.S. procurement system", octubre de 2004, publicación disponible en la Secretaría. En opinión de muchos comentaristas de los Estados Unidos, las subastas electrónicas inversas están permitidas en virtud del Reglamento (Federal Acquisition Regulation (FAR)) núm. 15.306 e) 3), si se interpreta en el sentido del FAR núm. 1.102 d), que autoriza toda práctica de contratación pública que se ajuste a criterios mercantiles bien fundados, siempre y cuando dicha práctica sea conforme a las leyes, a los reglamentos y a la jurisprudencia y no esté reglamentada en este último Reglamento. Véanse, por ejemplo, Feldman, S. W., "Government contract awards: negotiation and sealed bidding" § 16:18.10, "Revealing prices without permission", marzo de 2004 (disponible en Westlaw); Whiteford, "Agencies celebrated the auction prohibition's demise, as demonstrated by their use of the reverse online auction technique"; y una nota especial de los consejos administrativos que

determinarse en función de cada entidad adjudicadora y a veces en función de cada contratación pública[50]. Algunos otros Estados han adoptado leyes experimentales que permiten aplicar verdaderas subastas electrónicas inversas a proyectos piloto[51].

B. Requisitos para la realización de subastas electrónicas inversas

1. Requisitos generales

17. La realización de este tipo de subastas suele estar sujeta a los principios generales de la contratación pública. También se aplican a esas subastas disposiciones de acuerdos internacionales, tanto regionales como bilaterales, en los que se proclama el principio de la libertad de circulación de los bienes y servicios[52].

18. En virtud de otras condiciones que imponen, por ejemplo, las nuevas directivas de la UE, las autoridades contratantes no pueden recurrir indebidamente a subastas electrónicas inversas ni realizarlas de manera tal que se modifique el objeto del contrato cuya licitación se haya publicado en el aviso de contratación y cuyos detalles se hayan definido en el pliego de condiciones[53]. Algunas otras reglamentaciones solo autorizan las subastas electrónicas inversas cuando se justifiquen plenamente desde el punto de vista mercantil[54].

19. Si bien las cuestiones de la seguridad y de la integridad de los datos suelen reglamentarse en el contexto más amplio de la utilización de los medios electrónicos de comunicación en el proceso de contratación pública (véase A/CN.9/WG.I/WP.34 y Add.1), en algunas reglamentaciones se reafirman esos principios en el contexto de las subastas electrónicas inversas, y en la realización de tales subastas se imponen responsabilidades concretas a los proveedores de servicios[55] y a los ofertantes[56].

---

publican el Federal Acquisition Regulation, 2000. No obstante, también se han expresado reservas sobre la legalidad de esa técnica en el derecho estadounidense. Véanse, por ejemplo, American Bar Association, Public Contract Law Section, "Comments on reverse auction notice", 5 de enero de 2001, disponible en http://www.abanet.org/contract/federal/regscomm/ecomm_003.html; y Antonio, R., "Do reverse auctions violate FAR 15.307 (b)?", 24 de julio de 2000, disponible en http://www.wifcon.com/anallegal.htm.

[50] Sobre el supuesto en que una entidad adquirente haya apoyado la realización de subastas electrónicas inversas pero no haya establecido directrices detalladas sobre los casos en que tales subastas pueden resultar apropiadas (o inapropiadas), véase la carta de junio de 2003 que el U.S. Department of Veterans Affairs dirigió a sus oficinas de contratación pública, y que puede consultarse en la página de Internet http://www1.va.gov/oamm/info/il03-11.pdf.

[51] Véase Curran, E., Bernert, A. y Wiegand, A., "Electronic procurement in the public sector: factsheet on latest developments in e-procurement in the EU and its Member States", agosto de 2004, publicación disponible en http://www.eic.ie/downloads/e_procurement.pdf.

[52] Véanse, por ejemplo, los artículos 28 y 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (disponible en http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/en/entoc05.htm), así como los principios generales que rigen la contratación pública, en el Australia New Zealand Government Procurement Agreement (ANZGPA) (disponible en http://www.dfat.gov.au/geo/new_zealand/anz_cer/anzcerta_1997revised_npa.pdf).

[53] Véase, por ejemplo, el párrafo 8) del artículo 54 de la Directiva 2004/18/EC.

[54] Véanse, por ejemplo, las Directrices de Australia (véase la nota 47 *supra*).

[55] Entre las obligaciones observadas cabe destacar las de: a) separar los documentos procedentes de bases de datos distintas; b) encomendar la elaboración y administración del sistema a

2. Limitaciones de los bienes y servicios que pueden ser objeto de subastas electrónicas inversas

20. Si bien en alguna legislación se ha fijado un límite monetario para la realización de subastas electrónicas inversas[57], por regla general se permite recurrir a este tipo de subastas independientemente del valor del objeto de la contratación pública[58]. Es más habitual limitar la realización de las subastas inversas a determinados tipos de adquisiciones. En la práctica internacional ha habido una tendencia general a limitar esta técnica de contratación pública a los bienes normalizados y a algunos tipos de servicios simples. Entre los artículos que suelen considerarse aptos para ser objeto de subastas electrónicas inversas cabe citar los combustibles, los bienes de equipo estándar de tecnología informática, los suministros de oficina y los productos primarios para la construcción[59]. Los bancos multilaterales de desarrollo también han considerado que solo deberían realizarse subastas electrónicas inversas para los productos básicos.

---

entidades que no sean usuarias finales del mismo, que operen por separado y que no tengan acceso a los datos operativos de los usuarios finales del sistema (en el Brasil); c) redactar actas detalladas de las subastas electrónicas inversas; y d) autenticar los mensajes, incluidas las ofertas, mediante firmas electrónicas y codificaciones (véase el artículo 78 de la Ley de la Contratación Pública de Polonia) o, como suele ser más habitual, mediante la asignación de una clave de identificación y de una contraseña para entrar en el sistema electrónico (por ejemplo, en el Brasil y en los Estados Unidos).

[56] Decreto núm. 2001-846, artículos 4 y 7, de Francia. En algunos sistemas que rigen las subastas electrónicas inversas se hace una advertencia común a los ofertantes en la que se les prohíbe manipular artificialmente el precio de una operación por medios de cualquier índole, presentar ofertas de mala fe, así como utilizar señuelos en el proceso de licitación o entrar en colusión con otros ofertantes con el fin o el efecto de obstaculizar el proceso competitivo. Véase, por ejemplo, "solicitations" en www.FedBid.com.

[57] Véanse, por ejemplo, el párrafo 28 de la Ley de Adjudicación de Contratos de Adquisición, de Austria (2002), por el que se limita la realización de subastas electrónicas inversas a las adquisiciones que se valoren (sin contar el impuesto sobre el valor añadido) en menos de 40.000 euros; y el párrafo 2) del artículo 74 de la Ley de la Contratación Pública, de Polonia, que fija un tope de 60.000 euros. No obstante, una de las razones por las que se había limitado la realización de subastas electrónicas inversas en esos países a las adquisiciones de menor valor era porque se quería mantener esas operaciones por debajo de los umbrales de aplicación de las directivas de la UE, que no regulaban las subastas electrónicas inversas, una consideración que ya no tiene razón de ser, puesto que en las nuevas directivas de la UE se apoya el procedimiento de las subastas electrónicas inversas.

[58] Según se indicó a la secretaría durante las consultas mantenidas con expertos, el establecimiento de límites monetarios máximos o mínimos podía resultar contraproducente. Se explicó, en concreto, que, en Polonia, el límite impuesto había contribuido al escaso número de subastas electrónicas inversas realizadas en dicho país, ya que las subastas por conceptos de bajo valor no permiten compensar los costos del procedimiento (incluidos los gastos y honorarios del proveedor de servicios). Prescindiendo del factor de la recuperación de las sumas gastadas, cuya importancia puede disminuir con la elaboración de tecnología y de programas informáticos adecuados y con una práctica más extendida, el valor de las contrataciones hechas mediante subastas electrónicas inversas debe ser lo suficientemente elevado para propiciar un notable nivel de competencia, pero tampoco conviene que sea muy alto, pues se restringiría la participación de ofertantes. Puede resultar muy difícil fijar un tope monetario que tenga en cuenta estas consideraciones para todos los tipos de contratación pública.

[59] Véanse, por ejemplo, las Directrices de Australia (véase la nota 47 *supra*), y el artículo 4 de las Medidas Cautelares de Shanghai para la administración de los procedimientos de licitación electrónica en la contratación pública (véase la nota 45 *supra*).

21. En Australia, por ejemplo, solo puede recurrirse a las subastas electrónicas inversas en el caso de artículos o de productos básicos que no tengan (o que apenas tengan) valor añadido o componentes de servicios, y los productos deben cumplir las siguientes características: prever especificaciones muy estrictas e inequívocas que garanticen la homogeneidad; la existencia de un mercado competitivo en el que el precio sea el criterio primordial de selección; la ausencia prácticamente total de repercusiones de los costos generales de la vida o de contraprestación y la ausencia de especificaciones sobre servicios o sobre beneficios añadidos[60]. En Francia se autorizan las subastas electrónicas inversas para la adquisición de suministros normalizados[61]. En un reglamento de ejecución se especifica que los suministros normalizados son los que no contienen ninguna especificación individualizada[62]. En Polonia se limitan las subastas electrónicas inversas a los casos en que el objeto de la contratación pública incluye suministros generalmente disponibles de un determinado nivel de calidad[63].

22. En algunos países, como en el Brasil[64], se permiten también las subastas electrónicas inversas para la contratación pública de servicios simples.

23. En algunas legislaciones, como la del Brasil[65] y la de Rumania[66], se enuncian listas ilustrativas de bienes y servicios que pueden contratarse mediante subastas inversas. No obstante, el Gobierno Federal del Brasil se está planteando la posibilidad de sustituir la lista explícita por una definición del criterio general para proceder a tales subastas, con objeto de no tener que actualizar periódicamente la lista a medida que vayan apareciendo nuevos productos[67].

24. Por lo general no se permiten las subastas electrónicas inversas para la contratación pública de obras[68]. En algunos países, como el Canadá y los estados Unidos, se expresan serias objeciones respecto de la utilización de subastas electrónicas inversas para la contratación pública de obras[69]. En algunos Estados de los Estados Unidos, como Pennsylvania y Kansas, las reglamentaciones estatales de la contratación pública prohíben explícitamente la adjudicación de contratos de

---

[60] Véanse las Directrices de Australia (véase la nota 47 *supra*).

[61] Código de la Contratación Pública, artículo 56, párrafo 3). Se hace referencia a las "*fournitures courantes*".

[62] Véase el artículo 1 del Decreto núm. 2001-846 de 18 de septiembre de 2001.

[63] Artículo 74, párrafo 2), de la Ley de la Contratación Pública de Polonia, de 29 de enero de 2004.

[64] En virtud del artículo 1 de la Ley núm. 10.520, de 17 de julio de 2002, solo pueden realizarse subastas para la contratación de bienes y servicios "comunes", que se definen como aquéllos cuyos criterios de calidad y rentabilidad pueden determinarse objetiva y precisamente en función de las especificaciones que se utilicen corrientemente en el mercado.

[65] La lista completa figura en el anexo del Decreto 3.784, de 6 de abril de 2001, por el que se enmendaron las listas enunciadas en los Decretos 3.555 y 3.693. La lista se limita a la contratación pública realizada por entidades federales. Los Estados federados y los municipios pueden promulgar sus propias reglamentaciones al respecto.

[66] Véase www.e-market.e-licitatie.ro.

[67] Tal como aconsejaron expertos a la secretaría.

[68] Entre lo que puede ser objeto de subastas electrónicas inversas, las reglamentaciones del Brasil no mencionan las obras. Las Directrices de Australia (véase la nota 47 *supra*) también restringen las subastas electrónicas inversas, limitándolas concretamente a la contratación de productos como los básicos.

[69] Special Bulletin of the Canadian Construction Association, diciembre de 2001, recogido en http://www.cca-acc.com/news/committee/rag/rag-owner.pdf.

obras mediante subastas electrónicas inversas[70]. Sin embargo, se ha observado que no sería inapropiado recurrir a tales subastas para la contratación de ciertas obras y de ciertos servicios (por ejemplo, el mantenimiento de carreteras). En Austria, por ejemplo, se permite recurrir a esas subastas para la contratación de obras normales[71]. Conforme a las nuevas directivas de la UE, puede contratarse todo tipo de adquisiciones mediante subastas electrónicas inversas siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones. En las directivas se omite el adjetivo "normal" o "estándar", que se emplea de forma predominante en otras reglamentaciones, para describir las adquisiciones que pueden contratarse mediante subastas electrónicas inversas[72]. En cambio, las directivas especifican que cualquier adquisición (obras, suministros o servicios) podrá ser objeto de tales subastas, siempre y cuando "puedan determinarse con precisión las especificaciones", como las relativas a la continuidad de los suministros. Se excluyen explícitamente de las subastas las obras y servicios "intelectuales", como el diseño de obras[73].

25. En los Estados Unidos se determinan caso por caso las restricciones de la envergadura o del tipo de contratación que puede ser objeto de una subasta electrónica inversa. Al menos un proveedor de servicios que puede ser objeto de esas subastas ha indicado que las subastas electrónicas inversas son adecuadas para contratar una amplia gama de adquisiciones[74]; del mismo modo, una entidad adjudicadora del Ejército de los Estados Unidos ha hecho hincapié en que muy diversas adquisiciones podrían contratarse mediante tales subastas[75]. Una entidad de la Marina de los Estados Unidos, que propugna también las subastas electrónicas inversas, ha adoptado un criterio diferente considerando que solo eran adecuadas en circunstancias más limitadas, a saber: a) en el caso de adquisiciones de muy elevado costo o de gran cantidad de productos, que estén claramente especificadas; b) cuando los productos que se deseen adquirir se especifiquen de forma completa y exacta; c) cuando, como es de esperar, haya dos o más proveedores interesados en participar en la subasta, aunque no sería procedente subastar un producto para el que

---

[70] Véase el libro blanco de la AGC, "Reverse auctions over the Internet: efficiency—at what cost?", 2003 (véase la nota 22 *supra*).

[71] Ley de Adjudicación de Contratos de Adquisición (2002), párr. 28.

[72] Lo mismo ocurre en la reglamentación de Eslovenia. Véanse los artículos 2 y 4 de las Reglas de Eslovenia (véase la nota 43 *supra*).

[73] Véase el apartado 7 del artículo 1 de la Directiva de la UE núm. 2004/18/EC, en la que se define el concepto de "subasta inversa". En su texto se dispone expresamente que no deben ser objeto de subastas electrónicas determinados contratos de obras ni determinados contratos de servicios que impliquen funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras. En el párrafo 14 del preámbulo se explica esta restricción del modo siguiente: "Para garantizar el respeto del principio de transparencia, conviene que solo sean objeto de subasta electrónica los elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación del poder adjudicador, es decir, solo los elementos que sean cuantificables, de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes. En cambio, aquellos aspectos de las licitaciones que impliquen la valoración de elementos no cuantificables no deben ser objeto de subastas electrónicas. Por consiguiente, no deben ser objeto de subastas electrónicas determinados contratos de obras ni determinados contratos de servicios cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras".

[74] http://www.fedbid.com/faq.jsp.

[75] Véase Power Point presentation (14 de junio de 2001), of DASA(P), Headquarters, Department of the Army, "Reverse auctions", (diapositiva 8), disponible en http://www.hq.usace.army.mil/cepr/RoundTable/ReverseAuctionBrief.ppt.

solo hubiera dos fuentes de suministro aprobadas, pues no habría anonimidad durante la subasta; y d) cuando se disponga de tiempo suficiente para realizar la adquisición por medio de la subasta (concretamente para preparar a los proveedores y organizar el proceso dinámico de ofertas de precios)[76].

3. Formas de proceder a subastas electrónicas inversas en procesos de contratación pública

26. Se observan dos formas de reglamentar la realización de subastas electrónicas inversas; una de ellas consiste en considerar este tipo de subastas el método único de contratación pública, y la otra, en considerarlo una fase optativa de otros métodos de contratación pública[77]. El segundo criterio es el que se ha adoptado en las nuevas directivas de la UE[78] y en Australia[79], en algunos países de Europa oriental[80], en Francia[81], en Singapur[82] y en los Estados Unidos[83]. En la mayoría de

---

[76] U.S. Navy Supply Systems Command, Navy Auction Site, "*Getting started*", disponible en http://www.auctions.navy.mil/about/gettingstarted.html.

[77] Si bien esto significa que pueden realizarse subastas electrónicas inversas en procedimientos de licitación abiertos, se ha observado que, en la práctica, el procedimiento restringido suele emplearse cuando se hacen este tipo de subastas. Es muy improbable que se recurra a las subastas electrónicas inversas en procedimientos negociados, ya que muchos de los supuestos en que se autorizan tales procedimientos son aquellos en que no pueden determinarse fácilmente de antemano las especificaciones y otras condiciones, y en general esta determinación previa es fundamental para toda subasta. Véase Arrowsmith, S., "Electronic reverse auctions under the EC public procurement rules: current possibilities and future prospects", 11 Public Procurement Law Review, núm. 6, 2002, págs. 299 a 330 (trabajo inicialmente preparado para Achilles Information Ltd.).

[78] El apartado 2 del artículo 54 de la Directiva 2004/18/EC de la UE dice lo siguiente: "En los procedimientos abiertos, restringidos o negociados, en el caso contemplado en la letra a) del apartado 1 del artículo 30, los poderes adjudicadores podrán decidir que se efectúe una subasta electrónica previa a la adjudicación de un contrato público cuando las especificaciones de dicho contrato puedan establecerse de manera precisa". Asimismo, podrá realizarse una subasta electrónica cuando se convoque a una nueva licitación a las partes en un acuerdo marco y cuando se convoque una licitación para la adjudicación de contratos con arreglo al sistema dinámico de adquisición.

[79] Conforme a las Directrices de Australia (véase la nota 47 *supra*), cabe recurrir a las subastas electrónicas inversas en el marco del proceso de licitación, con miras a obtener ofertas de los proveedores, y también como segunda etapa de un proceso de licitación en dos etapas en que ya solo se tenga en cuenta el precio como criterio de selección.

[80] Véase por ejemplo, el artículo 2 de las Reglas de Eslovenia (véase la nota 43 *supra*).

[81] Véase el Decreto núm. 2001-846.

[82] Artículo 1.1 de las Directrices de Singapur (véase la nota 46 *supra*).

[83] En los Estados Unidos, al no estar explícitamente prohibidas las subastas electrónicas inversas, podrían convocarse en combinación con cualquier método previsto de contratación pública y también se recurre a ellas en el contexto de los acuerdos marco y del sistema dinámico de adquisición. No obstante, conforme a la práctica seguida en la Marina de los Estados Unidos, deberían emplearse los procedimientos normales de licitación aplicables a una negociación competitiva (Reglamento (FAR), parte 15), y la técnica de la subasta inversa no es adecuada en las licitaciones con ofertas presentadas en sobre sellado (Sealed Bidding), así como los procedimientos simplificados de adquisición (FAR, parte 13), en este último caso a menos que se prevea realizar economías sustanciales que puedan compensar los gastos que entrañe la contratación pública efectuada aplicando los procedimientos previstos en la parte 15 del Reglamento FAR. Véase U.S. Navy Supply Systems Command, Navy Auction Site, "Getting started", disponible en http://www.auctions.navy.mil/about/gettingstarted.html.

esas reglamentaciones, la subasta electrónica inversa constituye la fase final, inmediatamente anterior a la adjudicación de un contrato público[84]. Éste no es necesariamente el caso en los Estados Unidos, donde normalmente en este tipo de subastas se clasifica a los ofertantes únicamente en función del precio, y la oferta ganadora se selecciona una vez concluida la fase de la subasta electrónica inversa, en la que se evalúan los resultados de la subasta en función de los demás criterios, no relacionados con el precio.

27. En algunos ordenamientos jurídicos, como los de Austria, el Brasil, China y Polonia, la subasta electrónica inversa se considera, por sí sola, un procedimiento de adjudicación de contratos[85]. En esos Estados, este tipo de subastas puede realizarse en un mercado abierto a todos los proveedores, como ocurre en el Brasil, o abierto a un número limitado de proveedores que se han seleccionado previamente o que se ha considerado que cumplen los requisitos, como sucede en Austria (véase A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1, párrs. 13 y 14).

4. Criterios de evaluación y adjudicación

28. Existen en la práctica dos sistemas, que dependen de los criterios permitidos para la adjudicación de un contrato decidida mediante una subasta electrónica inversa: los sistemas basados únicamente en el precio más bajo y aquellos en que se permite tener en cuenta también otros criterios.

29. En los sistemas en que el precio es el único criterio permitido para adjudicar un contrato, como en el Brasil, China y Polonia[86], los requisitos de calidad son limitados y se consignan en los documentos de licitación como requisitos mínimos para participar en la subasta, que, si se cumplen, ponen a los proveedores en pie de igualdad. Además, en el Brasil, los requisitos de calidad de los bienes que se contratan se fijan al consignarse los bienes y servicios en los Catálogos de Materiales y Servicios (CATMET y CATSERVE)[87]. En China, cuando una empresa presenta una solicitud para ingresar en el sistema informático de contratación pública mediante licitación, sin la cual no es posible participar en subastas electrónicas inversas, se evalúan algunos requisitos de calidad, como la posibilidad de que la empresa preste servicios de postventa en relación con la calidad y de mantenimiento técnico completo[88]. Se toman asimismo en consideración los aspectos de calidad cuando se produce un empate de precios, en cuyo caso se selecciona el proveedor que ofrezca mayor credibilidad[89].

---

[84] Éste es el enfoque que, según se ha comentado, se sigue también en el Acuerdo de Contratación Pública (ACP) revisado (véase la nota 14 *supra*).

[85] Véase, por ejemplo, la Ley de Adjudicación de Contratos de Adquisición de Austria (2002), párrs. 23.8 y 9.

[86] Párrafo 2 del artículo 78 de la Ley de la Contratación Pública de Polonia. Los bancos multilaterales de desarrollo también han preferido este enfoque.

[87] Para más detalles, véanse las Instrucciones Internas (Portária) 2.050, de 18 de mayo de 1992, en el sitio de COMPRASNET en Internet (www.comprasnet.gov.br).

[88] Véanse, por ejemplo, el artículo 6 de las Medidas Cautelares de Shanghai para la administración de los procedimientos de licitación electrónica en la contratación pública, y el artículo 8 de las Medidas Cautelares de la provincia de Zhejiang para la administración de los procedimientos de licitación electrónica en la contratación pública.

[89] Véanse el artículo 19 de las Medidas Cautelares de Shanghai para la administración de los procedimientos de licitación electrónica en la contratación pública, y el artículo 22 de las

30. En cambio, la legislación de Austria permite tener en cuenta para la adjudicación, además del precio, otros criterios. Así, el régimen austríaco distingue entre dos tipos de subastas: las simples subastas electrónicas inversas, en las que el precio es el único criterio para la adjudicación; y otros tipos de subastas de esta índole, en las que se adjudica el contrato al licitante que presenta la oferta "más ventajosa" técnica y financieramente tras evaluarse todos los criterios para la adjudicación formulados en el pliego de condiciones[90]. En este último caso, la entidad adjudicadora determina que solo podrán ser objeto de la subasta las partes de la oferta cuyas eventuales variaciones puedan cifrarse o exponerse mediante parámetros cuantitativos. Las disposiciones legislativas implican que todos los criterios que no vayan a ser objeto de subasta electrónica inversa se evalúen antes de la subasta[91]. En el pliego de condiciones, la entidad adjudicadora enuncia todos los criterios que se tendrán en cuenta para la adjudicación utilizando una fórmula matemática y clasificando dichos criterios por orden de importancia. Durante la subasta electrónica, cuando se presentan nuevas ofertas se fija el lugar respectivo de cada participante en la clasificación aplicando la mencionada fórmula.

31. En las nuevas directivas de la UE se han previsto disposiciones al mismo efecto. Las subastas electrónicas inversas pueden basarse únicamente en los precios cuando el contrato vaya a adjudicarse al licitante que ofrezca el precio más bajo; o pueden basarse en los precios y/o en los nuevos valores de los aspectos de la oferta indicados en la especificación, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa[92]. Al igual que en Austria, solo pueden ser objeto de subastas electrónicas inversas los valores de los aspectos que sean cuantificables y que puedan expresarse en cifras o porcentajes[93]. En cambio, a diferencia de lo que prevé la legislación de Austria, en el sistema de la UE deben evaluarse antes de la subasta todos los aspectos de la oferta, tanto los subastables como los no subastables, con arreglo a su ponderación relativa[94]. El resultado de la evaluación completa de cada ofertante se da a conocer antes de la subasta electrónica inversa al convocarse tal subasta. En la convocatoria también se especifica la fórmula matemática[95] que se empleará en la subasta para determinar la reclasificación automática de las ofertas en función de los nuevos precios y/o de los nuevos valores que se presenten (véase A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1, párr.17).

Medidas Cautelares de la provincia de Zhejiang para la administración de los procedimientos de licitación electrónica en la contratación pública. Entre los factores que se toman en consideración para evaluar la credibilidad de los proveedores cabe destacar un buen historial de acatamiento de las normas legales, los resultados registrados hasta la fecha, la integridad comercial, una solvencia crediticia alta, un volumen de capital considerable y una situación financiera sana.

[90] Véase, por ejemplo, la Ley de Adjudicación de Contratos de Adquisición de Austria (2002), párrs. 28, 117 y 118.

[91] Ibíd., párr. 118.

[92] Apartado 2 del artículo 54 de la Directiva 2004/18/EC de la UE.

[93] Ibíd., apartado 3 del artículo 54.

[94] Ibíd., apartado 4 del artículo 54.

[95] Ibíd., apartado 5 del artículo 54. Dicha fórmula incorporará la ponderación de todos los criterios fijados para determinar la oferta económicamente más ventajosa, tal como se haya indicado en el anuncio de la licitación o en el pliego de condiciones; a tal efecto, deberán fundirse previamente los eventuales márgenes en un valor determinado. En caso de que se autoricen variantes, deberá presentarse una fórmula distinta para cada variante.

32. En los Estados Unidos, los criterios de adjudicación se determinan caso por caso. Lo más habitual es que el único criterio seguido en esas subastas sea el del precio (véase el párrafo 26 *supra*).

5. Modelos de subastas electrónicas inversas

33. En la práctica, las entidades adjudicadoras recurren, para este tipo de subastas, a tres modelos, que están en función de los criterios de evaluación que se tienen en cuenta y del momento en que se analizan esos criterios. Los tres modelos son los siguientes:

- El modelo 1, en el que todos los aspectos de las ofertas que deben compararse a la hora de seleccionar al licitante ganador se presentan en la subasta electrónica inversa propiamente dicha. Muchas veces, el criterio del precio más bajo es el único que se tiene en cuenta en las licitaciones realizadas exclusivamente por medio de una subasta electrónica inversa. Los ofertantes conocen sus respectivas posiciones tanto en el transcurso de la subasta como al finalizar ésta;
- El modelo 2, en el que se evalúan previamente todos los aspectos de las ofertas o únicamente los que no estarán sujetos a la fase de subasta electrónica inversa. Antes de iniciarse esa fase se facilita a los proveedores información sobre el grado de preferencia de que gozan sus respectivas ofertas a raíz de la evaluación hecha de cada ofertante pertinente antes de la subasta. Todos los criterios de evaluación se subsumen en una fórmula matemática, que reclasifica a los ofertantes cada vez que presentan una oferta. Así pues, los proveedores conocen la apreciación general de sus ofertas tanto durante la fase de la subasta como al finalizar ésta;
- El modelo 3, en el que no se evalúa previamente ningún aspecto de las ofertas. Durante la fase de la subasta, los proveedores solo disponen de información del grado de apreciación de sus respectivas ofertas en comparación con las de los licitantes concurrentes, pero únicamente en relación con los criterios que entran en juego en la fase de la subasta (que por lo general se limitan, aunque no siempre, al del precio). Así pues, a diferencia de lo que ocurre en los modelos 1 y 2, al finalizar la fase de la subasta, los proveedores ignoran qué oferta es la mejor; ello se determinará una vez que se hayan tenido en cuenta los aspectos de las ofertas que no sean objeto de subasta.

6. Conclusión

34. Se reconoce en general que no todos los tipos de contratación pública son idóneos para realizar subastas electrónicas inversas. El factor primordial que debe tenerse en cuenta al decidir si un determinado tipo de contratación pública se presta a una subasta electrónica inversa es el nivel de complejidad de los productos o servicios a efectos de la contratación pública y el grado de precisión con que puede especificarse la contratación pública, es decir, si los proveedores pueden entender fácilmente la necesidad de recurrir a ella o si tal necesidad solo puede definirse superficialmente y requiere una intervención previa de los proveedores. Otros factores que cabe tener en cuenta son: a) el valor que se prevé que tenga la contratación pública, a fin de determinar si ofrecerá a los proveedores el aliciente necesario para participar en ella; b) la competencia en el mercado (el hecho de que

sea suficientemente grande para propiciar la participación de un número suficiente de proveedores en la subasta electrónica inversa)[96]; y c) el procedimiento de adjudicación (concretamente, si los criterios de adjudicación de un contrato son en mayor o menor grado cuantificables). Todas estas consideraciones determinarían la estrategia adecuada para decidir recurrir a una contratación pública o a una subasta.

[96] En algunos sistemas se fija exactamente la cifra mínima de participantes en la subasta electrónica inversa, mientras que en otros sistemas se aplican las disposiciones generales del régimen de la contratación pública. En las reglamentaciones de las subastas electrónicas inversas se exige muy a menudo un mínimo de tres participantes. Véase, por ejemplo, el artículo 22 de las Medidas Cautelares de Shanghai para la administración de los procedimientos de licitación electrónica en la contratación pública. Se ha observado que con un número superior de participantes se elimina el riesgo de colusión entre algunos de ellos. En Austria, el número mínimo de participantes en las subastas electrónicas inversas es de diez (véase la Ley de Adjudicación de Contratos de Adquisición de Austria (2002), párr. 116.7).

A/CN.9/WG.I/WP.35/Add.1

Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: cuestiones derivadas de la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública: estudio comparado de la experiencia adquirida en el empleo de la subasta electrónica (inversa) en la contratación pública, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su séptimo período de sesiones

[Los capítulos I a III (secciones A y B) han sido publicados en el documento A/CN.9/WG.I/WP.35]

ÍNDICE

		Párrafos
III.	Marco reglamentario y práctica seguida en el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública: estudio comparado	1-47
	C. Aspectos de procedimiento de la subasta electrónica inversa (SEI)	1-47
	1. Etapa previa a la subasta	2-21
	2. Etapa de la subasta	22-37
	3. Etapa subsiguiente a la subasta	38-47
IV.	Conclusión	48-55

III. Marco reglamentario y práctica seguida en el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública: estudio comparado

C. Aspectos de procedimiento de la subasta electrónica inversa (SEI)

1. El alcance de la reglamentación de los aspectos de procedimiento de la subasta electrónica inversa (SEI), denominada en ocasiones subasta de puja descendente, dependerá de la posición que ocupe la SEI respecto de los demás métodos de contratación pública. Si bien cabe observar muy pocas divergencias en lo concerniente a la reglamentación de la subasta propiamente dicha, las etapas previas y posteriores a la subasta suelen estar reguladas de modo distinto según que la SEI sea una etapa adicional optativa respecto de algún otro método de contratación pública (es decir, el método de una "etapa optativa") o si constituye un método de contratación pública propiamente dicho o en sentido propio ("método autónomo")

(véase A/CN.9/WG.I/WP.35, párrs. 26 y 27). En el primer supuesto, la mayoría de los aspectos de procedimiento del proceso de contratación pública previos y subsiguientes a la SEI, tales como la obligación de dar aviso de la subasta o de anunciarla y la identificación de los ofertantes o concursantes, así como el proceso de calificación de la aptitud o idoneidad, estarán regulados en el contexto del método de contratación pública que se esté siguiendo, en su conjunto, y no en el marco más estrecho de la etapa de la SEI propiamente dicha. Si se utiliza la SEI como método propio o autónomo, si bien seguirán siendo aplicables algunas reglas del régimen general de la contratación pública, la mayoría de los aspectos procesales o de procedimiento de la subasta serán objeto de alguna reglamentación aparte. En las secciones que figuran a continuación se irán abordando aspectos propios de la subasta propiamente dicha y de aquellas etapas previas y posteriores a la subasta, que suelan ser objeto de disposiciones expresamente destinadas a la SEI en las reglamentaciones existentes.

1. Etapa previa a la subasta

2. Con independencia de que se vaya a recurrir a la SEI como etapa optativa del proceso de adjudicación o como método propio o autónomo de contratación pública, la decisión de recurrir a la subasta electrónica inversa (SEI) en el curso del proceso habrá de ser adoptada al planificarse la adjudicación del contrato, dado que dicha decisión deberá figurar reflejada en el anuncio del contrato adjudicable (véase párrafo 7, *infra*). En algunos regímenes, está prevista una herramienta en línea que ayudará a la entidad adjudicadora a evaluar la idoneidad de la SEI para la adjudicación de determinado contrato[1].

3. Si la entidad adjudicadora decide organizar una SEI, deberá: a) dar aviso de la SEI, anunciándola, por lo general, simultáneamente a la publicación del pliego de condiciones; b) identificar y seleccionar a concursantes eventuales e invitarles a participar en la SEI; c) aclarar el pliego de condiciones y prestar toda otra asistencia que los concursantes eventuales puedan necesitar para prepararse para la SEI; d) evaluar las propuestas iniciales de todo concursante eventual; y e) adoptar toda otra medida requerida para el desarrollo de la SEI (por ejemplo, contratar los servicios de un tercero que haya de prestar servicios electrónicos para el desarrollo de la SEI).

Prestadores de servicios SEI

4. El desarrollo de la SEI podrá ser dirigido por la propia entidad adjudicadora[2], valiéndose, bajo licencia, de todo programa informático disponible para dicho

---

[1] Véase p. ej., *e-auction decision tool* (disponible en http://www.ogc.gov.uk/index.asp?id=1001034&syncNav=1 - eAuctionDecisionTool) de la *Office of Government Commerce* (Oficina de Contratación Pública) del Reino Unido.

[2] Al proceder a la introducción o ensayo del método SEI, algunos países limitan la lista de entidades adjudicadoras facultadas para utilizar dicho método en la contratación pública. En el Brasil, se restringió al principio el recurso a la subasta, tanto convencional como electrónica a la adjudicación de contratos por órganos de la administración pública federal, pero a raíz de la Ley Federal núm. 10.520/2002, de 17 de julio de 2002 (disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm), extendió dicha facultad, en su artículo 2 1), a cada uno de los estados de la Federación, así como al Distrito Federal y a los municipios.

cometido, o podrá correr a cargo de un tercero especializado en la técnica de la SEI, que se haya contratado para que se encargue de esa tarea. Dicho tercero podrá ser una empresa privada seleccionada por alguna vía de contratación competitiva, como sucede en Australia y en el Reino Unido[3], o alguna agencia estatal centralizada de compras públicas que, como sucede en Estados Unidos, suele prestar servicios SEI a otras entidades públicas del país[4]. Todo tercero prestador de servicios SEI cobrará normalmente alguna comisión por dichos servicios. Esas comisiones podrán adoptar, entre otras, las siguientes modalidades: a) una tasa porcentual del precio de la oferta ganadora de la subasta; b) una tasa porcentual fija convenida por adelantado; y c) una tasa fija preestablecida. Dicha comisión correrá a cargo de la entidad adjudicadora, del concursante u ofertante ganador, o de uno y otro a la vez. La comisión abonable deberá cubrir todo otro gasto o carga cobrable como pudiera ser por concepto de anuncios, seguros, comisiones administrativas, tasa abonable por tiempo de conexión y toda otra tasa o carga eventual.

5. Los países objeto del presente estudio no parecen haber reglamentado expresamente el comportamiento que habrá de observar todo tercero que haya de prestar servicios SEI, aparte del requisito general de que toda empresa a la que se encomiende una función al servicio de la contratación pública ha de obrar en nombre de la entidad estatal interesada y de conformidad con las prácticas, procedimientos y requisitos aplicables a la contratación pública. En al menos uno de dichos países, se ha prohibido explícitamente delegar toda decisión estratégica importante a un prestador de servicios externos[5]. Las funciones encomendadas a una empresa prestadora de servicios externos suelen ser de índole propiamente procesal, tales como instalar todo sistema o procedimiento que sea requerido para el desarrollo de la SEI, prestar toda asistencia o capacitación requerida por los proveedores concursantes, cerciorarse de la seguridad y fiabilidad del sistema y de la disponibilidad de opciones auxiliares, encargándose de llevar un expediente de la SEI y de preservar la documentación electrónica que proceda[6].

6. En el Brasil, solo cabe encomendar la adjudicación de un contrato por SEI a los denominados subastadores inversos[7], que han de ser empleados de la entidad adjudicadora debidamente acreditados tras haber sido adecuadamente formados[8].

---

[3] La Oficina de Contratación Pública (OGC) del Reino Unido puso en marcha la *Reverse Auction Framework* (RAF, disponible en http://www.ogcbuyingsolutions. gov.uk/RAF/default.asp.), al concertar con tres prestadores de servicios de subasta electrónica inversa (SEI) un acuerdo marco destinado a facilitar servicios SEI al sector público.

[4] La *General Services Administration* de los Estados Unidos prestó dichos servicios, a través de su *Rocky Mountain Regional Office (Region 8)* del *Federal Technology Service*. Para consultar el procedimiento seguido en la puesta en marcha de dicha subasta inversa, véase http://www.r8.gsa.gov/FTSWeb.nsf/0/def311033320029b87256c07004811b0?OpenDocument.

[5] Véanse, p. ej., las directrices SEI *the Procurement Guidelines on Reverse Auctions of the New South Wales Government* de Australia, de marzo de 2001 (disponible en http://www.dpws.nsw.gov.au/NR/rdonlyres/ezac4yppqkqqzaj5qdjgerv3aj62n4ishpa3xhofh4fdl3cqut4m7l4ibv3a2w67sslw5zuhmjpois43joel4ees4xe/Reverse+Auctions.pdf.) ("*Australian Guidelines*").

[6] Ibíd.

[7] "Pregoeiros" en portugués.

[8] La *Escola Nacional de Administração Pública (ENAP)* ha diseñado y administra un curso de 40 horas para personal encargado de subastas inversas. Dicho personal ha de seleccionarse entre personas dotadas de cierta iniciativa, creatividad, flexibilidad, integridad y equidad.

Anuncio de una SEI, su contenido y los medios de difusión por los que la subasta habrá de anunciarse

7. Se acostumbra a exigir, en general, que toda decisión concerniente a la organización de una SEI debe ser puesta en conocimiento de todo concursante eventual por medio del correspondiente anuncio del contrato que se vaya a adjudicar[9]. El contenido y los medios para la divulgación del anuncio se regirán, en los sistemas que reconocen a la SEI como fase optativa de ciertos otros métodos de contratación, por las reglas generales que sean aplicables al contenido y a los medios de divulgación de todo anuncio de un contrato adjudicable. Además, conforme a las nuevas directivas de la UE, se han de incluir entre las especificaciones del anuncio los siguientes datos expresamente aplicables a la SEI: a) los rasgos distintivos del valor adjudicable por medio de una subasta electrónica inversa; b) todo límite sobre el valor adjudicable por dicha vía; c) la información que se facilitará a los concursantes en el curso de la SEI; d) todo dato pertinente que concierna al procedimiento de la SEI; e) las condiciones para la presentación de toda oferta, particularmente en lo concerniente a la diferencia mínima entre una oferta y otra; y f) todo dato que sea del caso concerniente al equipo electrónico utilizado y a los mecanismos y especificaciones técnicas de la conexión[10].

8. En los regímenes que reconocen a la subasta electrónica inversa como un método autónomo de contratación, el anuncio de una SEI habrá de darse habitualmente por conducto de Internet en el sitio *web* del registro público central de contratos adjudicables y/o en el sitio *web* de la entidad adjudicadora, así como en el sitio *web* de todo tercero prestador de servicios SEI[11]. Los proveedores inscritos en algún registro central tal vez reciban por correo electrónico todo anuncio que se publique[12]. El anuncio de una SEI debe contener aquellos datos que se juzguen necesarios para que todo proveedor eventual pueda determinar si le interesa participar en la subasta[13]. Suelen facilitarse los datos básicos habitualmente facilitados en una convocatoria a licitación, pudiéndose citar los siguientes: la identidad de la entidad adjudicadora, la naturaleza del contrato adjudicable, las condiciones contractuales[14], y las normas de calidad y ejecución exigidas[15]. Cuando la participación en una SEI esté sujeta a la inscripción previa del concursante en un registro o a alguna prueba de precalificación, dicha circunstancia deberá ser indicada en el anuncio, junto con toda formalidad que los concursantes hayan de

---

[9] Véase, p.ej., artículo 54 3) de la Directiva 2004/18/CE; artículo 75 de la Ley de Contratación Pública de Polonia; y artículo 4 del Reglamento sobre el contenido, condiciones y restricciones de la subasta electrónica en la adjudicación de contratos en Eslovenia, publicada en el Diario Oficial de la República de Eslovenia núm. 130/2004, 3 de diciembre de 2004 (el "Reglamento esloveno").

[10] Véase artículo 54 3) de la Directiva 2004/18/CE de la UE.

[11] Cabe encontrar dicho requisito en el artículo 75 1) de la Ley de la Contratación Pública de Polonia.

[12] Se practica en el Brasil y se exige en algunas provincias de China (véase, p. ej., artículo 14 de las Medidas Provisionales de la Provincia de Zhejiang para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública).

[13] Véase, p. ej., la Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párr. 44.1. Así como las Medidas Provisionales de Shanghai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 14.

[14] Véase, p. ej., la Ley 2002 de Adjudicación de Compras Públicas de Austria, capítulo VIII.

[15] Artículo 1 de la Ley núm. 10.520 de 17 de julio de 2002 del Brasil.

cumplir o toda competencia o aptitud que hayan de acreditar. Como mínimo deberán darse a conocer: a) la fecha, hora y modalidad de la apertura y de la clausura de la subasta electrónica inversa; b) la dirección *web* en donde se desarrollará la subasta electrónica inversa y en donde se podrá obtener el reglamento de la subasta, la documentación para la presentación de ofertas y todo otro documento conexo; c) los requisitos de inscripción y para la identificación de cada uno de los concursantes con ocasión de la apertura de la SEI; d) el número o el nombre que sirva para identificar el proceso de adjudicación; e) todo requisito técnico respecto del equipo informático utilizable para la SEI; f) todo dato concerniente al procedimiento que se vaya a seguir durante la subasta, indicándose el modelo de subasta utilizado, si se desarrollará en una o en varias etapas, y, de ser éste el caso, cuál será el número de etapas y su duración; g) el incremento mínimo autorizado entre cada dos ofertas; y h) el tipo de información que se facilitará a los participantes en el curso de la subasta[16].

9. Se suelen facilitar algunos otros datos, como el precio de apertura de la SEI[17] así como la información concerniente a todo tercero que haya de prestar servicios SEI. En el Brasil, se exige que la entidad adjudicadora indique expresamente el hecho de que una subasta vaya a desarrollarse por vía electrónica, y a que facilite todo dato que proceda respecto de todo centro de llamadas o de auxilio técnico que se haya previsto, así como el nombre y las calificaciones profesionales del subastador inverso o de la persona encargada de la subasta[18]. En Australia, se recomienda indicar en el anuncio que la entidad adjudicadora no quedará automáticamente obligada por el resultado de la SEI.

Facilitación del pliego de condiciones

10. En todo sistema por el que se reconozca a la SEI la condición de fase optativa del procedimiento que se esté siguiendo, el régimen general de la contratación pública será aplicable a la publicación y distribución del pliego de condiciones. En los regímenes que reconocen a la SEI la condición de método de contratación autónomo, el pliego de condiciones deberá ser facilitado a los concursantes eventuales al publicarse el anuncio de la SEI[19].

Identificación y selección de los concursantes eventuales

11. En los regímenes que reconocen a la subasta electrónica inversa como una fase optativa del procedimiento seguido, los proveedores deberán inscribirse y demostrar su aptitud o idoneidad para participar en el proceso de contratación por la vía que sea habitual para el método de contratación seleccionado y no se impone requisito alguno de aptitud o de inscripción que esté pensado en función de la etapa SEI del procedimiento. Únicamente aquellos concursantes que hayan presentado una oferta

---

[16] Véase, p. ej., la Ley de la Contratación Pública de Polonia, artículo 75 2); y la Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párr. 116.2-4.

[17] Véase, p. ej., esta obligación enunciada en las "*E-auctions guidelines*" de la OGC del Reino Unido, en http://www.ogc.gov.uk/ index.asp?docid=1001034).

[18] Artículo 7 del Decreto núm. 3.697.

[19] En Austria (Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002, párrafo 116.2-4), se exige que la entidad adjudicadora facilite acceso gratuito y sin restricción alguna a toda la documentación concerniente a la subasta, así como al pliego de condiciones, a partir de la fecha de publicación del anuncio. Esa misma obligación existe en el Brasil.

admisible a la luz de su evaluación inicial serán admitidos a la SEI[20]. Por lo general, la ley suele exigir que el número de concursantes admitidos sea lo bastante elevado para que la SEI resulte competitiva[21]. En la práctica, los concursantes admitidos pueden estar obligados a efectuar algún trámite adicional previo a la subasta, como sería el de procurarse el código de seguridad que les dé acceso al sistema utilizado.

12. En aquellos regímenes en los que se reconoce a la subasta electrónica inversa como un método autónomo de contratación, se exige, como mínimo, la inscripción de todo concursante eventual, lo que supondrá, en particular, la asignación de un número de identificación y de un código de acceso al sistema para participar en la SEI. En algunos regímenes, se exige también la precalificación de los concursantes[22]. En otros regímenes se faculta meramente a la entidad adjudicadora para poder imponer una prueba de precalificación, además del requisito de inscripción[23].

13. En el Brasil y en China se exige únicamente el requisito de inscripción. En el Brasil, la subasta electrónica inversa estará abierta a todo proveedor inscrito en el registro central de contratistas y proveedores (SICAF)[24]. Todo concursante interesado en determinada SEI deberá inscribirse expresamente para dicha subasta expresando su interés con una antelación de al menos tres días respecto de la fecha de apertura de la subasta[25]. Las calificaciones de los concursantes no serán evaluadas en esta etapa[26], sino al finalizar la subasta y únicamente respecto del ganador[27]. En China, las SEI están únicamente abiertas a los miembros de una red

---

[20] Véase, p. ej., artículo 54 4) de la Directiva 2004/18/CE de la UE; artículo 5, párrafo segundo, del Reglamento esloveno (véase nota 9, *supra*); y sección 3.1.1 a) de las directrices administrativas para la subasta inversa del Ministerio de Defensa de Singapur (las "Directrices de Singapur").

[21] Véase, p.ej., el artículo 44 de la Directiva de la UE 2004/18/CE; o párrafo 116.7 de la Ley de Adjudicación de Compra Públicas 2002 de Austria.

[22] Véase, p.ej., las medidas provisionales de Shangai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública.

[23] Véase, p.ej., la Ley de la Contratación Pública de Polonia, artículo 76, que condiciona la participación de los concursantes en una SEI a la observancia de ciertos requisitos procesales, entre los que tal vez figure alguna prueba de precalificación.

[24] *Sistema de Cadastro de Fornecedores* (SICAF) que es el registro estatal unificado utilizado por la Administración Pública Federal.

[25] Si bien se ha fijado un límite mínimo de tres concursantes, no se ha fijado límite máximo alguno.

[26] En la etapa previa a la subasta, todo concursante inscrito deberá acreditar únicamente, previo a la apertura de la subasta, que cumple con los requisitos de calificación o aptitud exigidos (lo habitual es que mecanografíen en el lugar designado que son plenamente conscientes de los requisitos de aptitud y que están plenamente calificados).

[27] Artículos 7.20-21 del decreto 3.697. Se dispone además de dos manuales en los que se explica el procedimiento que se ha de seguir al encargado de la subasta y a los concursantes. La evaluación de las calificaciones, posterior a la subasta, se limita a la verificación de todo dato jurídico, económico y financiero facilitado por la empresa, la observancia de sus obligaciones fiscales, y el cumplimiento de todo requisito adicional indicado en el anuncio de la subasta. De haberse solicitado garantías, las garantías presentadas serán igualmente verificadas. En la práctica, la mayor parte de las verificaciones se efectuará en línea, ya que el encargado de la subasta podrá obtener la mayor parte de la información requerida de la base de datos del SICAF y de otras bases de datos estatales (el Decreto 3.555 expresamente autoriza a la entidad adjudicadora a no exigir que le sea presentada información consignada sobre papel concerniente a la observancia de sus deberes fiscales por la empresa). Existe un programa informático

local de contratación pública en línea que acostumbra a organizar cada centro local de contratación pública[28]. No se exige el pago de cuota alguna de miembro pero toda empresa proveedora interesada deberá probar unas calificaciones mínimas, entre las que cabe citar su capacidad jurídica, su solvencia financiera, crediticia y fiscal, la calidad de sus servicios de posventa, un desembolso mínimo del capital suscrito de la empresa y su acceso a Internet[29]. Todo miembro de la red podrá participar en toda SEI anunciada a través de la misma, sin tener que cumplir ningún requisito adicional de inscripción o de precalificación.

14. En Austria, se han previsto dos tipos de subasta electrónica inversa: la SEI de participación limitada y la SEI de participación abierta[30]. La decisión respecto del número de concursantes se dejará al arbitrio de la entidad adjudicadora, pero, para cada subasta de participación limitada, se requerirá una participación mínima de 10 concursantes. En una y otra categoría de SEI, se convoca a un número ilimitado de proveedores eventuales a que presenten su solicitud para participar en la SEI. Dichos solicitantes serán objeto de una prueba de precalificación o preselección que cumple dos finalidades: determinar cuáles de los aspirantes reúnen los requisitos mínimos para cumplir satisfactoriamente el contrato y, en el supuesto de que el número de aspirantes debidamente calificados supere al número de concursantes que la entidad desee invitar a la subasta, seleccionar cuáles de esos proveedores calificados deben ser convocados a la subasta propiamente dicha[31]. Si el número de

---

especial al que deberán conectarse inmediatamente, a raíz del anuncio de la oferta ganadora, tanto el encargado de la subasta como el ganador. Los demás concursantes podrán mantenerse conectados y podrán observar el intercambio de información, pero no podrán participar en el proceso de evaluación. Los partidarios de este sistema aducen que esta evaluación posterior a la subasta expedita notablemente el proceso de adjudicación, ya que deja menor margen para la presentación de quejas infundadas y la entidad adjudicadora no tendrá que despachar dicho tipo de quejas con anterioridad a la subasta.

[28] Para obtener su condición de miembro, todo proveedor eventual deberá llenar y presentar, en línea, un formulario con la información requerida y deberá inscribirse en la base de datos del correspondiente centro de contratación pública. Todo proveedor deberá presentar a dicho centro un original y un duplicado de los siguientes documentos: a) licencia comercial y certificados de su código empresarial; b) todo certificado fiscal pertinente; c) un estado financiero del ejercicio anual anterior; d) todo certificado de aptitud o calificación requerido; e) estados de cuenta por correo electrónico; y f) todo otro documento requerido por el centro de contratación pública competente. Una vez recibida la documentación de solicitud, el centro de contratación pública examinará y decidirá, en el plazo legal establecido, si otorgará la condición de miembro al proveedor solicitante (véanse artículos 7 a 9 de las Medidas Provisionales de Shangai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública; y artículo 11 de las medidas provisionales para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública del Distrito Shunyi de Beijing).

[29] Véanse Medidas Provisionales de la provincia de Zhejiang para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 8; Medidas Provisionales de Shangai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, articulo 6; y Medidas Provisionales de la ciudad de Xuzhou para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 8.

[30] Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002, párrafo 23.8 y 9.

[31] La Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002, párrafo 23.8, refiriéndose a la subasta abierta a un número ilimitado de participantes, dice que todo solicitante calificado, elegido de entre un número ilimitado de empresas invitadas a presentar sus solicitudes, será autorizado a participar en la subasta, mientras que el párr. 23.9, concerniente a la SEI de participación limitada, dice que únicamente podrán participar en la subasta los concursantes seleccionados de

solicitudes es superior a lo previsto por la entidad adjudicadora, dicha entidad deberá seleccionar a los mejores solicitantes a la luz de los criterios de selección prefijados (que deberán ser objetivos, no discriminatorios, y publicados por adelantado, y que deberán haber sido fijados a la luz de las necesidades del contrato adjudicable). De recibirse un menor número de solicitudes que lo planificado, la entidad adjudicadora deberá retirar su convocatoria de una SEI, si estima que el número de competidores es insuficiente para su éxito[32].

Participación de concursantes extranjeros

15. La cuestión del acceso de concursantes extranjeros a una subasta electrónica inversa suele ser resuelta a la luz de los principios aplicables a toda modalidad similar de contratación pública[33]. Ahora bien, se ha observado que la manera en que funcionan las subastas electrónicas inversas en cierto número de países discriminan de hecho contra los concursantes extranjeros. En particular, la SEI suele desarrollarse en el idioma local, y no existe en la actualidad ninguna versión plurilingüe del programa informático aplicable (aunque se estudia en algunos países la posibilidad de introducir alguna versión plurilingüe). Los requisitos de inscripción pueden suponer asimismo un obstáculo para el concursante extranjero, ya que se exigen a menudo condiciones favorables al concursante del lugar.

Convocatoria a la subasta

16. De haberse procedido a precalificar o seleccionar a los concursantes para una SEI, la convocatoria a la subasta irá dirigida a los candidatos que hayan sido precalificados o seleccionados[34]. En los regímenes que reconocen a la SEI como una fase optativa del procedimiento seguido, todo concursante que haya presentado una oferta admisible será invitado a participar en la SEI[35].

17. Conforme a las nuevas directivas de la UE, la convocatoria a una SEI debe facilitar la información requerida para que todo proveedor interesado pueda conectar con el equipo electrónico que se vaya a utilizar. Deberá indicar la fecha y hora de apertura y de clausura de la subasta electrónica, así como el número de

---

entre un número ilimitado de solicitantes. Todo comprobante de las calificaciones deberá ser presentado con anterioridad a la fecha de admisión a la subasta (párrafo 52.5.3).

[32] La Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002, párrafo 116.5-9. Los resultados de la evaluación o selección, así como los motivos por los que se decida a quién se debe invitar han de figurar en el expediente y toda parte significativa de dicho expediente podrá ser inspeccionada por los solicitantes. La entidad adjudicadora está obligada a informar sin demora a todo solicitante no admitido a una SEI facilitándole la motivación por la que su solicitud haya sido desestimada. Salvo que dar dicha información sea contrario al interés público o al interés comercial legítimo de alguna empresa, o sea contrario a la libertad y lealtad en las que debe inspirarse la competencia comercial.

[33] Por ejemplo, en Rumania, La Ordenanza gubernamental Núm. 20 sugiere, en lo concerniente a la contratación por vía electrónica, que el principio de la no discriminación sea aplicable incluso en lo concerniente a la nacionalidad de los concursantes (artículo 2 a)), ahora bien, a título de reciprocidad (artículo 8).

[34] Véase, por ejemplo, La Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párrafo 116.5. Todo solicitante precalificado o seleccionado deberá ser inmediatamente informado por correo electrónico.

[35] Véase, por ejemplo, el artículo54 4) de la Directiva 2004/18/EC de la UE. Las invitaciones han de cursarse, simultáneamente y por vía electrónica, a todos los candidatos convocados

etapas previstas; el horario de cada etapa de la subasta; y el plazo que debe transcurrir entre la presentación de la última oferta y la clausura de la subasta electrónica. Cuando se vaya a adjudicar el contrato a la luz de las ofertas económicamente más ventajosas, la convocatoria será enviada junto con el resultado de la evaluación de idoneidad completa del correspondiente concursante y deberá indicar la fórmula matemática que se utilizará en la subasta para determinar toda reordenación automática prevista de las ofertas que se vaya a hacer en función de los nuevos precios y/o de los nuevos valores ofrecidos[36].

18. En Austria, no se ha señalado ningún requisito respecto del contenido de la convocatoria. La mayor parte de la información concerniente a la SEI suele facilitarse a los participantes al anunciarse la subasta, juntamente con el reglamento de la subasta[37].

Aclaración y modificación del pliego de condiciones

19. En la mayoría de los países, el régimen general de la contratación pública será aplicable a todos los métodos utilizables, incluida la SEI. En el Brasil, toda parte interesada podrá solicitar aclaraciones en línea o por conducto de algún centro telefónico designado al respecto, en cualquier momento del período destinado al anuncio de la subasta. Las aclaraciones facilitadas a algún solicitante serán subsiguientemente facilitadas a todo otro concursante interesado, pero sin identificar al solicitante original. La reglamentación aplicable en el Brasil faculta asimismo a la entidad adjudicadora para modificar el pliego de condiciones durante el período destinado al anuncio de la subasta y según cuál sea el contenido o el calendario previsible de las modificaciones, dicho plazo podrá ser prorrogado (véase párrafo 24, *infra*).

Evaluación de las propuestas iniciales

20. La obligación de efectuar una evaluación inicial de las propuestas suele ser común a los regímenes que reconocen a la SEI como una fase optativa del procedimiento seguido y a los regímenes que reconocen a la SEI como un método autónomo. En el Brasil, la evaluación de las propuestas inicialmente presentadas suele hacerse únicamente para determinar el precio de apertura de la subasta. Esa evaluación se efectúa al iniciarse la subasta y una vez que todos los concursantes

---

[36] Artículo 54 (4 y 5) de la Directiva 2004/18/EC de la UE. Véase también el Reglamento esloveno (véase nota 9, *supra*), artículos 5 y 6.

[37] Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párrafo 116.2-4. El reglamento de la subasta debe indicar al menos: a) las condiciones de inscripción e identificación; b) el procedimiento de la subasta (mencionando el valor diferencial mínimo entre toda nueva oferta y la precedente); c) el momento de apertura y la modalidad de clausura de la subasta; d) todo derecho de uso o explotación; e) motivos que puedan dar lugar a la exclusión; f) plazos; g) sitio *web* donde se irá publicando, a lo largo de la subasta, la oferta más baja o, en un supuesto de una adjudicación fundada en la oferta técnica o económicamente más ventajosa, la puntuación relativa de los mejores concursantes a lo largo de la subasta; h) información que debe ser facilitada a los concursantes a lo largo de la subasta y todo momento o etapa de la subasta en el que se facilitará dicha información; i) sitio *web* donde dicha información estará disponible; y j) todo depósito que haya de efectuarse, de exigirse alguno.

inscritos hayan presentado su precio inicial. El precio inicialmente presentado más bajo será anunciado como precio de apertura de la subasta[38].

Otras medidas previas a la subasta

21. Cabe prever otras medidas previas a la subasta destinadas a habilitar a los concursantes eventuales para participar con provecho en la SEI, por ejemplo, mediante cursillos de capacitación previa o la celebración de alguna subasta simulada[39].

2. Etapa de la subasta

22. En la etapa de subasta: a) los concursantes abren una pantalla pulsando la dirección indicada en el anuncio o la convocatoria de la subasta, según sea el caso para lo que se valdrán del número de identificación y del código personal que se les haya asignado para poder participar en la subasta; b) el contrato o los objetos subastables serán anunciados (normalmente se describirán en la pantalla los objetos cuya compra se vaya a adjudicar); c) se anunciará el reglamento de la subasta (es decir, la hora de apertura, su duración, la oferta mínima, el método de clausura, etc.); y d) la convocatoria a presentar ofertas será anunciada simultáneamente a todos los concursantes[40].

23. Los pormenores de la etapa de subasta no suelen estar reglamentados, ya que se suelen dejar a cargo de la entidad adjudicadora o del tercero que haya de prestar servicios SEI. Esos pormenores pueden variar según cuál sea la importancia y la complejidad del contrato adjudicado. Los reglamentos actualmente aplicables suelen regular el calendario de la subasta, los requisitos para la presentación de ofertas y la información que habrá de divulgarse en el curso de la subasta.

Calendario

24. Suele exigirse que transcurra cierto plazo mínimo entre el anuncio o la convocatoria de la subasta, según sea el caso, y la apertura de la misma[41]. En la

---

[38] En los artículos 7.4 y 7.6 del Decreto núm. 3697, está prevista la exclusión en la propia etapa de evaluación de todo concursante cuyo precio inicial presentado exceda del precio inicial presentado más bajo por un porcentaje prefijado. Ahora bien, se suprimieron esas disposiciones por estimarse que eran contrarias al fomento de la competencia.

[39] Las Directrices de Singapur (véase nota 20, *supra*), sección 3.1.1 d) y e), obligan a todo concursante a firmar un acuerdo de licencia/subasta, y a asistir a una sesión de adiestramiento, a título de requisito previo a la participación en una SEI. Pese a que en el Brasil no se impone ningún requisito de adiestramiento previo a los concursantes para participar en la subasta, en dicho país se han preparado, a título informativo, diversos manuales y simuladores en línea para diversas categorías de usuarios de la SEI (véase http://www.comprasnet.gov.br/).

[40] Legalmente exigible, por ejemplo, en Austria, Ley de Adjudicación de Compras Públicas de 2002, párrafo 116.10-4).

[41] Véase párr. 116.2 de la Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, en donde se dispone que ninguna SEI debe declararse abierta antes de haber expirado dos días laborables a partir de la fecha del anuncio en Internet; Ley 10.520 del Brasil donde se prevé un plazo de al menos ocho días tras la fecha de publicación del anuncio de la subasta; artículo 54 4) de la Directiva 2004/18/CE de la UE, donde se dispone que no se podrá declarar abierta ninguna SEI antes de haber transcurrido dos días laborables de la fecha en que se emitió la convocatoria; y el

práctica, cuanto más complejo sea el objeto de la contratación pública, más prolongado será dicho plazo.

25. Por lo general, la reglamentación aplicable deja cierto margen de flexibilidad a la entidad adjudicadora en lo concerniente a la clausura de la subasta. Por ejemplo, con arreglo a las nuevas directivas de la UE, se han previsto diversas modalidades de clausura: a) en la hora y fecha previamente fijadas y comunicadas a los concursantes en la convocatoria; b) al dejar de recibir la entidad adjudicadora nuevos precios o nuevos valores que cumplan con el valor diferencial mínimo exigible entre dos ofertas sucesivas; o c) cuando se haya completado la cifra de fases anunciadas en la convocatoria[42]. El régimen de la contratación pública austriaco ha previsto la posibilidad de que la entidad adjudicadora clausure la subasta si existe alguna razón objetiva grave que lo justifique ("fracaso de la subasta")[43]. El final del período de subasta podrá ser fijado electrónicamente o, conforme sucede en el Brasil, de estar expresamente previsto en el anuncio de la subasta, dicha clausura podrá ser anunciada por el encargado de la subasta[44]. El sistema brasileño permite que los concursantes impugnen la hora de clausura fijada y soliciten alguna prórroga de la subasta. Ahora bien, el encargado de la subasta estará facultado para atender o no a dicha solicitud[45].

26. En la práctica, cuanto mayor sea el valor y la complejidad del contrato adjudicable, tanto más larga suele ser la duración de la SEI. Raras veces sucede que una SEI sea clausurada al expirar un plazo fijo (a veces denominado "término de clausura rígida"). Por lo general, la hora de clausura de una SEI será automáticamente prorrogada por un plazo previamente especificado (p. ej., de cinco minutos), caso de que se haya recibido, en los últimos minutos (p. ej., dos minutos antes de la hora de clausura), una nueva oferta más baja o que haya alterado el orden de las ofertas mejor puntuadas (p. ej., una de las tres ofertas mejor puntuadas). Esas prórrogas pueden ser continuas e indefinidas (denominadas de "clausura indefinida") o por tiempo limitado (p. ej., tres prórrogas de cinco minutos como máximo). Dicho proceso puede proseguir hasta que no se presente ninguna oferta más baja dentro del plazo fijado para la clausura. En algunas directrices se recomienda que la posibilidad de prórroga sea reservada a los contratos adjudicables de elevado valor, ya que dichas prórrogas pueden imponer excesiva presión sobre los concursantes para rebajar su oferta imprudentemente y puede perjudicar a todo concursante que disponga de tiempo limitado para asistir a la SEI.

---

artículo 76 4) de la Ley de la Contratación Pública de Polonia, que prevé un período de espera de cinco días entre la convocatoria y la apertura de la subasta.

[42] Artículo 54 7) de la Directiva 2004/18/CE.

[43] Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002, párr. 116.10 4). A raíz mismo de declararse frustrada una subasta, se darán a conocer las razones por las que se frustró en la dirección *web* indicada en el reglamento de la subasta a aquellos concursantes que hubieran seguido participando en la misma hasta que se declaró frustrada (párrafo 116.11).

[44] Decreto 3.697.

[45] Se ha criticado la amplitud del margen discrecional del encargado de la subasta a este respecto, no sólo por algunos analistas sino también por ciertos bancos multilaterales al servicio del desarrollo que prefieren sistemas plenamente automatizados con prácticamente ninguna, o al menos muy escasa, intervención humana.

Requisitos de oferta

27. Algunos reglamentos declaran que serán únicamente admisible las ofertas presentadas en línea[46]. En algunos países, este requisito va implícito en la definición de subasta electrónica inversa[47]. Por el contrario, cabe que una entidad adjudicadora permita que un concursante participe en la SEI por procuración o poder, por ejemplo, de existir algún problema técnico que impida que algunos de los concursantes participen en la SEI, con tal que dicha opción sea anunciada por adelantado y ofrecida a todo participante sin discriminación alguna[48].

28. De ser el precio el único factor que sea objeto de la SEI, lo normal es que el valor de cada nueva oferta haya de ser necesariamente más bajo que el de la última oferta presentada en la subasta. En Rumania, se dispone expresamente que toda nueva oferta cancelará la anterior[49]. En el Brasil, de depositarse dos ofertas iguales, se consignará únicamente la primera oferta inscrita.

29. En Austria y en Polonia, al finalizar cada ronda de la subasta, se elimina a todo concursante que no haya presentado oferta alguna o que no haya mejorado su oferta por el factor diferencial prescrito[50]. Toda entidad adjudicadora deberá ocuparse de que todo concursante excluido sea informado sin demora de su exclusión y de los motivos que la justifiquen y que se le impida seguir participando en la subasta[51]. En el Brasil, no se prescribe nada respecto de la exclusión eventual de algún concursante por el encargado de la subasta, pero todo ofertante podrá retirar su oferta en cualquier momento y, si ha perdido interés en proseguir, podrá desconectarse en todo momento de la subasta electrónica. La hora en que se desconecte quedará automáticamente inscrita en el expediente del curso de la subasta y figurará en el expediente final de la SEI.

Información divulgada en el curso de la subasta

30. Un rasgo inherente a toda SEI es que permite que toda información concerniente al curso de la subasta sea facilitada automática e instantáneamente a todo concursante, a medida que el proceso abierto vaya avanzando. Se ha observado que, de no reglamentarse como es debido, este rasgo de la SEI puede suscitar cierta

---

[46] Véanse las Directrices de Singapur (véase nota 20, *supra*), sección 3.1.2 b).

[47] Por ejemplo, con arreglo a la Directiva 2004/18/CE, artículo 1 7), se define a la "subasta electrónica" como un proceso repetitivo dotado de un dispositivo electrónico que permite la presentación de todo nuevo precio y/o de todo nuevo valor. Aunque no se define el término "dispositivo electrónico", dicho dispositivo supone la aplicación de algún medio electrónico, definido en el artículo 1 13) de la directiva como la utilización de equipo electrónico para el procesamiento (incluida la compresión digital) y el archivo de datos que se transmitan y reciban por cable, por radio, por medios ópticos o por cualquier otro medio electromagnético.

[48] Véase Arrowsmith S., "*Electronic reverse auctions under the EC public procurement rules: current possibilities and future prospects*", 11 *Public Procurement Law Review*, núm. 6, 2002, págs. 299 a 330 (preparado originalmente por Achilles Information Ltd.).

[49] Artículo 36 4) de la Ordenanza gubernamental núm. 20 de 24 de enero de 2002.

[50] Véase Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párr. 116.10 4) y artículo 79 2) de la Ley de la Contratación Pública de Polonia.

[51] Véase, p. ej., Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párrafo 116.10 4).

inquietud, particularmente desde una perspectiva del régimen legal aplicable en materia de competencia leal[52].

31. La mayoría de los reglamentos se muestran flexibles en lo concerniente al alcance de la información que ha de divulgarse. En algunos regímenes, se enuncia un requisito general de que se ha de facilitar a los concursantes cierta información básica sobre el progreso de la subasta, como pudiera ser todo dato que permita que un concursante se cerciore del rango o de la puntuación relativa de su última oferta[53], así como del número de concursantes que participan en el proceso de adjudicación[54], y el tiempo durante el cual la subasta inversa seguirá abierta. Para determinar la puntuación relativa de las ofertas, algunos regímenes permiten la divulgación en tiempo real del precio más bajo ofrecido[55] mientras que en otros sólo se divulgará la puntuación y el rango de las ofertas, sin darse a conocer los precios[56]. En algunos otros regímenes, como sucede en Francia, se informará a los concursantes del nivel en curso de las ofertas de los demás concursantes[57]. Conforme a las nuevas directivas de la UE y la normativa legal austríaca aplicable, se podrá divulgar información concerniente al precio o el valor de las demás ofertas presentadas, con tal de que las especificaciones o el reglamento de la subasta, que sea aplicable, haya previsto que dicha información sea divulgada[58]. En la práctica es frecuente que los proveedores reciban información no solo sobre el rango o la puntuación de su propia oferta sino sobre el margen por el que habrán de mejorar su oferta para obtener el contrato (lo cual puede suscitar inquietud a la luz del régimen usualmente aplicable, a este respecto, a la contratación pública).

32. Un rasgo distintivo del sistema SEI es la posibilidad de que el encargado de la subasta inversa y los concursantes comuniquen entre sí a través de la denominada "charla" ("*chat*"), una herramienta que sirve para aclarar ciertos puntos de común entendimiento entre el encargado de la subasta y los concursantes en lo concerniente al desarrollo de la subasta electrónica, tales como las condiciones de los documentos de oferta, las especificaciones, toda suspensión o prórroga eventual y las ofertas anormalmente bajas. Cualquiera de las dos partes puede iniciar la charla. Las comunicaciones intercambiadas durante la charla serán visibles a los demás participantes en la subasta. La charla estará abierta únicamente para intercambios

---

[52] Véase Kennedy-Loest C. y Kelly R., "*EC competition law rules and electronic reverse auctions: a case for concern?*", 2003, 12 *Public Procurement Law Review*, núm. 1, págs. 28 a 30.

[53] El artículo 54 6) de la Directiva 2004/18/CE de la UE impone a la entidad adjudicadora la obligación de comunicar instantáneamente a todos los concursantes suficiente información para determinar su "puntuación relativa" global en todo momento. La misma disposición existe en Austria (Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002, párrafo 118.3).

[54] Véase, p. ej., la Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párrs. 117.2 y 118.3; artículo 54 6) de la Directiva 2004/18/CE de la UE; y artículo 79 3) de la Ley de la Contratación Pública de Polonia.

[55] Véase, p. ej., Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párrafo 117.2.

[56] Véanse, p. ej., las Medidas Provisionales de Shanghai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública. Según los analistas del régimen de la Unión Europea en materia de competencia, desde la perspectiva de la competencia comercial es preferible mostrar, en el curso de la subasta, la puntuación comparativa global, en vez de los precios. Véase Kennedy-Loest C. y Kelly R., "*EC competition law rules and electronic reverse auctions: a case for concern?*", 2003, 12 *Public Procurement Law Review*, núm. 1, pág. 29.

[57] Decreto núm. 2001-846, artículo 1.

[58] Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párr. 118.3 y artículo 54 6) de la Directiva 2004/18/CE de la UE.

entre el encargado de la subasta electrónica inversa y cada uno de los concursantes o proveedores, pero no entre los propios concursantes. No se ha reglamentado nada en el Brasil respecto al recurso a esta técnica de la charla, que funciona, no obstante, como una de las aplicaciones que ofrece COMPRASNET[59].

33. La práctica general, a menudo avalada por la ley, es que no se revelará a los demás concursantes la identidad del concursante que haya presentado determinada oferta[60]. En algunos ordenamientos, ni siquiera se revela la identidad del concursante a la entidad adjudicadora[61]. Por lo general, toda obligación de anonimidad será aplicable hasta la clausura de la SEI[62] y dicha anonimidad suele resguardarse mediante el recurso a alguna técnica o dispositivo informático. En el marco de algunos regímenes, la anonimidad de los concursantes suele respetarse incluso una vez concluida la subasta[63].

Suspensión de una subasta

34. En la mayoría de los países examinados, no se ha encontrado ninguna regla expresamente aplicable a la suspensión de una subasta electrónica inversa. Suele suceder que el régimen legal general aplicable a la contratación pública sea igualmente aplicable a la SEI, por ejemplo, el foro judicial o la autoridad supervisora competente podrán ordenar una suspensión. En la práctica de muchos países, la entidad adjudicadora goza de un amplio margen de flexibilidad para suspender toda subasta electrónica inversa y fijar el calendario de toda suspensión que haya ordenado.

35. Al menos un país, el Brasil, ha abordado expresamente este punto en el contexto de la subasta electrónica inversa. La causa habitual por la que se suspende una subasta suele ser alguna avería o problema de la vía electrónica utilizada. Si el encargado de la subasta se desconecta de la red, la SEI permanecerá abierta a los concursantes por un plazo de hasta 10 minutos. El encargado de la subasta podrá retornar a la oferta tan pronto como le sea posible, sin causar perjuicio alguno a ninguna de las ofertas presentadas durante el tiempo que estuvo desconectado. Ahora bien, si el encargado de la subasta sigue desconectado por más de 10 minutos, la SEI quedará suspendida y solo será reanudada en la fecha y hora que

---

[59] Los bancos multilaterales al servicio del desarrollo opinan que esta función (charla) se presta a actividades fraudulentas, por ejemplo, a prácticas de corrupción o de indicación fraudulenta de precios. La postura de estos bancos, conforme se comunicó a la secretaría, es la de que en las operaciones que financian no aceptan ninguna función de "charla" y exigen una subasta plenamente automatizada sin participación de ningún representante personal de la entidad pública interesada.

[60] Véase, p. ej., la Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párrafo 116.12; el Decreto núm. 3.697 del Brasil; el artículo 54 6) de la Directiva 2004/18/CE de la UE; el Decreto núm. 2001-846 de Francia, artículo 1; y la Ordenanza gubernamental núm. 20 de Rumania, sección 36 2).

[61] En el Brasil, el régimen aplicable prevé únicamente la asignación de un número de identificación a los concursantes, a fin de que el encargado de la subasta pueda controlar la recepción de ofertas de los distintos concursantes, pero sin que pueda identificarlos personalmente. Los concursantes recibirán únicamente suficiente información para saber cuál es la oferta más baja y si esa oferta es suya o no.

[62] Véase el artículo 7 del Reglamento esloveno (véase nota 9, *supra*); y la Ordenanza gubernamental núm. 20 de Rumania, sección 36 5).

[63] Véase, p. ej., Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párrafo 116.12.

el encargado notifique a los concursantes a través del sitio *web* de COMPRASNET[64]. La desconexión de un concursante no suspenderá, en principio, la subasta. Si dicha desconexión ocurre por alguna falta de la entidad adjudicadora o de algún dispositivo administrado por una autoridad pública, el concursante podrá solicitar la suspensión o la cancelación de la subasta o reclamar indemnización de la autoridad pública responsable. Si la desconexión es imputable a algún tercero, como pudiera ser el prestador de servicios Internet al concursante, el concursante podrá reclamar contra él únicamente, por concepto de daños. De quedar algún concursante desconectado, dicho concursante podrá contactar un centro de llamadas o servicio de auxilio técnico (gratuito) que se mantendrá en funcionamiento a lo largo de toda la subasta para informar sobre el curso de la misma. El encargado de la subasta podrá suspender la subasta electrónica inversa hasta que se restablezcan las comunicaciones con todo concursante interesado o, de prolongarse la interrupción más de 10 minutos, podrá aplazar la subasta, fijando la fecha y hora en que se reanudará.

36. El régimen legal brasileño permite suspender la subasta por otros motivos. La decisión de suspender una SEI compete al encargado de la subasta que podrá actuar a instancia de los concursantes o por iniciativa propia. Por ejemplo, cabe que los concursantes pidan una suspensión temporal para reconsiderar sus ofertas, que les podrá ser otorgada por el encargado de la subasta. Toda suspensión que haya sido decretada, junto con su motivación, quedarán automáticamente reflejadas en el expediente de la subasta electrónica inversa. Cabe señalar, que la subasta no se suspenderá a raíz de la presentación de una queja por un concursante (este método permite que las quejas sean presentadas en línea por medio de un servicio electrónico expresamente facilitado por el sitio *web* de la SEI), pero el encargado de la subasta deberá despachar dichas quejas antes de clausurar la SEI.

Formación y mantenimiento de expedientes

37. En la mayoría de los países estudiados, el régimen habitualmente aplicable a la preservación de la documentación concerniente a cada proceso de adjudicación, que se haya abierto, suele ser también aplicable a la subasta electrónica inversa[65]. Conforme a otros regímenes esta obligación estará expresamente diseñada para la SEI, previéndose la grabación electrónica del curso de la subasta y de todo dato concerniente a la misma[66]. En el Brasil, COMPRASNET se encarga de levantar automáticamente acta de las actuaciones de la subasta electrónica inversa y de formar un expediente de la misma, que deberá ser firmado electrónicamente por el encargado de la subasta y los concursantes, y que COMPRASNET publicará en su sitio *web* al clausurarse la subasta. Se formará y expedirá además un extracto de dicho expediente al Diario Oficial, que se publica sobre papel y en formato electrónico, al día siguiente. Por lo general, la entidad adjudicadora publicará también en su propio sitio *web* un extracto de dicho expediente[67].

---

[64] Artículo 11 del Decreto 3.697.

[65] P. ej., con arreglo al artículo 43 de la Directiva 2004/18/CE de la UE.

[66] Véase, p. ej., Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, 116.13.

[67] La información publicada incluye: a) el nombre y otros datos de los concursantes y de la entidad adjudicadora; b) los componentes del contrato adjudicable y el precio unitario presupuestado para cada uno de ellos; c) el precio inicial de apertura de la subasta para cada uno de los componentes; d) el momento de apertura y de clausura de la subasta inversa y suspensiones

3. Etapa subsiguiente a la subasta

38. En la etapa subsiguiente a la subasta, se efectuará la selección del ganador y se adjudicará el contrato. En dicha etapa, tal vez la entidad adjudicadora haya de ocuparse de toda queja o recurso que haya presentado algún concursante agraviado. Algunos regímenes han previsto deberes especiales para la entidad adjudicadora en orden a la supervisión del curso de una subasta electrónica inversa.

Selección del ganador

39. Al recurrirse a una subasta conforme al modelo 1 y 2 (véase A/CN.9/WG.I/WP.35, párr. 33), el ganador deberá ser dado a conocer al clausurarse la subasta y será normalmente el concursante que haya ofrecido la oferta más baja. De efectuarse la subasta conforme al modelo 3, el ganador no será conocido hasta que se haya completado la evaluación a la luz de todos los criterios aplicables, es decir, hasta que no se hayan tenido en cuenta aquellos criterios que no hayan sido incorporados a la subasta.

40. Ahora bien, aun cuando la subasta se haya efectuado conforme al modelo 1 o al modelo 2, puede haber supuestos en los que la oferta más baja no sea necesariamente la oferta ganadora. Algunos regímenes permiten que el anuncio de la subasta electrónica inversa o el pliego de condiciones de la subasta indiquen que la decisión definitiva de aceptar una oferta queda al arbitrio de la entidad adjudicadora, a fin de darle margen para evaluar si el producto cumple con las normas técnicas o de calidad establecidas y si el proveedor estará en condiciones de satisfacer en todo momento el suministro (véase párrafo 9, *supra*). En el Brasil, el concursante que ofrezca la oferta más baja puede ser descalificado al procederse a evaluar sus calificaciones, lo cual suele hacerse estando ya clausurada la etapa de subasta[68]. En China, la oferta más baja puede ser invalidada por la entidad adjudicadora, por ejemplo, si esa oferta es superior al precio del mercado o si es anormalmente baja, así como en todo supuesto en que el concursante ganador haya cometido algún acto reprobable en el curso de la subasta o al efectuar su inscripción[69]. Cabe señalar que de haberse producido un empate, se adjudicará el

---

previstas; e) todas las decisiones adoptadas por el encargado de la subasta inversa; f) las comunicaciones intercambiadas entre los concursantes y el encargado de la subasta en el curso de toda "charla"; g) toda queja formulada, de haber alguna, y toda decisión adoptada a raíz de cada queja; h) aclaraciones solicitadas y respuestas dadas; e i) información pormenorizada completa del procedimiento de adjudicación y de todo procedimiento tramitado ulteriormente, como pudiera ser el ensayo de las muestras.

[68] Ley 10.520 y Decreto 3.697. Otro rasgo distintivo del sistema brasileño, enunciado en el artículo 4 del Decreto, es que el encargado de la subasta podrá negociar directamente el precio con el ganador o con el segundo mejor postor si el primero queda descalificado, y si el encargado de la subasta no está satisfecho con el precio más bajo resultante de la SEI (párrafos XI y XVI). No se ha impuesto ningún límite reglamentario al precio que podrá negociarse, indicándose meramente que no se podrá imponer ningún precio irreal. Ahora bien, el ganador de la subasta tendrá derecho a denegar toda reducción del precio presentado en la SEI y el encargado de la subasta no podrá descalificar al ganador por dicho motivo. La utilidad de dicho trámite ha sido cuestionada por algunos analistas y, en la práctica, se ha utilizado pocas veces.

[69] Véanse, p. ej., en China, Medidas Provisionales de Shanghai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículos 22 y 27; Medidas Provisionales de la ciudad de

contrato al concursante más fiable[70]. Algunos reglamentos expresamente destinados a la subasta electrónica inversa facultan expresamente a la entidad adjudicadora para rechazar todas las ofertas al clausurarse la subasta[71].

41. Las reglamentaciones existentes suelen permitir a la entidad adjudicadora que acepte la segunda mejor oferta, si hubo de rechazarse por razones justificables la oferta más baja, con tal de que se anunciara por adelantado a los concursantes dicha posibilidad[72]. Ahora bien, conforme a otros regímenes, caso de invalidarse la oferta más baja, la entidad adjudicadora deberá volver a convocar la subasta o adoptar algún otro método de contratación pública[73].

42. En la mayoría de los países toda oferta presentada será vinculante para el ofertante[74] y la retirada de una oferta puede dar lugar a la pérdida de la garantía de oferta depositada, de haberse depositado una. Ahora bien, en los Estados Unidos se permite a los concursantes que presenten cotizaciones (en lugar de ofertas), que la ley de los Estados Unidos no conceptuará como una oferta vinculante hasta que la entidad adjudicadora no haya presentado un pedido que sea aceptado por el ofertante.

Anuncio del ganador

43. En algunos regímenes se exige que el nombre del concursante ganador sea dado a conocer inmediatamente al clausurarse la subasta en la dirección *web* indicada por el reglamento de la subasta[75]. En otros países, el reglamento aplicable no exige que se dé a conocer inmediatamente el resultado de la SEI. En al menos

---

Shenzhen para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 31; Medidas Provisionales de la ciudad de Zhuhai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 29; y Medidas Provisionales de la ciudad de Hefei para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 25.

[70] Véanse, en China, Medidas Provisionales de Shanghai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 19; y Medidas Provisionales de la provincia de Zhejiang para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 22.

[71] Sección 3.1.2 c) de las Directrices de Singapur (véase nota 20, *supra*).

[72] Véase, p. ej., en China, el Reglamento de la ciudad de Liuzhou para la tramitación en línea de la contratación pública, artículo 19. El sistema brasileño permite que el encargado de la subasta se ponga en contacto con el segundo mejor postor si el ganador de la subasta ha quedado descalificado o si la mejor oferta presentada es declarada no conforme con el pliego de condiciones o inaceptable, por algún otro motivo. Si el segundo mejor postor se ha desconectado del sistema, el encargado de la subasta podrá convocar, por correo electrónico, a los concursantes para proseguir la subasta. En el supuesto de descalificación del segundo mejor postor, o de que éste se niegue a suministrar los bienes o servicios al precio del mejor postor inicial, se convocará al siguiente mejor postor, y así sucesivamente hasta que se adjudique el contrato. De no cerrarse un trato, la SEI quedará cancelada.

[73] Véanse, en China, Medidas Provisionales de Shanghai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 22; Medidas Provisionales del Distrito Shunyi de Beijing para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 20; y el Reglamento de la ciudad de Liuzhou para la tramitación en línea de la contratación pública, artículo 22.

[74] En el curso de consultas periciales se informó a la secretaría que imponer el requisito de la oferta vinculante puede dar resultado frente a ciertos abusos de la SEI, tales como los denominados concursantes “fantasmas” o los miembros de un cartel que conspiren para mantener la oferta artificialmente alta.

[75] Véase, p. ej., la Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párrafo 116.11.

una provincia de China, el reglamento aplicable recomienda que el resultado sea dado a conocer en un plazo de 48 horas tras la fecha de clausura[76].

44. Algunos regímenes regulan expresamente el contenido del anuncio que ha de darse de la oferta ganadora así como la identidad y otros datos del concursante ganador, el precio de la oferta ganadora[77], y el lugar donde deberá publicarse dicho anuncio (por ejemplo, en el sitio *web* indicado en el anuncio de la subasta)[78].

Adjudicación del contrato

45. Conforme a las nuevas directivas de la UE, los contratos deberán ser adjudicados tras la clausura de la subasta electrónica inversa en función del resultado de dicha subasta[79]. Esas directivas no indican el momento preciso en el que haya de declararse adjudicado el contrato. Ese momento puede depender de la vía de recurso que tal vez siga abierta a los concursantes. En Austria, el contrato no debe ser adjudicado hasta que hayan transcurrido tres días laborables desde la fecha en que se anunció la adjudicación del contrato; de lo contrario dicha adjudicación será declarada nula y sin efecto[80]. El anuncio de la adjudicación del contrato deberá asimismo ser dado a los concursantes simultáneamente, y sin demora, por algún servicio electrónico o por telefax[81]. En China, si bien se ha de anunciar el momento de la adjudicación del contrato en el pliego de condiciones[82], las reglamentaciones aplicables en algunas provincias recomiendan que ese momento no se dé a conocer hasta que hayan transcurrido tres días de la publicación del anuncio de la subasta[83].

Vía de recurso

46. En algunos países, existe una vía de recurso general que podrá ser seguida por los concursantes en una subasta electrónica inversa. En Austria se ha reglamentado con cierto detalle la vía de recurso que habrá de seguirse en una subasta electrónica inversa. Cabrá recurrir contra las siguientes decisiones de la entidad adjudicadora: la convocatoria (dentro de un plazo de 7 días), toda exclusión de un candidato (dentro de un plazo de 3 días), la selección de los concursantes admitidos a una subasta de participación limitada (dentro de un plazo de 3 días del anuncio de los concursantes seleccionados), y la decisión adjudicatoria (dentro de un plazo de

---

[76] Véase, p. ej., el proceso operativo para la subasta en línea al servicio de la contratación pública (equipo de oficina), artículo 6, en las Medidas Provisionales de la provincia de Zhejiang para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública.

[77] Con arreglo a las Medidas Provinciales de Shanghai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, se revelará únicamente el nombre del ganador de la subasta pero no el importe del precio ganador.

[78] Véase, p. ej., la Ley de la Contratación Pública de Polonia (artículo 80 2)); y, en China, las Medidas Provisionales de la provincia de Zhejiang para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 22.

[79] Véase el artículo54 8) de la Directiva 2004/18/CE de la UE.

[80] Véase la Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párr. 100.2.

[81] Ibíd., párrafo 100.1.

[82] Véanse, p.ej., Medidas Provisionales de Shanghai para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo17; y las medidas provisionales para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública del distrito Shunyi de Beijing, artículo15.

[83] Véanse, p.ej., Medidas Provisionales de la Provincia de Zhejiang para la gestión en línea de subastas al servicio de la contratación pública, artículo 22.

3 días a partir de la fecha en que se anuncie la adjudicación del contrato)[84]. La ley permite asimismo que todo concursante cuya oferta haya sido desestimada solicite, a raíz de la publicación del nombre del concursante ganador, que se le den las razones por las que su oferta fue desestimada y que se le informe de las características o ventajas de la oferta que resultó ganadora. La ley obliga a la entidad adjudicadora a que informe al concursante cuya oferta fue desestimada, a raíz de la presentación de su solicitud, debiendo hacerlo al menos un día antes de que expire el plazo fijado, de la suma a la que se adjudicó el contrato y de las características y ventajas de la oferta ganadora. Toda entidad adjudicadora se verá exonerada de dicha obligación si la revelación de dichos datos fuera contraria al interés público, a ciertos intereses comerciales legítimos de alguna empresa o a las reglas aplicables en materia de competencia libre y leal[85].

47. Al menos un país, Estados Unidos, permite la reapertura de la subasta tras haber sido clausurada una SEI a raíz de alguna queja. Por ejemplo, en un dictamen concerniente a la *Royal Hawaiian Movers, Inc.*[86], la *Government Accountability Office (GAO)* sostuvo que la entidad adjudicadora podía volver a convocar una SEI que se había clausurado para aceptar propuestas revisadas concernientes al precio a fin de rectificar cierta ambigüedad al respecto en el pliego de condiciones, de la que uno de los concursantes se había quejado ante la entidad adjudicadora[87]. La GAO resumió su dictamen en los siguientes términos:

> "Pese a estar previamente dispuesto, en la convocatoria de propuestas, que toda revisión del precio podría efectuarse únicamente en el propio curso de la subasta inversa, el órgano competente decidió justificadamente solicitar la presentación de propuestas revisadas concernientes al precio estando ya finalizada la subasta, a raíz de una queja que le fue presentada de que los términos de la convocatoria resultaban ambiguos en lo concerniente a la clausura de la subasta, por lo que dicho órgano estimó justificadamente que algunos de los ofertantes pudieran haber obrado a la luz de una lectura errónea de dichos términos."

IV. Conclusión

48. Los estudios empíricos demuestran que la subasta electrónica inversa (SEI) está siendo utilizada, en algunos países, para la contratación pública y que algunos otros están considerando introducirla igualmente para dicho fin. A la luz de la experiencia adquirida y de las iniciativas de ámbito regional e internacional, parece probable que este método de efectuar compras será aceptado como un método apropiado para la contratación pública. Parece estar emergiendo un consenso internacional de que, debidamente utilizado, la SEI puede suponer un notable ahorro para las entidades públicas que gestionan la contratación sin menoscabar en modo alguno ciertos objetivos de la contratación pública, que pueden verse incluso

---

[84] Ley de Adjudicación de Compras Públicas 2002 de Austria, párrafo 20) 13 a ii).

[85] Ibíd., párrafo 100.4.

[86] Decisión del Interventor General de los Estados Unidos, *File No. B-288653*, 31 de octubre de 2001, disponible en http://archive.gao.gov/legald425p10/a02467.pdf.

[87] Véase también Nash R. L., y Cibinic J., "*Oversight of procurements: delayed addendum*", vol. 16, núm. 1, Nash & Cibinic Report 1 (West/Thomson, January 2002).

reforzados, como pudiera ser la economía y la eficiencia de la contratación, la equidad y el trato no discriminatorio de los proveedores, y la integridad y fiabilidad pública del proceso de contratación.

49. Se ha observado que la falta de reglamentación, o la insuficiencia de la misma, en algunos países donde se ha introducido la SEI, ha disuadido a algunas entidades adjudicadoras de recurrir a este método. Cabría reglamentar, sin caer en ningún exceso, las siguientes cuestiones: a) las circunstancias y el tipo de bienes y servicios para los que resulta apropiado recurrir a la SEI, indicándose además los supuestos en los que ese método no resulta apropiado; b) precauciones que deban adoptarse para no recurrir indebidamente a la SEI; y c) salvaguardias que pueden mitigar ciertos riesgos inherentes al empleo de la SEI. Aunque la mayoría de los aspectos de la subasta electrónica inversa deban ser abordados por la normativa legal y reglamentaria de la contratación pública, la introducción de este método de compra electrónica en la contratación pública puede requerir algún que otro reajuste en alguna otra rama pertinente del derecho, como pudiera ser en el campo del derecho público administrativo general o en lo concerniente a la normativa aplicable en materia de competencia libre y leal.

50. La Ley Modelo no se ocupa expresamente de la subasta electrónica inversa y algunas de sus disposiciones son directamente contrarias al empleo de dicho método. Por ejemplo, todo cambio importante de una oferta ya presentada, incluido su precio, y la divulgación de información concerniente a la oferta, están expresamente prohibidas (artículo 34 1) a) y 8)). La disposición por la que se reconoce el derecho a presentar una oferta por escrito y en un sobre sellado podrá ser invocada contra el recurso a una subasta electrónica inversa, en todo supuesto en el que el proveedor se muestre contrario a que se utilice dicho método (artículo 30 5)).

51. Por ello, el Grupo de Trabajo tal vez desee decidir: a) si se debe o no incorporar la subasta electrónica inversa al régimen de la Ley Modelo; b) de pronunciarse a favor de este método, el Grupo de Trabajo deberá decidir si la subasta electrónica inversa ha de considerarse como un método autónomo de contratación pública, o meramente como una fase optativa que cabrá incorporar al método seleccionado; y c) el contenido de toda reglamentación que se introduzca respecto de la subasta electrónica inversa.

52. Las principales ventajas que cabe prever de que la SEI sea conceptuada como un método de contratación autónomo son que: a) evitaría tener que incluir en las disposiciones generales concernientes a los demás métodos de contratación pública toda modificación impuesta para dar cabida al recurso que se vaya a hacer en alguna etapa a una SEI, lo que podría hacer la reglamentación de dichos métodos excesivamente compleja; y b) permitiría que la autoridad pública competente limite los supuestos en los que quepa recurrir a una subasta electrónica inversa (por ejemplo, una SEI puede ser un método inapropiado en el marco de una licitación abierta). Los principales argumentos aducibles en favor de que se conceptúe a la SEI como fase optativa en el marco del método seleccionado son: a) su flexibilidad: la SEI se presta a ser utilizada en más de un método de contratación pública (por ejemplo, la licitación abierta, la licitación restringida y la licitación en dos etapas); y b) solo se habrá de preparar una reglamentación especial para aquellos aspectos de la SEI que difieran de los supuestos previstos en las normas y prácticas habituales

de la contratación pública, ya que seguirá siendo aplicable la reglamentación general de la metodología que debe seguirse en el proceso de contratación.

53. La selección del enfoque dependerá, en gran medida, de lo que decida el Grupo de Trabajo sobre las compras que podrán ser adjudicadas por medio de una SEI. Entre las decisiones conexas cabe también citar: a) el alcance de la subasta (es decir, la gama de variables del contrato adjudicable que serán subastables, por ejemplo, el precio únicamente, como sucede en el Brasil, o criterios adicionales al precio, como sucede en la UE), así como la evaluación y los criterios utilizables para la adjudicación; b) el modelo de subasta (1, 2 y/o 3); c) los parámetros utilizables para impedir un recurso indebido a la subasta electrónica inversa; y d) en el supuesto de que el Grupo de Trabajo se pronuncie a favor del enfoque de la SEI como fase optativa de otros métodos, se habrá de determinar cuáles son los métodos de contratación a los que cabe incorporar una subasta electrónica inversa y si esa subasta ha de celebrarse necesariamente como etapa final del proceso de adjudicación que se esté siguiendo.

54. Cualquiera que sea el enfoque elegido, toda disposición expresamente destinada, en la Ley Modelo, a la subasta electrónica inversa deberá ser compatible con los principios y objetivos de su régimen y, en el supuesto de que se adopte el enfoque de la fase optativa, deberá ser también compatible con las reglas por las que se rija el método de adjudicación que se vaya a seguir (p. ej., en lo concerniente a los requisitos de transparencia y de publicidad).

55. La respuesta que se dé a las cuestiones de política legislativa suscitadas en los anteriores párrafos determinará la dirección de la futura labor del Grupo de Trabajo sobre este tema y de la revisión que se emprenda de la Ley Modelo y de su Guía para la incorporación al derecho interno, en general. El grado de reglamentación de los aspectos propiamente procesales del método de contratación que se haya de seguir dependerá, a su vez, del enfoque seleccionado. No obstante, cabe prever que entre los aspectos de la subasta electrónica inversa que convendría examinar, con independencia de la opción seleccionada, figurarán los siguientes: a) el tipo y alcance de la información que se dará a conocer durante la fase de subasta; b) la índole vinculante o no vinculante de las ofertas para los concursantes; c) los supuestos en los que se autorizará a un concursante a retirar su oferta o a retirarse incluso de la subasta; d) el derecho de la entidad adjudicadora de excluir algún ofertante en el curso de la subasta; e) la obligación de la entidad adjudicadora de aceptar la oferta más baja; f) todo motivo que pueda justificar la suspensión de una subasta; g) el amparo otorgado a todo concursante agraviado; h) la necesidad de llevar un expediente en el marco de una subasta electrónica inversa, y el contenido del expediente. Entre las cuestiones de índole más general que tal vez el Grupo de Trabajo haya de abordar, cabe citar: a) la medida en que proceda abordar las cuestiones suscitadas por una subasta electrónica inversa en el marco de la propia Ley Modelo o de alguna reglamentación dictada para su aplicación, o en el marco de la Guía para su incorporación al derecho interno; y b) las salvaguardias que la Ley Modelo debe establecer para prevenir ciertos problemas que pudiera suscitar el empleo de una subasta electrónica inversa como pudiera ser el mayor riesgo de colusión entre los concursantes y el obstáculo que ese método suponga para la participación de concursantes extranjeros.

A/CN.9/WG.I/WP.36

G. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: cuestiones suscitadas por la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública: estudio comparado de las ofertas anormalmente bajas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su séptimo período de sesiones

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-3
II.	El fenómeno de la oferta de precio irreal o anormalmente bajo	4-24
	A. Definición de “oferta de precio irreal o anormalmente bajo”	4-5
	B. Consecuencias previsibles de una OAB	6-10
	C. Posibles razones para la presentación de una OAB	11-16
	D. Disposiciones de la Ley Modelo concernientes a la OAB	17-24
III.	Estudio comparado: las OAB en la normativa legal interna	25-73
	A. Prohibición de presentar una OAB en la contratación pública	26
	B. Medidas legales destinadas a identificar toda OAB eventual y medidas subsiguientes para responder a dichas ofertas	27-61
	1. Identificación de una OAB	30-49
	a) Análisis estadísticos	31-33
	b) Análisis de precios	34-39
	c) Análisis de riesgos y evaluación de ofertas	40-49
	i) Evaluación de las ofertas conforme a normas de rango legal y de ámbito plurinacional	41-44
	ii) Evaluación de las ofertas a tenor de lo dispuesto en el derecho interno	45-49
	2. Medidas que cabe adoptar frente a toda presunta OAB	50-61
	a) Facultad u obligación de exigir una justificación de todo precio que se presuma ser constitutivo de una OAB	50-56
	i) Justificación del precio en los regímenes legales de ámbito plurinacional	51-52

ii) Justificación del precio en el marco del derecho interno 53-56

b) Evaluación de las explicaciones del precio presentadas en el marco de un procedimiento justificativo del mismo 57-58

c) Posibilidad de rechazar una OAB 59-61

C. Otras cuestiones concernientes a las OAB 62-73

1. Eficacia de una garantía de oferta o de una garantía independiente 62-67

2. La subasta electrónica inversa y las OAB 68-70

3. Cuestiones concernientes al régimen legal de la competencia 71-73

IV. Conclusiones 74-83

I. Introducción

1. Los antecedentes de la presente labor del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en orden a la revisión de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (la "Ley Modelo sobre la Contratación Pública" o la "Ley Modelo")[1] fueron enunciados en los párrafos 1 a 5 del documento A/CN.9/WG.I/WP.34, que fue sometido al examen del Grupo de Trabajo en su séptimo período de sesiones.

2. En su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004), el Grupo de Trabajo examinó (entre otras cosas) la cuestión de los precios irreales o anormalmente bajos en la contratación pública. Se informó al Grupo de Trabajo del riesgo que entraña todo contrato cuyo precio sea inferior a lo normal, ya que a resultas de la remuneración insuficiente del contrato el proveedor elegido pudiera encontrarse en la imposibilidad de cumplir con las obligaciones asumidas con arreglo al contrato. El Grupo de Trabajo tomó nota de que ese riesgo se había observado también en el contexto de la subasta electrónica inversa o de puja descendente (este método de contratación se examina en detalle en el documento A/CN.9/WG.I/WP.35).

3. El Grupo de Trabajo pidió por ello a la Secretaría que efectuara un estudio comparado de las prácticas seguidas por las entidades adjudicadoras frente al fenómeno de las ofertas irreales o de precio anormalmente bajo, tanto en el marco de la subasta electrónica inversa como en general, prestando además atención a la relación entre la oferta de precio anormalmente bajo y el régimen por el que se ampara la competencia comercial leal (A/CN.9/568, párr. 54). La presente nota presenta los resultados del estudio comparado que se solicitó.

[1] Véase el texto de la Ley Modelo, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), anexo I (publicado también en el Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. XXV:1994 (publicación de las Naciones Unidas núm.de venta S.95.V.20), tercera parte, anexo I. La Ley Modelo está disponible en formato electrónico en el sitio *web* de la CNUDMI (http://www.uncitral.org/english/texts/procurem/ml-procure.htm).

II. El fenómeno de la oferta de precio irreal o anormalmente bajo

A. Definición de "oferta de precio irreal o anormalmente bajo"

4. El fenómeno del contrato ofrecido a un precio más bajo de lo normal se examina bajo diversos nombres, por lo que la Secretaría ha optado por designarlo por el nombre de "oferta anormalmente baja" ("OAB"). El término OAB será aplicable a toda oferta por la que se responda a una convocatoria para participar en cualquier tipo de procedimiento que se vaya a seguir para adjudicar un contrato (ya sea una convocatoria a licitación propiamente dicha o no). De modo similar, y para mayor coherencia, la Secretaría se valdrá de términos tomados de la Ley Modelo, aun cuando se esté examinando algún otro régimen o sistema de contratación pública[2].

5. La Secretaría utilizará para los fines del presente documento de trabajo la siguiente definición de OAB:

> "Se entenderá que el precio de una oferta es anormalmente bajo si dicho precio parece irreal, por no dejar, al parecer, margen suficiente para un nivel de ingresos o de beneficio normal, o si parece no bastar para cubrir los gastos previsibles, de forma que no resultaría factible cumplir el contrato a dicho precio; así como cuando el proveedor no pueda justificar su precio en función de la economía de la solución ofrecida, o en función de condiciones excepcionalmente favorables que tenga a su alcance, o de la originalidad de la solución ofrecida[3]."

B. Consecuencias previsibles de una OAB

6. La presentación de una OAB entraña un cierto riesgo de incumplimiento. En 1989, el Grupo de Trabajo encargado de la contratación pública indicó que toda OAB entrañaba el riesgo de que "el ofertante no pudiera cumplir el contrato a dicho precio... o que al hacerlo se valiera de una fuerza laboral o de materiales de calidad inferior a lo requerido... pudiendo además ser indicio de connivencia o colusión entre los concursantes"[4].

7. Para el proveedor, el tener que dar cumplimiento a un contrato con pérdidas puede obligarle a buscar demasiados ahorros, a trabajar sin suficiente margen de liquidez, y tal vez le lleve a la insolvencia. En cuanto a la entidad adjudicadora, ésta tal vez incurra en mayores gastos, al tener que buscar fuentes de suministro

---

[2] Los textos entrecomillados han sido tomados del texto original. La Secretaría menciona, en la presente Nota, el proceso de licitación como un método que puede servir de modelo para la contratación pública, pero la presente Nota se aplica por igual a otros métodos de contratación pública.

[3] Véase Informe del Grupo de Trabajo de la Dirección General III de la Comisión Europea, 19 de mayo de 1999, "*Prevention, Detection and Elimination of Abnormally Low Tenders in the European Construction Industry*", disponible en http://www.ceetb.org/docs/Reports/DG3ALT-final.pdf.

[4] Contratación pública: Informe del Secretario General (A/CN.9/WG.V/WP.22), Anuario de la CNUDMI 1989.

alternativas o esforzarse por obtener un cumplimiento adecuado del contrato, y tal vez haya de soportar que se reduzca la calidad de los bienes o servicios contratados. Tal vez se le exija también pagar sumas adicionales sin un justificante debido (lo que entraña un mayor riesgo de corrupción), y tal vez haya de destinar recursos internos adicionales para llevar a cabo funciones de supervisión más estrictas o minuciosas de lo normal. Si la calidad reducida de los bienes o servicios suministrados ocasiona gastos de mantenimiento o de repuesto que sean anteriores o superiores a lo que hubiera sido requerido en el supuesto de que la calidad fuera conforme a las especificaciones estipuladas, todo ello se reflejará en una elevación del costo global del contrato adjudicado. Cabe también que se presione a todo subcontratista a presentar ofertas a un precio anormalmente bajo, lo que puede dar lugar a que los suministros o los trabajos subcontratados sean a su vez de calidad inferior.

8. Desde una perspectiva macroeconómica, una OAB puede poner en peligro la normativa imperante en materia de protección del medio ambiente, la salud o la seguridad (dado que el cumplir con dichas normas ocasiona gastos, y todo proveedor con un presupuesto limitado se verá obligado a buscar ahorros donde pueda), además, ese tipo de ofertas pueden inducir a reducir las sumas destinadas a investigación y desarrollo y a inversión, suelen empeorar las condiciones de empleo ofrecidas y entrañan mayor riesgo de evasión de impuestos o del pago de las cuotas de la seguridad social. A más largo plazo cabe señalar su impacto anticompetitivo en la economía nacional, si se reduce, a resultas de la insolvencia, el número de competidores en el mercado, al tiempo que disminuye el capital de explotación y las sumas destinadas a capacitación y empeoran las prácticas laborales. Las OAB pueden elevar los gastos de las autoridades supervisoras y de las entidades públicas en áreas ajenas al contrato adjudicado.

9. Estos efectos nocivos pueden ser resultado de una consecuencia indirecta de la presentación, sin intención de hacerlo, de una OAB o una consecuencia directa de una OAB intencionalmente presentada para eliminar la competencia. La pequeña y mediana empresa tiende a disponer de menores recursos financieros, por lo que las dificultades de tesorería normalmente inherentes a todo contrato ofrecido por debajo de su precio comercial (como se explicó en el párrafo 6, *supra*) serán proporcionalmente más graves para la pequeña empresa.

10. En resumidas cuentas, cabe decir que las OAB son contrarias a diversas de las metas de la Ley Modelo, y concretamente a la economía y eficiencia de la contratación pública, al fomento de la competencia entre los proveedores y contratistas, y al trato equitativo y justo que debe darse a todo proveedor o contratista concursante.

C. Posibles razones para la presentación de una OAB

11. Los datos empíricos indican que las OAB suelen proliferar en tiempos de demanda decreciente y en entornos en donde la competencia se hace feroz[5].

---

[5] Véase E. Engel y A. Wambach, "*Risk Management in procurement Auctions*", 2004, Documento de trabajo, Universidad de Erlangen-Nuernberg, disponible en http://www.acquistinretepa.it/pls/portal30/docs/FOLDER/CONSIP/DOCUMENTI/DOCS_HOME3/Paper.pdf, pág. 18.

12. El estudio de la Secretaría ha señalado diversas razones que pueden dar lugar a que se presente una OAB:

a) OAB no deliberada:

i) La formulación imprecisa o ambigua del proyecto o del pliego de condiciones y errores en la evaluación de las especificaciones y de la oferta presentada, lo que aumenta el riesgo de que el proveedor entienda mal los requisitos o las necesidades;

ii) Insuficiencia de tiempo para preparar las ofertas, que no den margen para que el proveedor pueda efectuar una evaluación adecuada del costo y un análisis adecuado de los riesgos;

iii) Errores en la estimación de los costos internos de la producción. Se acostumbra a utilizar datos históricos para las estimaciones, por lo que, conforme los estudios han demostrado, lo habitual es que se haga una subestimación[6]; y

iv) Fijación de un inferior al costo previsible a resultas del mecanismo inherente a todo proceso de subastas[7].

b) OAB deliberada:

i) Ciertas prácticas inherentes a la competencia desleal en el mercado hacen que ciertos proveedores presenten ofertas contractuales a sabiendas de que un contrato les ocasionará pérdidas, con intención de ampliar su participación en el mercado, y tal vez fijen precios desleales[8] para hundir a los demás proveedores con miras a poder obtener eventualmente beneficios abusivos. Todo comportamiento desleal en el mercado suele estar controlado y reprimido por los reglamentos favorables a la libre competencia, pero algunos regímenes de la contratación pública prohíben taxativamente toda práctica de fijar precios irreales[9]. Sucede también que algunas grandes empresas mantienen a sus sucursales en el negocio, aun cuando estén funcionando con pérdidas, por estimar que ese funcionamiento sirve a los intereses estratégicos de la empresa

---

[6] Véase Informe del Grupo de Trabajo de la Dirección General III de la Comisión Europea, nota final 3, *supra*.

[7] Véase *American Bar Association, Public Contract Law Section, Comments on Reverse Auction Notice* (Jan. 5, 2001), disponible en http://www.abanet.org/contract/federal/regscomm/ecomm_003.html (citando D. Wald, *"The Auction Model: How the Public Sector Can Leverage the Power of E-Commerce Through Dynamic Pricing",* p. 18 *(The PricewaterhouseCoopers Endowment for The Business of Government* (October 2000)), disponible en http://www.businessofgovernment.org/pdfs/WyldReport.pdf.

[8] La fijación desleal de precios es una práctica que consiste en fijar precios inferiores al costo marginal de la producción para eliminar del mercado a toda nueva empresa (o para disuadir a toda nueva empresa de salir al mercado), objetivo que una vez logrado permitirá volver a elevar el precio (véase, p. ej., P. Areeda y D. F. Turner, (1975) *"Predatory Pricing and Related Issues Under Section 2 of the Sherman Act," Harvard Law Review, 88,* pp. 697-733).

[9] Véase, además, párr. 26 de la nota 24, *infra*.

en su conjunto, en cuyo caso esas sucursales tal vez ofrezcan OAB, al no tener que cubrir la totalidad de sus propios costos[10];

ii) Prácticas para prevenir un riesgo inminente de insolvencia. Un proveedor tal vez trate de conseguir un contrato a cualquier precio, aun cuando dicho contrato le ocasione pérdidas, dado que su finalidad primaria en ese momento es la de mantenerse en el mercado, o la de obtener crédito que le permita evitar la insolvencia. Su motivación sería la de cubrir únicamente sus gastos fijos, tales como sus gastos salariales, y la OAB reflejará únicamente esos gastos. Algunos proveedores tal vez tampoco cumplen con sus obligaciones fiscales, sociales o medioambientales, lo que les permite no incorporar dichos gastos a su oferta[11].

13. Se ha observado además que existe un mayor riesgo de que se presente una OAB si se autoriza a la entidad adjudicadora a entablar negociaciones previas o posteriores a la presentación de la oferta[12]. Esas negociaciones tal vez tengan por única finalidad la de mejorar el precio para la entidad adjudicadora o la de imponer condiciones contractuales más onerosas al proveedor. En dichos supuestos cabe que el proveedor ofrezca un precio inferior a sus costos ante el riesgo de perder el contrato.

14. Las razones más frecuentes por las que una entidad adjudicadora tal vez acepte una OAB son la de que no sea consciente de los riesgos que entraña aceptar una OAB o no sea consciente de que se trata efectivamente de una OAB, así como la insuficiencia de recursos para preparar un pliego de condiciones correcto y evaluar las calificaciones del proveedor y su oferta, o toda presión interna que pueda haber para que se adjudique el contrato al proveedor que ofrezca el precio más bajo, sin entrar en consideraciones de calidad. Además, en todo supuesto en el que la entidad adjudicadora está obligada a publicar la adjudicación de un contrato y a justificarla, el precio de oferta más bajo puede ser considerado como el criterio de adjudicación decisivo y que se presta a menos críticas.

15. Existe además el riesgo de que los criterios de evaluación fijados no resulten adecuados para identificar los riesgos que una OAB supone para el cumplimiento del contrato, por lo que la entidad adjudicadora tal vez no tome en consideración ciertos aspectos de una OAB que pueden elevar el precio global de un contrato, tales como:

a) Variaciones excesivas de la ejecución estipulada a resultas de que los proveedores traten de compensar sus pérdidas, elevándose además el riesgo de que proliferen las controversias contractuales;

b) Mala ejecución de la obra;

---

[10] Una empresa del sector público puede, a su vez, presentar una OAB por no tener que amortizar los gastos inherentes a la remuneración del capital privado. Otra fuente menos habitual de OAB es la imposición estatal de una lista oficial de precios.

[11] Se hizo esta observación a la Secretaría durante consultas previas a la preparación de la presente nota. Véase, además, Informe del Grupo de Trabajo de la Dirección General III de la Comisión Europea, nota 3, *supra*.

[12] Véase, por ejemplo, Informe del Grupo de Trabajo de la Dirección General III de la Comisión Europea, nota final 3, *supra*, J. Roselle, *"The Abuse of Reverse Auctions In The Utility Industry*", pág. 2, disponible en http://www.mccallan.com/AbuseofReverseAuctions.pdf.

c) Calidad insuficiente de los materiales y sistemas utilizados, lo que elevará el costo de explotación, mantenimiento y repuesto de piezas o de equipo;

d) Gastos adicionales de supervisión y vigilancia; y

e) Riesgos de insolvencia de los proveedores durante la ejecución del contrato.

16. Los modernos métodos de contratación pública priman de modo notable la importancia del precio, obligando en algunos casos a la entidad adjudicadora a aceptar la oferta cuyo precio sea más bajo o la oferta valorada más económica, sin prestar la debida atención a los aspectos cualitativos del contrato. Algunos comentaristas han observado esta tendencia en la denominada subasta electrónica inversa o de puja descendente[13], que está centrada sobre el factor precio[14], así como en todo método de contratación pública que trata de sacar ventaja de las economías de escala[15].

D. Disposiciones de la Ley Modelo concernientes a la OAB

17. La OAB fue objeto de un examen preliminar durante los preparativos de la Ley Modelo, abordándose el tema desde el ángulo de si la OAB pudiera constituir un indicio de colusión entre los proveedores. En aquel entonces, el Grupo de Trabajo deliberó también sobre si procedía permitir que la entidad adjudicadora fijara un precio máximo o un precio mínimo[16], y pese a las ventajas que ello pudiera reportar en términos de una mayor transparencia, el Grupo de Trabajo no recomendó la fijación de un precio máximo o de un precio mínimo, ni dispuso expresamente nada respecto de la eventual presentación de una OAB.

18. Por ello, las únicas disposiciones que cabría utilizar para ocuparse de la cuestión de las OAB son las referentes a la calificación de los proveedores y a la evaluación de la oferta.

19. El artículo 6 de la Ley Modelo regula el procedimiento que se ha de seguir para determinar la idoneidad o aptitud de los proveedores y dice que todo proveedor debe demostrar a la entidad adjudicadora que posee (entre otras cosas) la competencia profesional, de gestión y técnica requeridas, así como los recursos, la capacidad jurídica y la solvencia debidas, y que ha pagado sus impuestos y sus contribuciones a la seguridad social, al tiempo que su personal directivo no ha sido objeto de ninguna investigación penal ni se le ha abierto causa penal alguna, y que se han cumplido todos los requisitos enunciados en el pliego de condiciones. La Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno dice que las pruebas

---

[13] Este método de contratación se examina en detalle en el documento A/CN.9/WG.I/WP.35.

[14] O. Soudry, "*Promoting economy: electronic reverse auctions under the EC directives on public procurement*", 2004, Journal of Public Procurement, vol. 4, núm.3, pág. 365, si bien otros comentaristas han observado que la distribución del contrato adjudicado (recurso a fuentes o proveedores múltiples) puede contrarrestar este riesgo. Véase, por ejemplo, R. Gilbert y P. Klemperer, 2000, "*An equilibrium theory of rationing*", RAND Journal of Economics, vol. 31(1), págs. 20 y 21.

[15] Por ejemplo, los acuerdos marco, conforme están descritos en el Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004) A/CN.9/568, párrs. 68 a 78.

[16] Contratación Pública: Informe del Secretario General (1989), párrafo 170, véase nota 4, *supra*.

de idoneidad o de aptitud deben dar margen para que la entidad adjudicadora goce de "la flexibilidad debida para decidir cuál es el rigor con el que deberá determinarse la idoneidad de los contratistas o proveedores en cada contrato"[17].

20. En lo concerniente a la evaluación de las ofertas, la entidad adjudicadora, actuando a tenor del artículo 34 4) a) de la Ley Modelo:

> "Evaluará y comparará las ofertas aceptadas a fin de determinar la oferta ganadora, con arreglo al inciso b) del presente párrafo, según los procedimientos y criterios enunciados en el pliego de condiciones. No se aplicará criterio alguno que no esté enunciado en el pliego de condiciones[18]."

21. Durante la enmienda de la Ley Modelo destinada a incorporar la contratación de servicios se propuso el artículo 41 *quater*[19], para incluir en la evaluación de la propuesta su idoneidad o eficacia para satisfacer las necesidades de la entidad adjudicadora como uno de los criterios de evaluación, junto con las calificaciones, la experiencia, etc., del proveedor y de su personal[20]. La entidad adjudicadora podría en dicho supuesto desestimar toda oferta desmesurada respecto de las especificaciones técnicas y de calidad del contrato adjudicado, obrando a la luz del precio propuesto para los diversos elementos ofrecidos. (Estas consideraciones pueden encontrarse en el párrafo 2 del comentario del artículo 39 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno.)

22. La Ley Modelo no facilita, no obstante, orientación detallada sobre la evaluación que ha de hacerse, al limitarse a disponer que "la entidad adjudicadora únicamente podrá considerar conformes las ofertas que cumplan todos los requisitos enunciados en el pliego de condiciones" (artículo 34 2) a)), a reserva de la corrección de todo error tipográfico o de índole similar. Con arreglo al artículo 34 4) b), el fundamento para la evaluación y la determinación de la oferta ganadora será el precio de oferta más bajo (o la oferta que sea valorada como más económica, siempre que dicho fundamento esté indicado en el pliego de condiciones y que se determine en función de los criterios enunciados en dicho pliego). En lo referente al costo de ultimar un contrato, la entidad adjudicadora solo podrá tener en cuenta "el costo de la utilización, el mantenimiento o la reparación de los bienes o las obras, el plazo para la entrega de los bienes, la terminación de las obras o la prestación de los servicios, las características funcionales de los bienes o las obras, las condiciones de pago y las condiciones de las garantías ofrecidas respecto de los bienes, las obras o los servicios" (artículo 34 4) c) ii)), y podrá obrar así únicamente al efectuar la evaluación de la oferta valorada como más económica. Ello implica que todo costo adicional a que pueda dar lugar una OAB, conforme se indicó anteriormente en el párrafo 15, podrá no ser tenido en cuenta al efectuar una evaluación con arreglo a las disposiciones recién mencionadas.

---

[17] Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (1994) (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm.17* (A/49/17), anexo I, Anuario de la CNUDMI 1994, tercera parte, cap. I), párr. 23.

[18] El presente análisis no aborda cuestiones socioeconómicas, tales como los márgenes de preferencia y la balanza de pagos.

[19] Proyectos de enmienda de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: Nota de la Secretaría (A/CN.9/394), párr. 21.

[20] Véase el comentario del artículo 39 2) en la Guía para la incorporación al derecho interno.

23. El artículo 34 1) a) permite que la entidad adjudicadora solicite que se le aclare una oferta pero sin que dicha aclaración suponga modificación del contenido de la oferta o de su precio y el artículo 31 permite que la entidad adjudicadora fije un plazo de validez de las ofertas lo bastante largo para dar margen para toda aclaración requerida, y que podrá prorrogarse, caso de ser necesario. Ahora bien, al formularse esas disposiciones, el Grupo de Trabajo expresó su inquietud de que se prestaran a abuso[21], e indicó que no se refería al supuesto de un precio de oferta que se presumiera anormalmente bajo, que se sospechara que pudiera ser resultado de un malentendido, o de algún otro error que no resultara evidente al leerse la oferta[22]. La Ley Modelo no ofrece por ello a la entidad adjudicadora ninguna vía para aclarar una OAB con el proveedor que la haya presentado.

24. La Ley Modelo no permite que la entidad adjudicadora rechace una OAB por su condición de tal, aun cuando el artículo 12 faculta a la entidad adjudicadora para rechazar toda oferta, propuesta o cotización. La Guía para su incorporación al derecho interno observa que la finalidad del artículo 12 es la de facultar a la entidad adjudicadora para desestimar toda oferta por razones de interés público (como sucedería si se ha observado cierta insuficiencia de concursantes), con tal de que la entidad adjudicadora se haya reservado dicho derecho en el pliego de condiciones.

III. Estudio comparado: las OAB en la normativa legal interna

25. La presente sección examinará tres elementos de la normativa legal actual: en primer lugar, la destinada a identificar ofertas anormalmente bajas (OAB); en segundo lugar, las medidas que cabe adoptar para determinar si se ha presentado de hecho una OAB; y, en tercer lugar, toda medida disponible para rechazar las OAB identificadas. El régimen legal de la contratación pública suele abordar estos tres aspectos, y en la presente sección se examinarán además brevemente algunos aspectos pertinentes de la política y de la normativa legal aplicables en materia de competencia comercial.

A. Prohibición de presentar una OAB en la contratación pública

26. La Secretaría ha encontrado muy pocas leyes que prohíban explícitamente la presentación de OAB. Cabe citar al respecto la excepción de la ley china de concursos y subastas en la que se dispone que “un concursante no deberá ofrecer en un proceso de licitación un precio que no cubra los costos, ni deberá licitar en nombre de otra persona ni recurrir a ningún otro medio falso o engañoso que le permita ganar indebidamente el concurso”[23], así como el Reglamento Federal de compras públicas de los Estados Unidos que prohíbe la oferta de un precio irreal[24]. El Reglamento de la contratación pública de Tailandia prevé una pena de prisión o

---

[21] Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional acerca de la labor de su 11º período de sesiones (Nueva York, 5 a 16 de febrero de 1990) (A/CN.9/331), párr. 144.

[22] Proyecto de Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública: nota de la Secretaría (A/CN.9/375), Anuario de la CNUDMI 1993, pág. 110.

[23] Artículo 33 de la Ley china de licitación y subastas.

[24] Francia prohíbe la venta a pérdida pero únicamente en lo concerniente a ventas al consumidor privado y no a entidades públicas. Véase artículo L. 420-5 del *Code de Commerce*.

multa contra el concursante que consiga, gracias a una OAB, que se le adjudique un contrato que no le sea posible cumplir, y obliga indemnizar a la entidad adjudicadora de todo gasto adicional que le sea ocasionado a resultas de dicha oferta[25]. En Filipinas, existe una prohibición federal contra toda actividad fraudulenta en un proceso de licitación, castigando todo acto fraudulento con sanciones penales[26].

B. Medidas legales destinadas a identificar toda OAB eventual y medidas subsiguientes para responder a dichas ofertas

27. La Secretaría ha podido constatar que el régimen legal de la contratación pública tiende a prevenir las consecuencias nocivas de las OAB, mediante medidas incorporadas al procedimiento de precalificación del proveedor y de evaluación general de la oferta. Dichas medidas legales tratan de abordar la presentación eventual de una OAB desde la perspectiva de evitar sus riesgos para la ejecución del contrato, mediante procedimientos que permitan identificarlas lo antes posible y adoptar medidas para remediarlas.

28. La Secretaría ha detectado diversos enfoques en los regímenes examinados, entre los que cabe citar la identificación de toda OAB eventual mediante una evaluación de la oferta, un análisis de riesgos o un análisis del precio. La técnica del análisis del precio o de riesgos tiene por objeto evaluar si una oferta que por lo demás sea conforme con el pliego de condiciones puede exponer a la entidad adjudicadora a un riesgo de incumplimiento, debido a que, por ejemplo, el precio del contrato no suponga para el proveedor un nivel adecuado o normal de remuneración (lo que puede suponer un riesgo de insolvencia). Con arreglo a otros regímenes la entidad adjudicadora podrá (o deberá) investigar toda presunta OAB antes de que ninguna oferta sea rechazada, exigiendo del proveedor que justifique el precio ofrecido.

29. En la presente sección se examinarán conjuntamente la reglamentación de la evaluación de las ofertas y de las calificaciones y competencias de los proveedores, así como los procedimientos utilizados para identificar y responder a toda OAB y a los riesgos de ejecución o cumplimiento que esas ofertas entrañan.

1. Identificación de una OAB

30. La identificación de toda OAB eventualmente presentada es el primer paso que ha de darse para eliminar el riesgo que esas ofertas suponen. Los principales métodos de identificación utilizados son técnicas estadísticas o aritméticas que permiten identificar toda oferta que se sitúe fuera de la gama normal de los precios ofrecidos (“análisis estadísticos”), utilizando para ello datos del mercado que permitan fijar precios de referencia para fines comparativos, y haciendo un análisis de las estructuras de precios de los proveedores (“análisis de precios”), al tiempo que se examina si determinada oferta entraña un riesgo de incumplimiento (“análisis de riesgos”). La presente sección examinará, por turno, cada una de esas técnicas,

---

[25] Ley de infracciones en la presentación de ofertas, sección 8.

[26] Artículo XXI b) 4) de la Ley para la modernización, normalización y reglamentación de la contratación pública y negociaciones conexas (Ley de la República núm.9184, 22 de julio de 2002).

aun cuando es posible que un determinado proceso de evaluación de las ofertas y de la aptitud de los proveedores no recurra a todas ellas ni utilice cada una de esas técnicas como una etapa separada del proceso de evaluación.

a) Análisis estadísticos

31. Cabe señalar diversos métodos para identificar posibles OAB, recurriendo a técnicas aritméticas o estadísticas (a veces aplicadas en el marco de un análisis de precios), entre los que cabe citar los siguientes:

a) Un método aritmético por el que se mide la desviación del precio de una determinada oferta (normalmente de entre un 10 a un 15%) respecto de la media aritmética de los precios de todas las ofertas presentadas, que es el que se utiliza, por ejemplo, en Bélgica, España, Grecia, Italia, Lituania y Portugal[27];

b) Analizar si el precio ofrecido y los gastos previsibles dejan al contratista un margen de beneficio inferior al "normal"; y

c) Analizar si el precio ofrecido es, en las circunstancias del caso, excepcionalmente bajo (ya sea en términos generales, conforme a lo previsto en las nuevas directivas de la Comisión Europea relativas a la contratación pública[28] o fijando, por ejemplo, un umbral por debajo del cual toda oferta se presumirá anormalmente baja).

32. Por ejemplo, la ley de la contratación pública de España[29] resume que toda oferta es "temeraria" si se presenta una única oferta cuyo precio sea inferior en más de un 25% al precio de referencia, así como si se presentan dos ofertas y una de ellas ofrece un precio que sea inferior en más de un 20% al de la otra, y así en adelante conforme a un diferencial porcentual descendente para todo supuesto en el que se presenten tres o más ofertas[30].

---

[27] Véase informe del Grupo de Trabajo de la Dirección General III de la Comisión Europea, véase nota 3, *supra*.

[28] Al citarse directivas de la UE se está haciendo referencia a las nuevas directivas de la contratación pública (Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de procedimientos para la adjudicación de obras públicas, de suministros públicos y de servicios públicos y Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, para la coordinación de los procedimientos de contratación pública de entidades de los sectores hídricos, de la energía, del transporte y de los servicios postales (Diario Oficial de la Unión Europea, núm. L 134, 30 de abril 2004, págs. 114 y 1, ambos disponibles en http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm) (la primera y la segunda nuevas directivas de la UE, respectivamente). Las anteriores directivas de la UE sobre la contratación pública enunciaban disposiciones en buena parte similares (Directiva 93/36/EEC de 14 de junio de 1993 (Directiva de suministros), Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. L 199, 9 de agosto de 1993, pág. 1, enmendada por Directiva 97/52/CE de 13 de octubre de 1997, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. L 328, 28 de noviembre de 1997, pág. 1; y Directiva 93/37/CEE de 14 de junio de 1993 (Directiva de obras), Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. L 199, 9 de agosto de 1993, pág. 54, enmendada por la Directiva 97/52/CE, *supra*).

[29] Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000.

[30] Excepcionalmente, la entidad adjudicadora podrá reducir los porcentajes por un tercio, si el pliego de condiciones ha reservado dicha posibilidad y podrá examinar la relación entre la

33. Los comentaristas han observado que toda tasa porcentual fija, así como todo otro "método aritmético", puede resultar arbitrario, por lo que cuestionan su eficiencia, particularmente en supuestos en los que el método se vea distorsionado por la presentación de ofertas con un precio anormalmente elevado en función del promedio[31]. En Bangladesh se ha abandonado la práctica anteriormente seguida de rechazar toda oferta cuya oferta fuera inferior, en más de un 5%, al cálculo aproximativo del precio efectuado por la propia entidad adjudicadora, y el nuevo Reglamento de la contratación pública, 2003, dispone en su cláusula 31 8) que "no se excluirá automáticamente ninguna oferta por el mero hecho de que su precio esté por encima o por debajo de un umbral porcentual predeterminado respecto del cálculo estimativo oficial", modificación que los comentaristas consideran fruto del reconocimiento de la arbitrariedad de los métodos aritméticos[32].

b) Análisis de precios

34. La entidad adjudicadora tal vez disponga de un precio de referencia o del mercado para algunos de los productos o servicios que desea adquirir, pero no para todos. Todo producto que se conozca únicamente de palabra, que sea novedoso o que no se adquiera habitualmente en las cantidades requeridas por la entidad adjudicadora puede no tener precio de mercado utilizable como referencia, y respecto de todo artículo que no sea un producto básico, la exactitud o fiabilidad del precio de mercado o de referencia utilizado puede ser cuestionable. Además, la entidad adjudicadora puede no disponer de recursos o de datos que sean esenciales para determinar el precio de mercado o de referencia que desee utilizar.

35. En algunos países de América Latina, por ejemplo la Argentina y el Brasil, es frecuente que se indique en el anuncio del contrato adjudicable un precio de referencia (o precio máximo) respecto del cual sea posible comparar, para fines analíticos, todo precio ofrecido[33]. El sistema de contratación pública electrónica (COMPRASNET)[34] del Brasil facilita la lista de precios de referencia históricos más recientes y exige que toda oferta sea presentada con un presupuesto adjunto. La normativa legal aplicable exige también que la entidad adjudicadora evalúe las propuestas mediante un análisis de los precios y de los costos del lugar[35].

36. En Indonesia, la entidad adjudicadora está obligada a indicar un precio "autoevaluado" y desglosado que servirá de herramienta para evaluar la

---

solvencia del proveedor y la oferta presentada. Véase además, artículo 85 del reglamento de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto 1.098/2001.

31 Por ejemplo, el sistema francés ha rechazado dicho enfoque, al no ofrecer una comparación auténtica (*Avis du Conseil de la concurrence*, 96A-08, 2 de julio de 1996 y *Avis* 97-A-11, 5 de marzo de 1997).

32 Se hizo esta observación a la Secretaría durante las consultas celebradas para la preparación de la presente Nota.

33 Véase la Ley general de la contratación pública 8.666 del Brasil, artículo 40 y el reglamento de la contratación pública de la Argentina, Decreto 436/2000, artículo 41, disponible en http://infoleg.mecon.gov.ar/normas/ texactdto436%2D2000.htm.

34 Disponible en http://www.comprasnet.gov.br/.

35 La Ley general de la contratación pública 8.666 del Brasil exige que cada adquisición lleve un presupuesto adjunto.

justificación del precio ofrecido por el concursante o proveedor y de cada uno de los elementos constitutivos de dicho precio, y que podrá ser utilizado para determinar el importe de toda garantía independiente exigida respecto de la oferta[36], pero que no podrá ser utilizado como factor de negociación para obtener una reducción del precio ofrecido[37].

37. En los Estados Unidos, a tenor del Reglamento de adquisiciones o compras federales (*FAR*) se ha de efectuar un análisis de precios para evaluar y examinar "todo precio propuesto, pero sin entrar a evaluar el costo de sus diversos elementos ni el beneficio previsible", método que se denomina a veces análisis del "realismo o fiabilidad del precio". El reglamento FAR ofrece una lista no exhaustiva de técnicas y procedimientos que cabe utilizar para dicho fin, como pudiera ser la comparación de los precios ofrecidos y de esos precios con los precios de otros contratos previamente adjudicados, así como con todo presupuesto independientemente calculado por la propia administración pública, y con otros precios competitivos e índices de precios anunciados, así como con todo precio calculado en función de algún estudio del mercado. Se sugiere asimismo que se recurra a estadísticas y a otros presupuestos disponibles para determinar toda incoherencia significativa que pudiera justificar alguna investigación adicional, y que se analice la información concerniente al precio que haya facilitado el proveedor. Cabe señalar que la entidad adjudicadora no podrá investigar información concerniente a los costos (en la medida en que dicha información no concierna directamente al precio)[38].

38. En contraste, el reglamento federal de México dispone que toda evaluación del precio debe demostrar que el precio ofrecido, y todo costo justificante, deben ser conmensurables con las condiciones que prevalezcan en el mercado, regional o de otro ámbito, donde las obras vayan a llevarse a cabo, debe presentar cierta coherencia presupuestaria, por lo que será imperativo efectuar un análisis del precio y de los componentes del costo global aducidos para justificarlo, efectuándose también una comparación con las normas aplicables, los márgenes de beneficio usuales y otros gastos[39]. Igualmente, en Buffalo City, municipio de Sudáfrica, la entidad adjudicadora deberá calcular un precio (denominado precio de referencia) examinando (entre otras cosas), toda obligación legal, estimaciones de cantidades, magnitud de la obra, condiciones del terreno, tasas de producción, índices salariales oficiales, obligaciones y todo requisito estipulado en el contrato, niveles de remuneración del personal, beneficios, gastos generales y de compra y repuesto de herramientas[40].

39. Ahora bien, el fijar un precio mínimo o máximo no acostumbra a ser considerado como una práctica apropiada[41]. En Filipinas, el reglamento aplicable dispone que "no se fijará umbral o límite inferior alguno sobre el importe del

---

[36] Véase, además, párrafo 64, *infra*.

[37] *Keppres* 80/2003.

[38] FAR 15.404-1 (b), disponible en http://www.arnet.gov/, y conforme al informe pericial dado a la Secretaría durante las consultas celebradas para la preparación de la presente Nota.

[39] Artículo 37 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados, disponible en http://www.funcionpublica.gob.mx/unaopspf/dgaop/lopt1cu.htm.

[40] Véase http://www.buffalocity.gov.za/municipality/internalaudit_tenders.stm (párrafo 3.9 de la *Procurement Policy*).

[41] Véase, por ejemplo, Parlane S., "*Procurement contracts under limited liability*," *The Economic and Social Review*, 34, 1-21, pág. 13.

contrato adjudicado"[42]. Los comentaristas han observado, en concreto, que la adjudicación podría transformarse en una lotería de fijarse un umbral mínimo, ya que todos los concursantes ofrecerán dicho precio mínimo[43].

c) Análisis de riesgos y evaluación de ofertas

40. Los diversos regímenes de la contratación pública, internos o plurinacionales, examinados por la Secretaría ofrecen cierta orientación respecto de la evaluación que habrá de hacerse de la oferta, pero difieren notablemente en la pormenorización de los criterios o elementos. (Las disposiciones aplicables de la Ley Modelo pueden verse reseñadas en los párrafos 20 a 24, *supra*.) Los dos principales criterios indicados para la adjudicación son el de la oferta cuyo precio sea más bajo y el de la oferta que sea valorada más económica[44], criterio, este último, que permite una mayor flexibilidad para evaluar la calidad de la oferta considerada. Ahora bien, algunos regímenes vinculan expresamente los criterios de adjudicación a la calificación o competencia profesional del proveedor, conforme a lo que se indica en los párrafos subsiguientes.

i) Evaluación de las ofertas conforme a normas de rango legal y de ámbito plurinacional

41. El artículo 44 de la segunda de las nuevas directivas de la UE se ocupa de la verificación de la aptitud o idoneidad de la empresa y de la selección de los participantes, así como de la adjudicación del contrato, por lo que, además de todo otro procedimiento especial previsto para el supuesto de que se presente una presunta OAB (véase párrafo 52, *infra*, respecto del artículo 55)[45], la entidad adjudicadora estará obligada a verificar la idoneidad o aptitud profesional de todo agente económico, no excluido a tenor de los artículos 45 y 46..., a la luz de todo criterio aplicable de insolvencia financiera o económica, así como de competencia profesional o técnica, o de aptitud general, que haya sido mencionado en los artículos 47 a 52, y, cuando proceda, a la luz de todo otro criterio o regla sobre prácticas no discriminatorias mencionado en el párrafo 3 [del artículo 44]. La entidad adjudicadora está, por ello, obligada a examinar tanto la conformidad de la oferta como la aptitud del proveedor.

42. El artículo 53 de la segunda de las dos nuevas directivas de la UE enuncia los criterios utilizables para la adjudicación de un contrato con la salvedad de que todo lo dispuesto será aplicable "sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios", y de que todo contrato debe ser adjudicado a la oferta económicamente más ventajosa (por ejemplo, conforme a criterios de calidad, así como a la luz del precio, el valor técnico, las características funcionales y estéticas, las características

---

[42] Sección 31 del Reglamento de aplicación, Parte A (IRR-A) de la Ley de reforma de la contratación pública.

[43] Se hizo esta observación a la Secretaría durante las consultas previas a la preparación de la presente Nota.

[44] Véanse párrafos 20 a 22, *supra*.

[45] Sin mencionar la permisibilidad de "variantes" con arreglo al artículo 24.

medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio de posventa y de asistencia técnica, y la fecha y el plazo de entrega o de ejecución)[46].

43. Con arreglo al Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio, la entidad adjudicadora deberá adjudicar el contrato a un proveedor que haya sido evaluado plenamente capaz de cumplir el contrato, cuyo precio de oferta sea el más bajo o cuya oferta haya sido valorada como más económica[47]. El ACP enuncia asimismo los principios generales para la evaluación de la idoneidad o aptitud profesional del proveedor en función de criterios no discriminatorios, pero señala que la capacidad financiera, comercial y técnica del proveedor deberá ser estimada en función tanto de la actividad comercial global del proveedor como de su actividad en el territorio de la entidad adjudicadora, teniendo debidamente en cuenta la relación jurídica que pueda haber entre las organizaciones proveedoras[48].

44. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) autoriza a la entidad adjudicadora para investigar toda oferta que se sospeche ser anormalmente baja (OAB) al efectuar la evaluación de las ofertas, y señala que será declarada ganadora la oferta cuyo precio sea el más bajo o que haya sido valorada como más ventajosa, siempre que el concursante ganador haya sido declarado plenamente capaz de llevar a cabo el contrato. Dicho texto dispone asimismo que toda entidad adjudicadora que haya recibido una oferta, cuyo precio sea anormalmente bajo, respecto de las demás ofertas presentadas, podrá pedir al ofertante que compruebe bien de que podrá cumplir con toda condición prescrita para su participación y de que está plenamente capacitado para cumplir lo estipulado en el contrato que se vaya a adjudicar[49].

ii) Evaluación de las ofertas a tenor de lo dispuesto en el derecho interno

45. En Chile, la normativa legal aplicable exige que se efectúe un análisis técnico y económico de los costos-beneficios actuales y futuros de los bienes y servicios cotizados en cada oferta, y señala que deberán utilizarse, entre los criterios de evaluación, los datos concernientes al precio, la experiencia del proveedor, la calidad de la obra y productos, la asistencia y el apoyo técnico ofrecidos, los servicios de posventa, las fechas de entrega, los costos de transporte, y todo otro factor que se estime pertinente[50].

46. En Singapur (país signatario del ACP), lo concerniente a la contratación pública ha sido en buena parte descentralizado a cada uno de los ministerios, pero

---

[46] Se expresará la ponderación de cada criterio con arreglo a una gama de valores apropiados y, de no ser posible ponderarlos, el pliego de condiciones deberá enunciar los criterios por orden descendente de importancia.

[47] Artículo XIII:4, véase una descripción general de las disposiciones del Acuerdo sobre Contratación Pública en http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/over_e.htm. La Organización Mundial del Comercio (OMC) negocia actualmente ciertas revisiones del Acuerdo sobre Contratación Pública (véase Anexo 4(b) del Acta Final donde se incorporan los resultados de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, disponible en http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gpr-94_e.pdf).

[48] Artículo VIII:b.

[49] Artículo 1015.

[50] Ley 19.886, artículos 37 y 38.

existen dos registros públicos centrales[51], que centralizan los servicios de compra de los artículos de uso común. Dichos registros públicos han de mantenerse informados del historial comercial y de la solvencia financiera de todo proveedor eventual, y todo proveedor que sea declarado idóneo recibirá un certificado del registro central de la contratación pública, que podrá presentar junto con toda oferta futura[52]. En el pliego de condiciones se podrá exigir la inscripción de todo concursante en el registro central como factor decisorio, no decisorio o no requerido para determinado contrato que se vaya a adjudicar[53], ahora bien, de no exigirse ese requisito, la entidad adjudicadora deberá asumir la responsabilidad de haber efectuado una evaluación equivalente.

47. En la Región Administrativa Especial de Hong Kong, que es también signataria del ACP, todo proveedor eventual está obligado, con arreglo a las condiciones prescritas para la licitación, a demostrar su solvencia financiera ante las autoridades[54].

48. En el municipio de Buffalo City (Sudáfrica), toda entidad adjudicadora está obligada a llevar a cabo un análisis de riesgos (además del análisis de precios descrito en el párrafo 38, *supra*) para cerciorarse de que la oferta no colocará al municipio o a la entidad adjudicadora en algún riesgo, caso de ser aceptada. El reglamento aplicable obliga a considerar determinados elementos o factores, e indica que se podrá entrevistar a todo proveedor para dicho fin: deberá examinarse, en primer lugar, el precio de la oferta y sus elementos constitutivos, así como toda incoherencia del precio y toda tasa individual anormalmente elevada o baja, y, en segundo lugar, la aptitud del proveedor para ofrecer una garantía independiente, caso de ser exigible, su experiencia previa, sus recursos humanos y financieros, su historial comercial, su capacidad para supervisar y controlar toda fuerza laboral requerida y, cuando así proceda, su capacidad para suministrar materiales y facilitar equipo o medios de transporte, así como su comprensión del alcance o magnitud de la obra requerida. Podrá desestimarse toda oferta cuyo desglose estructural del precio difiera notablemente del presupuesto estimativo de la entidad adjudicadora y cuyo proveedor no pueda dar razón y cuenta de las discrepancias observadas[55].

49. En el Reino Unido, la entidad adjudicadora que vaya a evaluar si determinado proveedor cumple con las "normas mínimas de solvencia financiera y económica", estará facultada para pedir a los banqueros del proveedor que le presenten algún estado financiero, además de evaluar todo estado financiero ya publicado de dicha empresa[56].

2. Medidas que cabe adoptar frente a toda presunta OAB

---

[51] La Unidad de Políticas en materia de Contratación Pública y la Autoridad de Obras y Construcciones, respectivamente. Véase una descripción del régimen de la contratación pública de Singapur en http://www.gebiz.gov.sg/scripts/itt_gitis/biz_oppG_itt_procure_regime.jsp.

[52] Apéndice B22 de los *Contracts and Purchasing Procedures*, disponible en www.gebiz.gov.sg/.

[53] Artículo 264 de los *Contracts and Purchasing Procedures*, disponible en www.gebiz.gov.sg/.

[54] Véase http://www.fstb.gov.hk/tb/eng/procurement/tender04.html.

[55] Véase http://www.buffalocity.gov.za/municipality/internalaudit_tenders.stm (párrafo 3.8 de *Procurement Policy*).

[56] *Public Supply Contract Regulations* 1995 (S.I. 1995 núm. 201), que será enmendada al entrar en vigor las Directivas de la UE.

a) Facultad u obligación de exigir una justificación de todo precio que se presuma ser constitutivo de una OAB

50. La mayoría de los regímenes exigen de la entidad adjudicadora que dé al proveedor la oportunidad de explicar su precio, o la facultan para hacerlo, cuando exista algún indicio de que pudiera tratarse de una OAB, y la entidad adjudicadora podrá tener en cuenta las explicaciones que se le hayan dado al evaluar la conformidad de una oferta con el pliego de condiciones.

i) Justificación del precio en los regímenes legales de ámbito plurinacional

51. Con arreglo al párrafo 4) del artículo XIII del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, la entidad adjudicadora estará facultada para pedir una justificación o explicación, en la etapa anterior a la desestimación de una oferta, pero no estará obligada a hacerlo, y deberá obrar sin otra finalidad que la de cerciorarse de que el proveedor cumple los requisitos exigibles para su participación y será capaz de cumplir lo estipulado en el contrato.

52. El artículo 55 de la segunda nueva directiva de la UE concierne, entre otras cosas, a las OAB y a su identificación y a las medidas subsiguientes que proceda adoptar, y su texto dispone lo siguiente:

> "1. Si, respecto de un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta.
>
> Dichas precisiones podrán referirse a:
>
> a) el ahorro que permita el procedimiento de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios;
>
> b) las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios;
>
> c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;
>
> d) el respeto de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación;
>
> e) la posible obtención de una ayuda del Estado por parte del licitador.
>
> 2. El poder adjudicador consultará al licitador y verificará dicha composición teniendo en cuenta las justificaciones aportadas.
>
> 3. El poder adjudicador que compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda del Estado sólo podrá rechazar dicha oferta por esa única razón si consulta al licitador y éste no puede demostrar, en un plazo suficiente fijado por el poder adjudicador, que tal

ayuda se ha concebido legalmente. El poder adjudicador que rechace una oferta por las razones expuestas deberá informar de ello a la Comisión[57]."

ii) Justificación del precio en el marco del derecho interno

53. Francia sigue el mismo enfoque adoptado por la UE anteriormente descrito, al disponer que si una oferta parece ser anormalmente baja podrá ser rechazada (dándose la motivación por escrito) una vez que se haya pedido una aclaración por escrito de los pormenores de sus elementos constitutivos y tras haber estudiado las explicaciones que se hayan dado[58]. Cabe encontrar disposiciones similares en el derecho austríaco[59], sueco[60], y del Reino Unido[61]. El reglamento FAR de compras públicas de los Estados Unidos adopta el criterio de que se debe justificar el precio, conforme se indicó anteriormente en el párrafo 37, pero es significativo que, a diferencia de otros regímenes, únicamente podrá recabarse del concursante información concerniente al precio (y no concerniente a los costos).

54. El enfoque adoptado por la UE está siendo seguido en la mayoría de los países de Europa central y oriental (como por ejemplo en la República Eslovaca)[62].

55. En China, si se sospecha la presencia de una OAB el comité de evaluación deberá pedir explicaciones del proveedor que la haya presentado. Si las explicaciones no son satisfactorias, podrá decidir no adjudicar el contrato a dicho concursante[63].

56. Cabe que se haya facultado a la entidad adjudicadora para obtener una prórroga del plazo de validez de la oferta a fin de completar su evaluación dentro de dicho plazo, conforme sucede en Tamil Nadu (India)[64].

b) Evaluación de las explicaciones del precio presentadas en el marco de un procedimiento justificativo del mismo

57. Los regímenes de la contratación pública de diversos Estados, así como las disposiciones de las nuevas directivas de la UE, denotan algunos de los factores, o tal vez todos, que la entidad adjudicadora deberá ponderar al examinar las explicaciones del proveedor respecto de todo precio al parecer anormalmente bajo, referidas a las condiciones particularmente favorables que estén al alcance del concursante presentador de dicha oferta.

58. Los factores enunciados en las nuevas directivas de la UE son:

---

[57] Véase nota 28, *supra*. Cabe encontrar una disposición equivalente en el artículo 57 de la primera directiva de la UE, y según se informó a la Secretaría durante las consultas previas a la preparación de la presente Nota, la entidad adjudicadora gozará de mayor flexibilidad en su examen de las explicaciones admisibles de toda presunta OAB, al adoptarse las nuevas directivas de la UE.

[58] Artículo 55 del *Code de Commerce*.

[59] Ley de adjudicación de compras públicas 2002, secciones 93 a 99, disponible en http://www.ris.bka.gv.at/erv/erv_2002_1_99.pdf.

[60] La Ley (SFS 1992:1528) de contratación pública, sección 23, disponible en http://www.nou.se/loueng.html.

[61] The *Utilities Contracts Regulations* 1996 (S.I. 1996 núm. 2911).

[62] Ley núm. 523/2003 (24 de octubre de 2003) de la contratación pública, sección 43(5).

[63] China: Ley de licitaciones y subastas, artículo 33. Véase párrafo 26, *supra*.

[64] Sección 26 del Reglamento sobre la transparencia en la licitación, 2000.

a) Las virtudes del método o la economía del proceso de fabricación utilizado, así como del método de construcción o de los servicios prestados;

b) Las soluciones técnicas elegidas y/o toda condición excepcionalmente favorable que el concursante tenga a su alcance para ejecutar las obras, suministrar los bienes o prestar los servicios;

c) La originalidad de las obras, de los suministros o de los servicios ofrecidos por el concursante;

d) La observancia de las normas aplicables a la protección del empleo y de las condiciones de trabajo imperantes en el lugar donde se haya de ejecutar las obras, prestar los servicios o suministrar los bienes;

e) La posibilidad de que el concursante obtenga alguna ayuda pública o del Estado[65].

c) Posibilidad de rechazar una OAB

59. Con arreglo al artículo 55 de la segunda nueva Directiva de la UE, toda entidad adjudicadora, que estudie la procedencia de rechazar una oferta, deberá pedir del proveedor una explicación justificativa del precio conforme a lo anteriormente indicado, pero gozará de su autonomía habitual para aceptar o rechazar una oferta, conforme juzgue oportuno.

60. La Secretaría no ha encontrado ningún régimen en el que esté permitido rechazar una OAB eventual, sin proceder a su evaluación (lo que significa, que no cabrá utilizar métodos meramente estadísticos o aritméticos para descalificar una OAB). Esta postura se ha visto reafirmada por las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha dictaminado que ninguna oferta podrá ser automáticamente excluida por el mero hecho de que su importe entrañe un desvío porcentual superior al autorizado respecto de las demás ofertas presentadas[66]. Esa postura es compartida por la legislación de muchos países, y por aquellos regímenes que permiten que una OAB sea rechazada, por su condición de tal (p. ej. en las nuevas directivas de la UE, caso de detectarse en una oferta alguna ayuda pública ilegal, véase párrafo 52, *supra*, así como en la normativa de Buffalo City en Sudáfrica, véase párrafo 48, *supra*, y en China véase párrafo 55, *supra*), que autorizan que dichas ofertas sean rechazadas tras algún procedimiento de consulta o alguna oportunidad de justificación. Por ello, las OAB suelen ser rechazadas por razón de que se estime que no son conformes al pliego de condiciones (por ejemplo, la entidad adjudicadora tal vez estime que el proveedor no será capaz de cumplir el contrato puntualmente o conforme a las normas de calidad requeridas). Cabe considerar que mantener dicho vínculo, con la conformidad de la oferta a lo especificado en el pliego de condiciones, es un factor crítico que debe tenerse en cuenta al tratar de evitar el riesgo que entraña una OAB.

---

[65] Artículo 57 de la primera nueva Directiva de la UE, y artículo 55 de la segunda nueva Directiva de la UE. Véase nota final 28, *supra*.

[66] Véase Sentencia de 18 de junio de 1991 en el caso C-295/89 (“Alfonso”); Sentencia de 26 de octubre de 1995 en el caso C-143/94 (“Furlanis”), y Sentencia de 16 de octubre de 1997 en el caso C-304/96 (“Génova”).

61. Otro elemento del régimen aplicable a las OAB es la obligación de que todo rechazo por dicho motivo sea prontamente notificado al ofertante afectado[67].

C. Otras cuestiones concernientes a las OAB

1. Eficacia de una garantía de oferta o de una garantía independiente

62. Toda garantía de oferta tiene por objeto garantizar a la entidad adjudicadora que el proveedor cerrará el trato si su oferta es aceptada y depositará toda caución de pago o de ejecución que sea requerida en lo concerniente al contrato adjudicado, siempre que dichas cauciones hayan sido exigidas en el pliego de condiciones. La garantía independiente se acostumbra a utilizar para garantizar el cumplimiento del contrato de conformidad con las condiciones estipuladas y con el precio aceptado, y dentro del plazo prescrito. La caución de pagos se utiliza para proteger a ciertos proveedores de servicios o de materiales y a los subcontratistas contra la eventualidad de impago por el principal contratista[68]. Las garantías de oferta y las cauciones son un recurso habitual en países de Europa y de América del Norte, así como en otros regímenes, como el de las Reglas Uniformes para los documentos de caución de un contrato de la Cámara de Comercio Internacional[69], y en la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (1995)[70].

63. En cuanto a las garantías independientes, en Chile por ejemplo, la legislación dispone que cuando el precio de una oferta sea inferior al de la próxima oferta, por más de un 50%, y la entidad adjudicadora compruebe que dicho precio no corresponde a los costos presupuestados, la entidad adjudicadora podrá, no obstante, adoptar una resolución debidamente motivada, por la que adjudique el contrato a la oferta más baja, pero solicitando un aumento en la garantía de ejecución del contrato que corresponda a la diferencia entre el precio ofrecido y el precio de la próxima oferta. (En un nuevo reglamento está previsto reducir dicha diferencia porcentual de un 50 a un 20%.)[71]

64. En Indonesia, el reglamento aplicable dispone que el proveedor de una OAB eventual puede ser obligado a depositar una garantía independiente adicional de hasta un 80% del precio estimativo de la entidad adjudicadora, y que todo proveedor que se niegue a hacerlo perderá su garantía de oferta, quedará descalificado y será inscrito en una lista negra[72].

65. Si las obligaciones de un proveedor están resguardadas por una garantía independiente, parece probable que el otorgante de la garantía haya examinado la aptitud y solvencia del proveedor. Se ha convenido, por ello, que el recurso al régimen de la garantía independiente disminuye enormemente la probabilidad de

---

67 Véase, por ejemplo, sección 21(3) de la Ley de la contratación pública de Letonia para la administración estatal y local.

68 Véase Informe del Grupo de Trabajo de la Dirección General III de la CE, nota 3, *supra*.

69 Reglas Uniformes para los documentos de caución de un contrato, publicación de la CCI 524.

70 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/50/17) Anexo I (Anuario 1995, primera parte, sec. D, Anexo).

71 Ley 19.886, sección 41.

72 *Keppres* 80/2003, capítulo II del Anexo.

que una empresa incumpla en el curso de la ejecución de un contrato, por lo que reduce el riesgo inherente a toda OAB.

66. Ahora bien, también se ha argüido que las garantías de oferta (a diferencia de las garantías independientes) no amparan contra los riesgos propios de una OAB[73], y que el costo de obtener cauciones de cualquier índole es un obstáculo grave para la participación de pequeñas y medianas empresas en el negocio de la contratación pública. Además, se ha aducido que la disciplina de tener que completar un contrato y el impacto negativo de no hacerlo para toda oportunidad comercial futura, constituyen un incentivo suficiente para que una empresa no presente una OAB. Por el contrario, se ha observado que las pequeñas y medianas empresas se ven perjudicadas por la percepción de que constituyen un riesgo de fiabilidad por razón de su reducido tamaño, por lo que esas empresas tal vez se beneficien del recurso a garantías independientes.

67. Se ha aducido también que las garantías independientes son de un costo prohibitivo para la pequeña y mediana empresa, y su costo constituye en todo caso un costo adicional de todo contrato adjudicado. Su valor como factor disuasor de una OAB no ha sido, por ello, universalmente aceptado por los comentaristas que han aducido que, al igual que sucede con la garantía de oferta, la solución más rentable es la de una evaluación bien hecha[74].

2. La subasta electrónica inversa y las OAB

68. Como se observó en el anterior párrafo 16, en la subasta electrónica inversa se tropieza también con el fenómeno de la OAB. En el documento A/CN.9/WG.I/WP.35 se describe el mecanismo de la subasta electrónica inversa en diversos de los regímenes estudiados. Los observadores han señalado que la intensa competitividad y la concentración en el precio de la subasta electrónica inversa eleva el riesgo de que se presenten OAB[75].

69. En el Brasil, la subasta electrónica inversa está dotada de una función "charla" por Internet que puede activarse durante la propia subasta, y que permite que todo concursante anónimo entable una "charla" con el encargado de la subasta electrónica inversa. Si el encargado de la subasta considera que una oferta es anormalmente baja, podrá indicar al ofertante, a través de dicha función de "charla", que su oferta es anormalmente baja, indicándole que tal vez desee retirarla. Pese a que tiene por objeto amainar el riesgo de una OAB, algunos comentaristas han observado que esta función entraña un cierto riesgo de actividades fraudulentas[76]. Algunas instituciones de crédito multilaterales han decidido no financiar subastas en las que se ofrezca dicha función de "charla" (e incluso, toda subasta que no sea tramitada por una vía plenamente automatizada).

---

[73] Algunos comentaristas sostienen que un sistema de cauciones pudiera prevenir toda presentación repetida de OAB.

[74] Véase un examen más completo de las garantías de oferta y de las OAB, en el Informe del grupo 1 de tareas sobre obras de la CE (YP, ICIA 08/2001), disponible en http://europa.eu.int/comm/enterprise/construction/alo/bonds/bondsfin.htm.

[75] Véase O. Soudry, págs. 356-7, véase nota 14, *supra*, y conforme se informó a la Secretaría durante las consultas previas a la preparación de la presente Nota.

[76] Conforme se informó a la Secretaría durante las consultas previas a la preparación de la presente Nota.

70. Se ha observado en el documento A/CN.9/WG.I/WP.35 que la subasta electrónica inversa se utiliza en algunos países únicamente para la compra de mercancías o artículos básicos normalizados[77], y que, en ese tipo de contrato de suministro, el único riesgo de incumplimiento suele ser la insolvencia del proveedor. En resumidas cuentas, el rasgo más señalado de la subasta es que los concursantes se encuentran congregados, por vía virtual, y compiten entre sí en función de un precio, por lo que partiendo de la hipótesis de que cada uno de ellos conozca los costos de su propia empresa, ningún proveedor sensato ofrecerá un precio que suponga una pérdida. Los comentaristas han observado, por ello, que el fenómeno de la presentación de OAB, en el marco de una subasta electrónica inversa, no debe ser considerado como un riesgo a largo plazo, y que cuanto más información se facilite a los proveedores en el curso de la subasta (por ejemplo respecto de las ofertas de los demás concursantes), menor será el riesgo de que se presente una OAB[78].

3. Cuestiones concernientes al régimen legal de la competencia

71. El estudio efectuado por la Secretaría ha considerado elementos del régimen de la competencia que regulan todo comportamiento que contravenga el principio de la competencia leal en el mercado, como pudiera ser toda norma legal por la que se prohíba toda práctica destinada a eliminar la competencia vendiendo a precios inferiores al costo de producción (con miras a impedir la exportación de productos a precios más bajos que los cobrados en el mercado interior), y toda práctica de fijar precios que no cubran los costos con la intención de ganar o de retener una porción del mercado y de eliminar a los competidores[79]. En el Canadá, por ejemplo, la legislación prohíbe que una empresa incurra en prácticas de competencia desleal, señalándose como una de dichas prácticas la venta a un precio inferior al costo para eliminar a un competidor[80]. Se han señalado anteriormente otras disposiciones que prohíben la venta de productos a un precio inferior a su costo[81].

72. El artículo 86 del Tratado por el que se creó la Comunidad Europea (Tratado de la Comunidad Europea)[82], que todo Estado miembro debe aplicar en su propio territorio, prohíbe que las empresas que gocen de una "posición dominante" en algún mercado, abusen de dicha ventaja[83], y da como ejemplo de prácticas abusivas

---

[77] Véase párrafo 20 de A/CN.9/WG.I/WP.35.

[78] Véase O. Soudry, págs. 356-7, véase nota 14, *supra,* y conforme se informó además a la Secretaría durante las consultas previas a la preparación de la presente Nota.

[79] Véase una definición de dicho comportamiento, denominado fijación desleal de precios en la nota 8, *supra*.

[80] "*Cut-throat competition or abuse of dominant position? Challenges to the conduct of firms in a new technological era*", WS 13 National Report for CANADA, por A. Neil Campbell y Jeffrey P. Roode, disponible en http://www.globalcompetitionforum.org/regions/n_america/canada/Cutthroat%20Competition%20Report%20with%20Appendices_Aug%202001.pdf.

[81] Véase, por ejemplo, párrafo 26 y notas 8 y 24, *supra*.

[82] Cuyo texto está disponible en http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/en/entoc05.htm.

[83] El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas definió el término "posición dominante" en un mercado en el caso *United Brands* (27/76 de febrero de 1978) como "una posición de predominio económico disfrutado por una empresa, en el mercado considerado, que le permite prevenir toda competencia efectiva contra ella, ya que dicha posición la faculta para actuar con notable independencia de sus competidores y de sus clientes, y en última instancia con independencia de los consumidores". El principal indicador de esa situación de predominio

la de fijar precios por debajo de lo normal con objeto de eliminar a un competidor[84]. Muchos Estados miembros de la Unión Europea han legislado contra toda empresa que abuse de una posición dominante (mediante prácticas como la de presentar OAB), imponiéndoles multas de hasta un 10% del volumen de ventas anual de la empresa[85].

73. Las sanciones que han llegado al conocimiento de la Secretaría suelen estar dirigidas contra la fijación deliberada de un precio inferior al costo del producto o contra toda práctica de fijar precios anormalmente bajos, por lo que serán invocables en todo supuesto en el que se ofrezca conscientemente una OAB pero no lo serían en supuestos en los que se ofrezca inconscientemente OAB por alguna de las razones enunciadas en el anterior párrafo 12. Puede haber también ciertos obstáculos temporales que dificulten la invocación del régimen de la competencia leal contra la adjudicación de determinado contrato, en la medida en que el tiempo requerido para probar una infracción del régimen de la competencia leal puede ser muy superior al tiempo disponible para la adjudicación de un contrato.

IV. Conclusiones

74. Por decirlo en breve, la encuesta efectuada por la Secretaría ha permitido constatar que el fenómeno de las ofertas anormalmente bajas (OAB) está ya regulado en regímenes legales de la contratación pública interna, así como en regímenes multinacionales. Ahora bien, no ha sido explícitamente regulado en la Ley Modelo. Las medidas por las que se trata de prevenir el recurso a una OAB suelen figurar en la reglamentación de la evaluación de las ofertas y en la calificación de la actitud de los proveedores, y suelen suponer que la entidad adjudicadora deberá analizar si el precio ofrecido es objetivamente viable (y si se respetarán las normas de calidad). Se procurará determinar asimismo si el proveedor está en condiciones de cumplir el contrato adjudicable. Toda medida destinada a prevenir prácticas contrarias a la competencia leal, como pudiera ser la presentación de OAB con la intención de eliminar competidores, suelen estar previstas en el régimen legal protector de la competencia leal y no en el régimen de la contratación pública.

75. El Grupo de Trabajo tal vez considere que la reglamentación de la contratación pública debe ocuparse del problema de la OAB no intencional, aplicando los debidos criterios de evaluación y calificación, y reglamentando la obligación de justificar el precio, pero que el supuesto de la OAB intencional podrá ser más eficazmente resuelto en el marco del régimen aplicable a la competencia leal (desde la perspectiva de la entidad adjudicadora pudiera no haber razón alguna para rechazar una OAB que no suponga un riesgo de cumplimiento)[86]. Ahora bien, el

---

suele ser el gozar de una cuota importante del mercado; los factores que pueden favorecer dicha posición son la debilidad económica de sus competidores, la ausencia de toda competencia potencial y el control de los recursos o de la tecnología.

[84] Véanse otros ejemplos ilustrativos en http://www.europarl.eu.int/facts/3_3_2_en.htm.

[85] Véase, por ejemplo, respecto del Reino Unido, http://www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/0620258B-3006-4B1C-ADC6-5CC69E6EF4F1/0/OFT402.pdf.

[86] Dichas leyes pueden ocuparse de la situación inhabitual de una OAB que no suponga riesgo alguno de incumplimiento, que puede darse en una oferta presentada por una empresa pública

Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de introducir alguna disposición al respecto en la Ley Modelo o en algún reglamento de aplicación de la misma, así como en la Guía para su incorporación al derecho interno, a fin de coordinar la respuesta dada en el marco del régimen aplicable en materia de competencia leal y del régimen de la contratación pública y a fin de facilitar la cooperación entre entidades adjudicadoras.

76. Cabe citar como cuestiones que el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar, en orden a la prevención de la práctica de presentar OAB las siguientes:

a) Dar a conocer mejor las consecuencias adversas de una OAB, e impartir capacitación al respecto al personal encargado de la contratación pública;

b) Reglamentar mejor la administración de todo contrato adjudicado, como pudiera ser limitando toda variación introducible en el contrato adjudicado, y cerciorándose de que toda especificación indicada sea estrictamente observada, regulando las relaciones entre el contratista y los subcontratistas, y ofreciendo una vía adecuada para la solución de controversias, caso de que llegue a ser necesario rescindir un contrato o despedir a un contratista;

c) Velar por que se preste la debida atención en el proceso de contratación a todo criterio aplicable al precio, así como a todo criterio que sea ajeno al precio ofrecido;

d) Respetar toda prohibición general contra la práctica de negociar una oferta ya presentada y restringir, conforme proceda, el alcance de dichas negociaciones[87];

e) Imponer un deber severo de informar debidamente de toda OAB rechazada y de formar todo expediente que sea requerido, exigiendo, por ejemplo, que se informe del rechazo de toda OAB a alguna autoridad supervisora central de la contratación pública; y

f) Estudiar la eficacia de las garantías de oferta o de las garantías independientes para prevenir y remediar los riesgos de una OAB.

77. En lo que respecta a cada proceso de adjudicación en particular, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar abordar alguno de los siguientes factores:

En la fase previa a la adjudicación:

a) Velar por que la entidad adjudicadora disponga de recursos y de información suficiente, facilitándosele precios de referencia siempre que sea posible;

---

que funciona con respaldo estatal y sin los riesgos del capital privado. Por ejemplo, la Ley de contratación pública de Eslovenia (artículo 53 4)) exige que la Oficina Protectora de la Competencia emita un dictamen en todo supuesto de una oferta anormalmente baja respaldada por fondos públicos.

[87] Las disposiciones actuales reguladoras de dichas cuestiones se encuentran en el artículo 35 de la Ley Modelo (“Prohibición de negociaciones con los proveedores o contratistas”). En el Brasil el encargado de una subasta electrónica inversa está facultado para negociar con el “ganador” de dicha subasta.

b) Velar por que el pliego de condiciones sea formulado en los términos más claros posibles, y debatir si procede o no consultar con ciertos proveedores eventuales en la fase de preparación de las especificaciones[88];

c) Examinar la conveniencia de incorporar los gastos de mantenimiento y repuesto de equipo en el análisis del precio;

d) Dar un margen de tiempo suficiente para cada etapa del proceso de adjudicación; y

e) Seleccionar con el debido cuidado los criterios de calificación, autorizando tal vez la búsqueda de información completa y exacta sobre la aptitud y calificaciones de todo concursante eventual y sobre su ejecutoria profesional previa.

En el curso del proceso de adjudicación:

a) Insertar en el pliego de condiciones una declaración por la que la entidad adjudicadora se exima de toda obligación de aceptar la oferta de precio más bajo, o toda otra oferta en particular;

b) Insertar en el pliego de condiciones una declaración por la que la entidad adjudicadora se declare facultada para efectuar un análisis del precio o de los riesgos, tal vez como complemento del análisis de los criterios de calificación;

c) Prever un análisis a fondo de la competencia y calificaciones de los concursantes y de las ofertas presentadas recurriendo si es preciso a un análisis del precio y de los riesgos;

d) Exigir que se proceda a un análisis justificativo del precio, en todo supuesto en el que se sospeche la presentación de una OAB;

e) Regular todo factor que la entidad adjudicadora podrá tener en cuenta al evaluar la respuesta de un proveedor a la demanda de que justifique su precio; y

f) Exigir que toda medida adoptada en respuesta a una presunta OAB quede debidamente reflejada en el expediente del proceso de adjudicación[89].

78. El Grupo de Trabajo tal vez desee comenzar por considerar si procede incorporar al ámbito regulatorio de la Ley Modelo algunos de los puntos enunciados en el párrafo anterior referentes a diversas etapas del ciclo de contratación, es decir, a la etapa de planificación o preparatoria del proceso de adjudicación y a la etapa de administración del contrato adjudicado.

79. En segundo lugar, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la normativa actual de la Ley Modelo sobre la evaluación de ofertas y los criterios de aptitud o de calificación, pueden ser ventajosamente desarrollados en la Guía para su incorporación al derecho interno, a fin de facilitar la identificación de toda OAB

---

[88] Cabe encontrar las disposiciones actuales reguladoras de dichas cuestiones en el artículo 25 de la Ley Modelo (“Contenido de la convocatoria a licitación o a precalificación”), en el artículo 27 (“Contenido del pliego de condiciones”), en el artículo 28 (“Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones”) en lo concerniente a la licitación abierta, y existen disposiciones equivalentes respecto de otros métodos de contratación pública.

[89] Dichos requisitos en lo concerniente al expediente de la contratación pública o de la constancia que debe quedar del proceso de adjudicación pueden verse en el artículo 12 de la Ley Modelo.

presentada y la evaluación de todo riesgo eventual de ejecución y las medidas que procedería adoptar para resolver estas cuestiones.

80. En tercer lugar, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procede o no enmendar el artículo 34 4) b) de la Ley Modelo a fin de disponer expresamente que la oferta cuyo precio sea más bajo o la oferta valorada como más económica deberá ser además una oferta presentada por un proveedor plenamente calificado, reformulando dicho texto en términos como los siguientes:

> "b) La oferta ganadora será aquella que haya sido presentada por un proveedor que haya probado plenamente su aptitud o competencia para llevar a cabo el contrato y cuya oferta sea:
>
> i) La oferta cuyo precio sea más bajo a reserva de cualquier margen de preferencia que sea aplicable de conformidad con el apartado d) del presente párrafo; o ....."

81. El Grupo de Trabajo tal vez desee también considerar si procede insertar en la Ley Modelo alguna remisión a la Guía para la incorporación al derecho interno o algún texto explicativo en el marco de dicha Guía referente a los artículos 6 (aptitud o idoneidad de los proveedores) y 34 4) b).

82. En cuarto lugar, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procedería enunciar, en el artículo 34 4) b) o en la Guía para la incorporación, los parámetros que cabría utilizar para llevar a cabo un análisis del precio (véase una descripción del "análisis del precio", en los párrafos 34 a 39, *supra*). Todo análisis del precio podría llevar incorporado un análisis comparativo del precio (total) ofrecido por cada proveedor y entre esos precios y los precios previamente presentados para ciertos bienes objeto de la contratación, así como un análisis comparativo con todo parámetro comercial disponible, o con todo presupuesto o análisis desglosado de los costos presentados por cada uno de los proveedores concursantes. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de incorporar algún comentario concerniente al riesgo inherente al empleo del método estadístico para el análisis del precio (esos riesgos han sido descritos en los párrafos 31 a 33, *supra*). El Grupo de Trabajo tal vez desee preparar además un estudio de cómo debe efectuarse un análisis del precio en supuestos en los que no exista ningún precio de referencia o del mercado para el contrato adjudicable.

83. Por último, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la procedencia de enmendar el comentario de la Guía respecto del artículo 34 1) a) de la Ley Modelo con miras a facilitar la aplicación de lo dispuesto en dicho apartado del artículo 34 para requerir al concursante a que justifique debidamente el precio de una presunta OAB.

III. ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 41º período de sesiones (Viena, 13 a 17 de septiembre de 2004)

(A/CN.9/569) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-10
II.	Deliberaciones y decisiones	11
III.	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	12-72
	Párrafo 7)	13-72
	Observaciones generales	13-17
	Opciones de desvinculación o de adhesión	18-22
	Apartado a)	23-32
	Apartado b)	33-38
	Apartado c)	39-43
	Apartado d)	44-51
	Apartado e)	52-61
	Apartado f)	62-64
	Apartado g)	65
	Apartado h)	66-68
	Debate general y futuras actuaciones del Grupo de Trabajo	69-72
IV	Posible inclusión de la Convención de Nueva York en la lista de instrumentos internacionales a que se aplicaría el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales	73-79
V.	Otros asuntos	80

I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión consideró que había llegado el momento de evaluar, en el foro universal que ofrecía la Comisión, si eran aceptables las ideas y propuestas formuladas para perfeccionar el régimen legal y los reglamentos y prácticas del arbitraje. La Comisión encomendó esa labor al Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) 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.

2. En los párrafos 5 a 17 del documento A/CN.9/WG.II/WP.130 figura el resumen más reciente de las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo sobre, entre otras cosas, un proyecto revisado de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante denominada "la Ley Modelo") relativo a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, y sobre la propuesta de un nuevo artículo para la Ley Modelo que rija la ejecución de las medidas cautelares (que se ha insertado provisionalmente en el texto como artículo 17 bis). Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de esos textos para someterla al examen del Grupo de Trabajo en su 41º período de sesiones.

3. El Grupo de Trabajo, que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 41º período de sesiones en Viena del 13 al 17 de septiembre de 2004. Asistieron a él representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Austria, Belarús, Bélgica, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, Croacia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Italia, Japón, Kenya, Líbano, Marruecos, México, Nigeria, Pakistán, Polonia, Qatar, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Rwanda, Serbia y Montenegro, Singapur, Suecia, Suiza, Túnez, Turquía y Venezuela.

4. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Bulgaria, Eslovaquia, Filipinas, Finlandia, Grecia, Iraq, Irlanda, Malasia, Myanmar, Nueva Zelandia, Países Bajos, Perú y Yemen.

5. Asistieron también observadores de las siguientes organizaciones del sistema de las Naciones Unidas: Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI).

6. Asistieron, además, observadores de las siguientes organizaciones intergubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: Comité consultivo sobre el artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), Consejo de la Asamblea Interparlamentaria de Naciones Miembros de la Comunidad de Estados Independientes (CEI) y Corte Permanente de Arbitraje.

7. Asimismo estuvieron presentes observadores de las siguientes organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: *American Arbitration Association* (AAA), *Association of the Bar of the City of New York* (ABCNY), *Association Suisse de l'Arbitrage* (ASA), Cámara de Comercio Internacional (CCI), *Center for International Legal Studies,* Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, *Chartered Institute of Arbitrators,* Club de Árbitros de la Cámara de Arbitraje de Milán, Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial

(ICCA), Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), *Forum for International Commercial Arbitration* (FICA), *Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration* (KLRCA), *Regional Centre for International Commercial Arbitration* (Lagos), *School of International Arbitration,* Unión Árabe de Arbitraje Internacional y *Union des Avocats Européens.*

8. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

Presidente: Sr. José María ABASCAL ZAMORA (México);

Relator: Sr. Il Won KANG (República de Corea).

9. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: a) el programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.130); b) una nota de la Secretaría con el nuevo texto revisado de un proyecto de disposición relativa a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, preparado en atención a las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 39º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.131); c) una nota de la Secretaría relativa a la propuesta de incluir una referencia a la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras ("la Convención de Nueva York") en el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en el contexto de los contratos internacionales (A/CN.9/WG.II/WP.132); y d) el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 40º período de sesiones (A/CN.9/547).

10. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones;
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. Posible inclusión de la Convención de Nueva York en la lista de instrumentos internacionales a que se aplicaría la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales;
6. Otros asuntos;
7. Aprobación del informe.

II. Deliberaciones y decisiones

11. El Grupo de Trabajo examinó el tema 4 del programa basándose en el texto de la nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.131). Las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo y las conclusiones a que éste llegó con respecto a este tema se recogen en el capítulo III. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de determinadas disposiciones basándose en las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo. Éste examinó los temas 5 y 6 del programa, el primero de ellos sobre la base de las propuestas enunciadas en la nota de la

Secretaría A/CN.9/WG.II/WP.132. Sus deliberaciones y conclusiones sobre esos temas se recogen en los capítulos IV y V, respectivamente.

III. 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

12. El Grupo de Trabajo recordó que había convenido en reanudar el debate sobre una versión revisada de la disposición relativa a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares. El Grupo de Trabajo examinó el nuevo texto revisado del artículo 17 de la Ley Modelo, que la Secretaría había preparado basándose en las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo en su 40º período de sesiones y sus correspondientes decisiones (A/CN.9/547, párrs. 68 a 116) y que en adelante se denominará "el proyecto de artículo 17" (A/CN.9/WG.II/WP.131). Su enunciado es el siguiente:

"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 o no en forma 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 el menoscabo del propio procedimiento arbitral], o se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente lo ocasionarían;

c) Ofrezca algún medio de preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) Preserve ciertos elementos de prueba 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 algún daño, no resarcible adecuadamente mediante un mandato de indemnización, que sea notablemente más grave que el que podría sufrir la parte afectada por la medida en caso de ser otorgada; y

b) Existe una posibilidad razonable de que prospere su demanda sobre el fondo del litigio, siempre y cuando toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno la determinación final subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

4) El tribunal arbitral podrá exigir del demandante de la medida cautelar o de toda otra parte interesada que preste una caución adecuada respecto de la medida demandada.

5) El demandante deberá dar a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que se demandara la medida cautelar o que el tribunal arbitral la otorgara.

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 de la medida cautelar será responsable de todo gasto, daño o perjuicio que dicha medida 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. El tribunal arbitral podrá exigir en cualquier momento de las actuaciones el pago de costas o de una indemnización.

7) a) [Salvo acuerdo en contrario de las partes,] cuando la divulgación previa a la parte que haya de cumplir la medida cautelar solicitada entrañe el riesgo de hacerla fracasar, el demandante podrá presentar una demanda al respecto sin notificarla a dicha parte y solicitar un mandato preliminar del tribunal arbitral [por el que se ordene a tal parte que mantenga el statu quo hasta que el tribunal arbitral haya oído a dicha parte y se haya pronunciado sobre la procedencia de la medida solicitada].

b) Las disposiciones de los párrafos [2),] 3), 5), 6) y 6 bis) del presente artículo serán aplicables a todo mandato preliminar que el tribunal arbitral pueda emitir con arreglo al presente párrafo.

c) [El tribunal arbitral podrá emitir un mandato preliminar siempre que llegue a la conclusión de que la finalidad de la medida cautelar solicitada puede verse frustrada de algún modo antes de que se haya escuchado a todas las partes interesadas.]

d) Después de haberse pronunciado sobre la procedencia del mandato solicitado, el tribunal arbitral notificará inmediatamente, a la parte que vaya a verse afectada, la demanda presentada y el mandato preliminar, en caso de ser éste otorgado, así como toda otra comunicación intercambiada entre alguna de las partes y el tribunal arbitral relativa a dicha solicitud [, a no ser que el tribunal determine [con arreglo al apartado i) del párrafo 7[1]] que tal notificación

---

[1] Propuesta de apartado relativo al aplazamiento de la notificación de un mandato preliminar a efectos de dar margen para su ejecución oportuna por vía judicial:

"[i) Si la notificación por el tribunal arbitral entraña el riesgo de frustrar la ejecución, por la vía judicial, del mandato preliminar, el tribunal arbitral podrá aplazar la notificación a la parte afectada de la demanda recibida, del mandato otorgado y de toda otra comunicación relativa a dicha demanda intercambiada entre alguna de las partes y el tribunal arbitral. Todo mandato preliminar otorgado deberá indicar la duración del aplazamiento de su notificación, que no deberá exceder del período máximo de validez del mandato preliminar. Al término del plazo así indicado, el tribunal arbitral deberá notificar sin más demora a la parte afectada la demanda presentada y el mandato preliminar otorgado, así como toda otra comunicación relativa a dicha

debe postergarse hasta que el mandato preliminar se ejecute por vía judicial o expire].

e) Deberá darse a la parte afectada por el mandato preliminar la oportunidad de hacer valer sus argumentos ante el tribunal arbitral a la mayor brevedad posible y, [en cualquier caso], en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas a partir de la notificación, o en todo [otro] momento o fecha [anterior] que sea adecuado en las circunstancias del caso.

f) Todo mandato preliminar emitido 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 lo haya emitido, a menos que dicho tribunal lo confirme, prorrogue o modifique dándole forma de medida cautelar [o cualquier otra forma]. Tal confirmación, tal prórroga o tal modificación no se efectuarán hasta que se haya notificado a la parte afectada la medida solicitada y hasta que dicha parte haya tenido la oportunidad de hacer valer sus argumentos.

g) El tribunal arbitral exigirá la debida caución a todo demandante de un mandato preliminar.

h) En tanto que la parte que vaya a verse afectada por el mandato no haya podido exponer sus argumentos ante el tribunal arbitral, con arreglo al apartado e) del párrafo 7), el demandante estará obligado a informar oportunamente al tribunal arbitral de toda nueva circunstancia que éste pueda considerar pertinente para determinar si otorgará o no un mandato preliminar con arreglo al apartado c) del párrafo 7).”

Párrafo 7)

Observaciones generales

13. El Grupo de Trabajo recordó que en su 40º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de febrero de 2004), por falta de tiempo, no había podido examinar el texto del párrafo 7) del proyecto de artículo 17. Se señaló que la Comisión, en su 37º período de sesiones (Nueva York, 14 a 25 de junio de 2004), había reiterado que la cuestión de las medidas cautelares dictadas *ex parte* (a instancia de parte), que, a su juicio, seguía siendo una cuestión importante y controvertida, no debería frenar los avances en la revisión de la Ley Modelo. No obstante, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo no había dedicado mucho tiempo en sus recientes períodos de sesiones al examen de esta cuestión y expresó la esperanza de que en su siguiente período de sesiones llegara a un consenso al respecto sobre la base de un proyecto revisado que preparara la Secretaría (A/59/17, párr. 58).

---

demanda intercambiada entre alguna de las partes y el tribunal arbitral. Se dará a la parte contra la que vaya dirigido el mandato preliminar la oportunidad de hacer valer sus argumentos ante el tribunal arbitral a la mayor brevedad posible y [en cualquier caso] en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas a partir de la notificación, o en todo [otro] momento o fecha [anterior] que sea adecuado en las circunstancias del caso.]”

14. El Grupo de Trabajo recordó que la cuestión de la inclusión de las medidas cautelares *ex parte* en el proyecto ya había sido objeto de deliberaciones (véanse A/CN.9/468, párr. 70; A/CN.9/485, párrs. 89 a 94; A/CN.9/487, párrs. 69 a 76; A/CN.9/508, párrs. 77 a 79; A/CN.9/523, párrs. 15 a 76; A/CN.9/545, párrs. 49 a 92; y A/CN.9/547, párrs. 109 a 116).

15. Se recordó que la idea de formular una disposición que previera el otorgamiento de medidas cautelares a instancia de parte se había planteado al reconocerse que, en algunos casos, el factor sorpresa era necesario, por ejemplo, cuando la parte afectada pudiera tratar de adelantarse a la medida tomando disposiciones que la hicieran inútil o inejecutable (A/CN.9/WG.II/WP.110, párr. 69). Se indicó también que era habitual que los tribunales estatales otorgaran medidas cautelares *ex parte* y que el hecho de que esas medidas raras veces se solicitaban en procedimientos de arbitraje obedecía, tal vez en parte, a la falta de reglamentación legal de dichas medidas. Se argumentó que si se omitía la disposición sobre las medidas cautelares, las partes que hubieran decidido dirimir sus controversias al margen del sistema judicial se verían obligadas a recurrir a él cuando se plantearan cuestiones de medidas cautelares *ex parte*.

16. Algunas delegaciones se opusieron a que se incluyera tal disposición en el texto. Se sostuvo que la inclusión de una disposición sobre las medidas cautelares *ex parte* iba en contra de los principios de la confianza y del consenso en que se basaba el arbitraje internacional, y que contradecía el principio de que las partes en procedimientos arbitrales debían ser tratadas con equidad y en pie de igualdad. Se argumentó que si en el proyecto se insertaba una disposición de esta índole, habría enormes dificultades para conciliarla con las disposiciones ya existentes de la Ley Modelo, concretamente con el artículo 18 (que dispone que deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos), con el párrafo 3) del artículo 24 (en virtud del cual debe darse traslado de todos los documentos a ambas partes) y con el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 (que permite denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo cuando una de las partes no ha podido hacer valer sus derechos). Asimismo, se consideró que el párrafo 7) daba excesiva complejidad al texto y podía crear obstáculos para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno de los países en que se consideraba que las medidas *ex parte* eran contrarias al orden público, las normas constitucionales o los tratados internacionales. Se señaló que, en los países en que las medidas cautelares dictadas a instancia de parte fueran aceptables, tales medidas podrían dictarse sobre la base de un arreglo contractual en ausencia de legislación concreta al respecto. Desde esa perspectiva, la incorporación al texto de una disposición del tenor del párrafo 7) podría incluso considerarse una limitación de la autonomía de las partes. Además, se argumentó que en los ordenamientos jurídicos en que raras veces se dictaban medidas cautelares *ex parte* o en que eran prácticamente desconocidas, podría resultar difícil para los tribunales estatales ejecutar medidas cautelares otorgadas a instancia de parte por un tribunal arbitral.

17. En cambio, otras delegaciones se declararon partidarias de que se incluyera en el texto una disposición en que se reconocieran las medidas cautelares *ex parte*. Se estimó que las debidas garantías procesales y el trato igualitario de las partes en una controversia eran elementos esenciales de la mayoría de los sistemas de justicia, si bien, no obstante, había surgido la práctica de otorgar medidas cautelares *ex parte* al

reconocerse que, en determinadas circunstancias, solo los procedimientos *ex parte* podían evitar la injusticia que entrañaba el hecho de que una parte hiciera fracasar el procedimiento arbitral. A fin de obviar las reservas que suscitaban las medidas dictadas a instancia de parte, los tribunales habían formulado salvaguardias estrictas. Se señaló que en el párrafo 7) se habían tenido en cuenta esos precedentes procesales en tribunales estatales y se habían previsto salvaguardias rigurosas, como la limitación estricta del plazo, el requisito de que la parte contra la que se solicitara la medida tuviera la oportunidad de ser escuchada lo antes posible, la obligatoriedad de prestar caución y el requisito de revelar plenamente los hechos. Sin embargo, se recordó que, si bien los procedimientos *ex parte* eran aceptables en el caso de los tribunales estatales, dado su carácter público, tal vez no resultara tan aceptable crear un mecanismo paralelo aplicable a los tribunales arbitrales. Se sostuvo también que los intentos de equiparar plenamente los tribunales arbitrales con los tribunales estatales podía resultar contraproducente y frenar el desarrollo del arbitraje comercial internacional en determinados países.

Opciones de desvinculación o de adhesión

18. Ante la disparidad de los criterios expuestos en los párrafos anteriores, el Grupo de Trabajo emprendió un debate sobre la eventual conveniencia de que en la Ley Modelo se abordara la cuestión de las medidas *ex parte* previendo una disposición en virtud de la cual las partes pudieran declararse no vinculadas por tales medidas o adherirse a ellas.

19. La opción de "desvinculación" se había enunciado en la expresión entre corchetes "Salvo acuerdo en contrario de las partes", al principio del párrafo 7). Algunas delegaciones apoyaron este criterio argumentando que era más inherente al carácter contractual del arbitraje. Se consideró que el criterio de "no considerarse vinculado" reflejaba mejor el criterio legislativo que se había seguido en otras disposiciones de la Ley Modelo y, en cuanto al criterio de la adhesión, se dijo que ese criterio era prácticamente desconocido en la tradición legislativa de muchos países. Se argumentó también que si se dejaba la cuestión de las medidas *ex parte* en manos de las partes, no se cumpliría el objetivo de fomentar la uniformidad en la legislación sobre esa cuestión.

20. No obstante, varias delegaciones se declararon partidarias de que se introdujera en el texto el criterio de la "adhesión" y propusieron que la disposición que rigiera las medidas cautelares *ex parte* empezara con una frase como: "Cuando las partes lo acuerden expresamente", o "Cuando las partes faculten al tribunal arbitral a tal efecto". Se observó que el criterio de la adhesión tal vez contribuiría más a preservar el carácter consensual del arbitraje limitando la posibilidad de que se aplicara automáticamente la disposición relativa a las medidas *ex parte*. Por otro lado, se estimó que la incorporación de una cláusula de "desvinculación" podría suscitar objeciones de orden público en algunos ordenamientos jurídicos.

21. Al concluir el debate no se había creado consenso sobre si debía darse a las partes la posibilidad de desvincularse del régimen de las medidas *ex parte* o de adherirse a él. Varias delegaciones compartieron el parecer de que podía resultar imposible regular la cuestión con una norma armonizada o uniforme. En otras palabras, tal vez convendría dejar esta cuestión en manos de los legisladores de los Estados promulgantes. En cuanto a la posibilidad de formular el párrafo 7) con

criterios prácticos dándole carácter facultativo, se señaló que existían precedentes al respecto, concretamente en la nota de pie de página correspondiente al párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo, o en la nota de pie de página correspondiente al artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

22. Antes de decidir si mencionar o no concretamente las medidas cautelares *ex parte* y, en caso afirmativo, de qué forma hacerlo, el Grupo de Trabajo procedió a examinar detenidamente el texto del párrafo 7) del proyecto de artículo 17 que figuraba en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.131). Durante sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo también examinó otra posible versión del proyecto de artículo 17 propuesta por una delegación. Por falta de tiempo, sólo examinó el párrafo 7) de esa propuesta, cuyo texto completo era el siguiente:

"1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar o modificar medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada o no en forma 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 se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente lo ocasionarían;

c) Ofrezca algún medio de preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) Preserve ciertos elementos de prueba que pudieran ser de interés o de importancia para resolver la controversia.

3) Salvo en lo referente a la medida enunciada en el apartado d) del párrafo 2**,** 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 algún daño, no resarcible adecuadamente mediante un mandato de indemnización, que sea notablemente más grave que el que podría sufrir la parte afectada por la medida en caso de ser otorgada; y

b) Existe una posibilidad razonable de que prospere su demanda sobre el fondo del litigio, siempre y cuando toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue en modo alguno la determinación final subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

4) El tribunal arbitral podrá exigir del demandante de la medida cautelar o de toda otra parte interesada que preste una caución adecuada respecto de la medida demandada.

5) Si así lo ordena el tribunal arbitral, el demandante deberá dar a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que se demandara la medida cautelar o que el tribunal arbitral la otorgara.

6) (suprimido)

6 bis) El demandante de la medida cautelar será responsable de todo gasto, daño o perjuicio que dicha medida ocasione a la parte contra la que sea aplicable, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no se justificaba tal medida. El tribunal arbitral podrá exigir en cualquier momento de las actuaciones el pago de costas o de una indemnización.

7) a) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la parte que solicite una medida cautelar podrá presentar su demanda sin notificar a la otra parte, junto con una solicitud de mandato preliminar con objeto de impedir que se haga fracasar el objetivo de la medida cautelar solicitada.

b) Las disposiciones de los párrafos [2),] 3), 4), 5), 6) y 6 bis) del presente artículo serán aplicables a todo mandato preliminar que el tribunal arbitral pueda emitir con arreglo al presente párrafo.

c) [El tribunal arbitral podrá emitir un mandato preliminar siempre que llegue a la conclusión de que la finalidad de la medida cautelar solicitada puede verse frustrada de algún modo antes de que se haya escuchado a todas las partes interesadas.]

d) Después de haberse pronunciado sobre la procedencia del mandato solicitado, el tribunal arbitral notificará inmediatamente, a la parte que vaya a verse afectada, la demanda presentada y el mandato preliminar, en caso de ser éste otorgado, así como toda otra comunicación intercambiada entre alguna de las partes y el tribunal arbitral relativa a dicha demanda, a no ser que el tribunal determine que tal notificación debe postergarse hasta que el mandato preliminar se ejecute por vía judicial o expire.

e) Deberá darse a la parte afectada por el mandato preliminar la oportunidad de hacer valer sus argumentos ante el tribunal arbitral a la mayor brevedad posible. Una vez transcurridas cuarenta y ocho horas u otro breve plazo contado a partir de la expiración del plazo para que la otra parte exponga sus argumentos, el tribunal arbitral decidirá si procede o no confirmar, prorrogar o modificar un mandato preliminar.

f) Todo mandato preliminar emitido 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 lo haya emitido, a menos que dicho tribunal lo confirme, prorrogue o modifique dándole forma de medida cautelar [o cualquier otra forma].

g) (suprimido)

h) (suprimido)"

Apartado a)

"[*Salvo acuerdo en contrario de las partes*]"

23. El Grupo de Trabajo decidió aplazar el debate sobre si sería procedente o no incluir en el texto la expresión "[Salvo acuerdo en contrario de las partes]" hasta que hubiera concluido su examen del párrafo 7.

Carácter de los mandatos preliminares

24. Se expresaron dudas sobre si cabría considerar que el concepto de "mandato preliminar" era una subcategoría del concepto más amplio de "medida cautelar". Se sostuvo que si ambos conceptos tuvieran el mismo rango legal, el hecho de hacer una distinción entre ambos podría parecer artificial y crear dificultades en la ejecución y en la práctica. Se estimó que, si se pretendía que las medidas cautelares tuvieran el mismo carácter y los mismos efectos que los mandatos preliminares, a fin de evitar confusiones, sería preferible que se empleara una única expresión para ambos conceptos.

25. En apoyo de los partidarios de que los mandatos preliminares y las medidas cautelares tuvieran el mismo carácter jurídico, una delegación observó que, al remitir el párrafo 7) b) a los párrafos 2), 3), 5), 6) y 6 bis), la definición y el régimen legal aplicable a las medidas cautelares resultaba también aplicable a los mandatos preliminares. Se explicó que la definición de medidas cautelares en el párrafo 2) era tan amplia que forzosamente abarcaría también la de mandato preliminar.

Finalidad, función y régimen legal de los mandatos preliminares

26. Se aclaró que, si bien un mandato preliminar podía considerarse una subcategoría de una medida cautelar, podía distinguirse de cualquier otra medida cautelar por su alcance más limitado, que era simplemente el de evitar que se hiciera fracasar la medida cautelar concretamente solicitada. Otro rasgo distintivo de los mandatos preliminares radicaba en su función, que se limitaba a ordenar a una parte que mantuviera el statu quo hasta que el tribunal arbitral hubiera escuchado los argumentos de la otra parte y hubiera adoptado una decisión sobre la demanda de la medida cautelar. Además, los mandatos preliminares se distinguían también de las medidas cautelares por su régimen jurídico, en virtud del cual los mandatos preliminares estaban sujetos a límites temporales más estrictos que otras medidas cautelares. Las características concretas de un mandato preliminar se resumieron señalando que el mandato preliminar se limitaba a establecer un mecanismo provisional hasta que la medida cautelar solicitada fuera objeto de un procedimiento *inter partes*, es decir, en el que fueran escuchadas todas las partes.

Versiones propuestas del apartado a)

27. A fin de aclarar la distinción entre las medidas cautelares y los mandatos preliminares, y para limitar más las funciones que puedan cumplir los mandatos preliminares, varias delegaciones apoyaron la siguiente variante del apartado a):

> "Salvo acuerdo en contrario de las partes, la parte que solicite una medida cautelar podrá presentar su demanda sin notificar a la otra parte, junto con una solicitud de mandato preliminar con objeto de impedir que se haga fracasar el objetivo de la medida cautelar solicitada."

28. Se estimó que esta variante tenía más probabilidades de propiciar un consenso al fijar un tope más alto, limitando los casos en que podrían dictarse mandatos preliminares a las situaciones en que el tribunal arbitral determinara que el mandato *ex parte* era necesario para impedir que se hiciera fracasar la medida cautelar. Se sostuvo que, al omitirse la referencia al mantenimiento del statu quo, esa variante daba al tribunal arbitral un mayor margen de flexibilidad. Otra delegación también

consideró que con la nueva variante mejoraba el proyecto de texto, al aclararse las diferencias entre la medida cautelar y el mandato preliminar.

29. En cuanto a la redacción, se sugirió que las palabras "una solicitud de mandato preliminar" se sustituyeran por las palabras "la solicitud de mandato preliminar que se estime necesaria". Se propuso otro cambio de redacción cuando se planteó la cuestión de si la omisión del requisito de notificar a la otra parte era aplicable tanto a la demanda de la medida cautelar como a la solicitud de un mandato preliminar. Con miras a dejar bien claro que tanto la demanda como la solicitud se hacían sin notificar a la otra parte, se sugirió que las palabras "sin notificar a la otra parte" se trasladaran al final del apartado a). Algunas delegaciones apoyaron esas sugerencias.

30. Se observó que el apartado a) tenía la finalidad de reflejar una práctica ya existente, en virtud de la cual los árbitros notificaban a una parte la solicitud de un mandato preliminar requiriendo a dicha parte, mediante una orden (que en inglés a veces se denominaba "stop order"), que se abstuviera de adoptar medidas que pudieran afectar a la posición de las partes hasta que ambas hubieran sido escuchadas. Con miras a restringir más la función de una medida cautelar de modo que reflejara esa práctica, se propuso el siguiente texto:

> "Salvo acuerdo en contrario de las partes, la parte que solicite una medida cautelar podrá presentar su demanda sin notificar a la otra parte, junto con una solicitud de mandato preliminar por el que se ordene a la otra parte que se abstenga de adoptar medidas que puedan hacer fracasar el objetivo de la medida cautelar solicitada."

31. Si bien a juicio de algunas delegaciones esa propuesta era demasiado restrictiva, recibió un amplio apoyo, pues podía conciliar las opiniones contrapuestas que se habían expresado en relación con las medidas cautelares *ex parte*. Se señaló asimismo que ese enunciado sería particularmente útil para diferenciar el propósito limitado de un mandato preliminar de las funciones más generales que desempeñaban las medidas cautelares. Respondiendo a preguntas formuladas, se explicó que la frase "ordene a la otra parte que se abstenga de adoptar medidas que puedan hacer fracasar la medida cautelar" no debería entenderse en el sentido de que únicamente se pedía a una parte que se abstuviera de actuar, sino también en un sentido más amplio, de que se le ordenaba que adoptara medidas positivas. Además, se señaló que no debería entenderse que con la palabra "mandato" se imponían requisitos procesales en cuanto a la forma que debía revestir el mandato preliminar.

32. Tras sostener un debate, el Grupo de Trabajo adoptó la nueva variante enunciada en los párrafos 30 y 31 *supra*, a reserva de lo que decidiera en sus futuras deliberaciones sobre el lugar en que habría que insertar el párrafo 7) y sobre la formulación de toda cláusula de desvinculación o de adhesión.

Apartado b)

Remisión a los párrafos 2), 3), 5), 6) y 6 bis)

33. Se expresó inquietud de que el hecho de remitirse en el apartado b) a los párrafos 2), 3), 5), 6) y 6 bis) podía interpretarse en el sentido de establecer un único régimen aplicable tanto a las medidas cautelares como a los mandatos

preliminares. Se respondió que la remisión a los párrafos 3), 5), 6) y 6 bis) tenía por objeto incorporar al régimen del mandato las mismas salvaguardias y requisitos que serían aplicables a toda medida cautelar, pero que no debía interpretarse que se equiparaba el mandato preliminar con alguna otra medida cautelar.

34. Dado que el Grupo de Trabajo convino en que se circunscribiera más la definición de mandato preliminar (véanse los párrafos 30 a 32 *supra*), tras haber deliberado al respecto, convino en suprimir la remisión al párrafo 2). Se convino, asimismo, en que se mantuviera la remisión a los párrafos 3), 5), 6) y 6 bis).

Posible remisión al párrafo 4)

35. Se propuso que en el apartado b) se hiciera remisión al párrafo 4), en que se dispone que el tribunal arbitral "podrá" exigir una caución al serle demandada una medida cautelar. De resultas de esa propuesta, se sugirió también suprimir el apartado g) (con arreglo al cual el tribunal arbitral estaría obligado a exigir una caución al emitir un mandato preliminar). Se recordó que el Grupo de Trabajo había concluido, en anteriores deliberaciones, que la constitución de una caución adecuada debería ser un requisito ineludible para la concesión de toda medida cautelar *ex parte* (véase A/CN.9/545, párr. 69). Se expresó cierto apoyo a favor de que se retuviera la caución como un requisito exigible para la emisión de un mandato preliminar, dado que constituía una de las salvaguardias más importantes frente a la posible arbitrariedad de una medida cautelar otorgada *ex parte*.

36. Ahora bien, se expresó cierta inquietud de que, en algunos supuestos, no sería viable exigir una caución, por ejemplo, cuando el demandante de la medida no dispusiera de fondos por razón de algún incumplimiento del demandado o cuando se estuviera demandando desagravio por mandato judicial de algún daño ya causado. Se respondió que en el apartado g) se habían previsto ya dichos supuestos al hablar de caución "debida".

37. No obstante, se expresó firme apoyo a favor del parecer de que sería preferible que el tribunal arbitral gozara de cierto margen de discrecionalidad al decidir si procedía o no exigir caución. Con ese fin, se sugirió que el apartado g) se formulara en términos que obligaran al tribunal arbitral a tomar en consideración la conveniencia de exigir caución, pero dejando que decidiera a su arbitrio si procedía o no exigirla. Se expresaron inquietudes, no obstante, respecto de las posibles consecuencias de que el tribunal no cumpliera debidamente esa obligación. Para disipar esas inquietudes, se propuso que no se hiciera remisión alguna al párrafo 4) en el texto del apartado b), sino que se insertaran al final del apartado g) las palabras siguientes: "salvo que el tribunal estime que existe algún motivo especial para no hacerlo". Hubo notable apoyo a favor del contenido de dicha propuesta. Desde una perspectiva formal, se cuestionó el empleo de la palabra "especial", ya que se corría el riesgo de sugerir que deberían alegarse ante el tribunal arbitral ciertas razones previamente definidas. Se sugirió, en respuesta, utilizar un texto como el siguiente: "salvo que el tribunal arbitral estime que es innecesario o que no procede hacerlo". Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de texto revisado del apartado g) en el que se tuviera en cuenta lo dicho en las deliberaciones.

38. Se expresó asimismo inquietud de que no se hubiera definido claramente el momento en el que se había de exigir caución. Se expresó además cierta inquietud

de que no se hubiera prestado, hasta el momento, suficiente atención a la relación entre lo dispuesto en el apartado g) y las disposiciones del proyecto de artículo 17 bis relativas a la ejecución de una medida cautelar. Se recordó que ese asunto había sido objeto de deliberaciones anteriores en el seno del Grupo de Trabajo, pero que no se habían considerado plenamente los efectos o la influencia que pudiera tener el mandato de constituir caución emitido por un tribunal arbitral sobre las actuaciones judiciales posteriores relativas a la ejecutoriedad de la medida cautelar demandada (véase lo dicho en A/CN.9/524, párrs. 72 a 75). Se convino en que tal vez procediera examinar más en detalle esa cuestión más adelante.

Apartado c)

39. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el apartado c). Se sugirió suprimir dicho apartado por razón de que su texto se limitaba a repetir algo que ya estaba dicho en el apartado a). Se sugirió además que, en la medida en que el apartado c) impartiera cierta orientación que pudiera ser conveniente para algún árbitro, cabría incorporar su contenido a algún texto explicativo que aclarara el significado del apartado a).

40. Se expresaron, no obstante, pareceres a favor de que se retuviera el apartado c) en el cuerpo del párrafo 7). Se dijo que el apartado a) se ocupaba del procedimiento que había de seguirse para solicitar un mandato preliminar, mientras que el apartado c) abordaba la cuestión en función de las facultades del tribunal arbitral, al que impartía orientación sobre las consideraciones que habría de tener en cuenta al emitir ese mandato. Por ello, cabía leer el apartado c) como un texto que explicitaba y complementaba el del apartado a).

41. Para destacar la índole excepcional del mandato preliminar y para cerciorarse de que el texto del apartado c) complementara, en vez de duplicar, el texto del apartado a), se sugirió formular el apartado c) de la siguiente manera: “El tribunal arbitral no podrá emitir un mandato preliminar sin cerciorarse de que existen motivos para abrigar cierta inquietud de que, de no emitirse el mandato, la medida cautelar demandada pueda verse frustrada antes de que se haya escuchado a todas las partes interesadas”. Se expresó apoyo a favor de dicha propuesta, ya que en ella se insistía debidamente en la índole excepcional de las circunstancias que podían justificar la emisión de un mandato preliminar. Se sugirió que cabría insistir aún más en la posible gravedad de un mandato preliminar, para la parte que se viera afectada por dicho mandato, sustituyendo las palabras “motivos para abrigar cierta inquietud” (que se consideraron imprecisas y de sentido demasiado lato) por las palabras “fuerte probabilidad” o “motivos razonables de inquietud”. Se sugirió, al respecto, que el texto del proyecto de disposición no solo versara sobre el riesgo de que se frustrara la medida demandada, sino también sobre la procedencia de otorgarse tal medida.

42. Se expresó inquietud de que el hecho de exigir a los árbitros que observaran ciertas normas como las de “una fuerte probabilidad” o “motivos razonables de inquietud” pudiera restar previsibilidad al mandato demandado y no impartir criterios de actuación sencillos de seguir, particularmente en el supuesto de árbitros con poca experiencia. El Grupo de Trabajo tomó nota de dicha inquietud.

43. Se sugirió también que el texto del apartado c) resultaría más conveniente si se formulara en sentido afirmativo, en vez de negativo. Se sugirió sustituir la frase “llegue a la conclusión” por el término “considere”, y suprimir, además, la

expresión “de algún modo”, por ser innecesaria. Se sugirió formular el apartado c) de la siguiente manera: “El tribunal arbitral solo podrá emitir un mandato preliminar si considera que existen causas razonables que hagan temer que se frustre la finalidad de la medida cautelar demandada antes de que se haya escuchado a todas las partes interesadas”. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de dicha propuesta.

Apartado d)

Notificación

44. El Grupo de Trabajo centró su atención en el texto inicial, previo a los corchetes, del apartado d). Tras observar que, en algunos casos, le sería difícil al tribunal arbitral dar aviso de su actuación a la parte afectada por el mandato preliminar, se sugirió que, conforme al criterio seguido en otros lugares de la Ley Modelo, se dejara abierta la cuestión de quién habría de dar aviso. Por ejemplo, en el párrafo 2) del artículo 24 de la Ley Modelo se disponía que “deberá notificarse a las partes con suficiente antelación”, sin decirse quién habría de ser el que diera dicho aviso o notificación. Se dijo que de ese modo se facultaría al tribunal arbitral para ordenar al demandante del mandato preliminar que fuera él quien diera aviso a la otra parte de la actuación. El Grupo de Trabajo convino en la procedencia de que el apartado d) dejara ese margen de flexibilidad al tribunal arbitral.

45. Se indicó que en el apartado d) se exigía que se diera aviso de la solicitud de un mandato preliminar, aunque sin enunciar la obligación de que se diera también aviso de la demanda de una medida cautelar. Se sugirió que, aun cuando cabría englobar la mencionada demanda bajo el término “toda otra comunicación”, no estaría de más insertar la expresión “, la demanda de una medida cautelar” a continuación de “la demanda presentada [de dicho mandato]” en el texto del apartado d), para no dejar lugar a dudas. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de dicha sugerencia y pidió a la Secretaría que revisara en consecuencia el texto del apartado c).

Aplazamiento de la notificación y vía ejecutoria judicial

46. El Grupo de Trabajo pasó a examinar la cuestión del aplazamiento de la notificación hasta que el foro judicial competente hiciera ejecutorio el mandato preliminar, como puede verse enunciada al final del texto entre corchetes del apartado d).

47. Se dijo que incorporar el texto entre corchetes al apartado d) abriría la posibilidad de un diálogo continuo entre el solicitante del mandato preliminar y el tribunal arbitral, que se desarrollaría a espaldas de la parte afectada y que haría que el tribunal arbitral se viera implicado en toda renovación eventual del aplazamiento de la notificación. Se dijo que la confianza en el procedimiento arbitral podría verse socavada por la inclusión de un texto que desatendiera el principio de las garantías procesales al permitir que el tribunal arbitral adoptara una decisión duradera contra una de las partes sin haberla escuchado previamente. Se respondió que la finalidad era prevenir que se malograra la medida cautelar y, en cualquier caso, el plazo durante el cual cabría aplazar la notificación a la parte afectada quedaría, a tenor del apartado f), limitado a 20 días. Respecto de la opinión de que la inclusión del texto entre corchetes socavaría la confianza en el procedimiento arbitral, se señaló que en el curso de un arbitraje el árbitro a menudo tenía que adoptar decisiones que

contrariaban los deseos de alguna de las partes, por ejemplo, al dictar ciertas providencias o al fijar algunos plazos. Se puntualizó que el procedimiento arbitral inspiraba confianza porque evitaba que una de las partes obtuviera una ventaja indebida, no porque permitiera precaverse de decisiones molestas. Con todo, se señaló que esos ejemplos no eran del caso, ya que esas cuestiones procesales solían resolverse tras haber escuchado el tribunal a las dos partes, por lo que no se violaba en absoluto la legalidad del proceso.

48. Se expresó también el parecer de que obligar al tribunal arbitral a dar margen para los trámites de la vía ejecutoria judicial de la medida presuponía un grado de cooperación entre el tribunal arbitral y el foro judicial competente que no existía en todos los países. Se observó que, siempre que se previera que el mandato preliminar habría de ser ejecutado por vía judicial (particularmente, en supuestos en los que la sorpresa fuera un factor requerido para que no se frustrara la medida cautelar), resultaría más lógico y, a la vez, práctico que el demandante presentara una demanda al respecto directamente ante el foro judicial competente, en vez de tener que prolongar la actuación unilateral (a instancia de una sola parte) ante el tribunal arbitral. Contra dicho parecer se alegó que en ciertos casos complejos sería mucho más conveniente para las partes solicitar un mandato preliminar al propio tribunal arbitral, que ya conocía el caso objeto de litigio. Se dijo también que, en todo caso, debía dejarse que fuera la parte interesada la que decidiera si procedía solicitar el mandato preliminar directamente ante el foro judicial o ante el tribunal arbitral.

49. Se observó que en el apartado i) del párrafo 7), que actualmente figuraba en una nota de pie de página del apartado d), se detallaba el procedimiento a seguir para el aplazamiento de la notificación, a fin de dar suficiente margen para la ejecución judicial del mandato preliminar. Cierto número de delegaciones señalaron que dicho texto pormenorizaba excesivamente dicho procedimiento. Se dijo que tales pormenores no se prestaban a ser armonizados por medio de una ley modelo uniforme, adolecían de complejidad excesiva, imponían al tribunal arbitral un marco procesal que se ajustaba demasiado al procedimiento seguido ante algunos foros judiciales, y entrañaban el riesgo de no ser aplicables a ciertos supuestos prácticos que pudieran darse en el marco de las relaciones entre los tribunales estatales y los tribunales arbitrales. Prevaleció el parecer de que debía simplificarse el procedimiento que habría de seguirse para aplazar la notificación. Se convino, con ese fin, en suprimir la remisión que se hacía en el apartado d) del párrafo 7) al apartado i) del mismo párrafo, y en suprimir el propio apartado i).

50. Como cuestión de forma, se sugirió sustituir, al final del apartado, la frase “hasta que el mandato preliminar se ejecute por vía judicial o expire” por “hasta que el foro judicial decida si da o no fuerza ejecutoria al mandato preliminar, o hasta que dicho mandato expire”. Se sugirió también, como cuestión de forma, que, para poner en claro que todo aplazamiento debía ser lo más breve posible, se insertaran al final del apartado d) las palabras “, de suceder esto antes”. El Grupo de Trabajo tomó nota de dichas sugerencias.

51. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo no llegó a un consenso sobre si la cuestión de la ejecutoriedad por vía judicial de todo mandato preliminar debía ser abordada o no en el marco del proyecto de artículo 17 revisado. Se decidió mantener entre corchetes el texto final del apartado d), pero suprimiendo la remisión al apartado i), a fin de seguirlo examinando en un período de sesiones posterior. Se

pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de apartado d) en que se tuvieran en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Al concluir las deliberaciones, se recordó al Grupo de Trabajo que la supresión de todas las disposiciones referentes a la ejecutoriedad por vía judicial del mandato preliminar tal vez contribuyera a que el texto del párrafo 7), en general, incluida la cláusula de desvinculación, resultara más aceptable para cierto número de delegaciones.

Apartado e)

52. Se recordó que el apartado e) regulaba la oportunidad que había de darse a la parte afectada (el demandado) para hacer valer sus argumentos y se fijaba un plazo al respecto. Ese plazo era lo más breve posible, de no más de 48 horas a partir de la notificación dada al demandado.

53. Se sugirió que, a fin de poner en claro que el tribunal arbitral estaba obligado a dar al demandado la oportunidad de hacer valer sus argumentos, convendría formular el comienzo de dicho apartado poniendo el verbo en la voz activa, de la siguiente manera: "El tribunal arbitral deberá dar a la parte afectada por el mandato preliminar la oportunidad de hacer valer sus argumentos …". El Grupo de Trabajo aprobó esa sugerencia.

54. Se expresó la inquietud de que el plazo límite de 48 horas pudiera no ser apropiado, ya que el demandado tal vez necesitaría más tiempo para preparar y presentar sus argumentos. Se respondió que el texto por el que se pedía que se diera a "la parte afectada por el mandato preliminar" la oportunidad de "hacer valer sus argumentos" tenía por objeto reconocer el derecho de dicha parte a ser escuchada por el tribunal, no imponerle la obligación de actuar en un plazo máximo de 48 horas.

55. Se hicieron varias propuestas con miras a dotar a dicho texto de mayor claridad y evitar así el riesgo de que se interpretara erróneamente que se imponía a la parte afectada la obligación de reaccionar en un plazo de 48 horas. Se propuso, por ejemplo, que el plazo fijado al demandado para hacer valer sus argumentos fuera más flexible, para lo que cabría hablar simplemente de que actuara "a la mayor brevedad posible". En ese mismo sentido, se propuso sustituir las palabras "a la mayor brevedad posible" por "tan pronto como sea practicable". También se propuso cambiar la referencia que se hacía a un plazo de 48 horas o a algún otro breve plazo a fin de delimitar también, con dicho plazo, el tiempo de que dispondría el tribunal arbitral para pronunciarse sobre la medida cautelar, tras haber escuchado los argumentos de la parte afectada. A la luz de todas esas propuestas, el texto del apartado e) pasaría a ser el siguiente: "El tribunal arbitral deberá dar a la parte afectada por el mandato preliminar la oportunidad de hacer valer sus argumentos ante el tribunal arbitral tan pronto como sea practicable hacerlo. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, o de algún otro breve plazo, a partir de la expiración del plazo de que disponga la parte afectada para hacer valer sus argumentos, el tribunal arbitral deberá decidir si confirma, prorroga o modifica su mandato preliminar".

56. Como cuestión de forma, se sugirió sustituir las palabras "si confirma, prorroga o modifica su mandato preliminar" por "si confirma o prorroga su mandato preliminar o lo transforma en una medida cautelar, o si opta por revocarlo" a fin de que se previeran todos los supuestos posibles. Con miras a evitar toda posible

confusión entre una vista referente al mandato preliminar y una vista destinada a examinar los fundamentos alegados para la demanda de una medida cautelar, se sugirió sustituir la frase "hacer valer sus argumentos" por "hacer valer sus argumentos para que se revoque el mandato preliminar emitido".

57. Si bien se observó que en la versión revisada propuesta del apartado e) se preveía un margen cronológico más flexible para que la parte afectada por la medida presentara sus argumentos, se expresó inquietud de que la supresión del plazo de 48 horas durante el cual la parte afectada podría hacer valer sus argumentos eliminaba una de las salvaguardias más importantes otorgadas a dicha parte. Para responder a esa inquietud, se sugirió insertar al final de la primera oración de la versión revisada propuesta el texto ", por regla general, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes". Si bien había una inquietud generalizada, también se opinó que el término inglés "*normally*" ("por regla general") no era una fórmula habitual en los textos legales, por lo que convendría buscar alguna otra fórmula, tal vez inspirada en el texto original del apartado e) o que se refiriera al plazo que resultara adecuado "a la luz de las circunstancias del caso".

58. Conforme a la revisión propuesta del apartado e), se expresó también la inquietud de que una vez que el tribunal arbitral hubiera escuchado a la parte afectada, perdía su razón de ser el mandato preliminar emitido y pasaba a aplicarse el régimen de las medidas cautelares. Tras deliberar al respecto, los autores del texto revisado propuesto retiraron la segunda oración. Se observó, no obstante, que la supresión de dicha oración podría dejar una laguna en el texto, dado que no estaba claro lo que sucedería al mandato preliminar una vez que se hubiera dado a la parte afectada la oportunidad de presentar sus argumentos.

59. Se propuso asimismo modificar el texto del apartado e) de la siguiente manera: "El tribunal arbitral deberá dar a la parte afectada por el mandato preliminar la oportunidad de presentar sus argumentos en un plazo que no exceda de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que se le haya dado la notificación o dentro de un plazo más largo, en el supuesto de que dicha parte lo solicite". Se explicó que la finalidad del texto propuesto era prever expresamente la posibilidad de otorgar a la parte afectada un plazo más largo para hacer valer sus argumentos y facultar explícitamente a dicha parte para solicitar un plazo más largo, sin dejar que dichos extremos quedaran plenamente al arbitrio de lo que decidiera el tribunal a la luz de las circunstancias del caso.

60. Se observó que en el apartado e) no se preveían las consecuencias de que la parte afectada pudiera demorar deliberadamente la presentación de sus argumentos ante el tribunal arbitral con el propósito de valerse del plazo de 20 días de vigencia de los mandatos preliminares para hacer fracasar la demanda de una medida cautelar. Se respondió a esa observación que no procedía que la disposición pormenorizara todos los supuestos, ya que su objetivo era ofrecer al tribunal arbitral un procedimiento flexible para resolver supuestos como el indicado.

61. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de apartado e) en que se tuvieran en cuenta las inquietudes, propuestas y sugerencias formuladas.

Apartado f)

62. Se sugirió suprimir la segunda oración del apartado f), dado que su contenido había sido ya enunciado en el párrafo 6), que sería aplicable a todo mandato preliminar con arreglo a la remisión que se hacía en el apartado b) del párrafo 7). Se convino en que cabía suprimir, por esa razón, la segunda oración del apartado. Ahora bien, se observó que tal vez fuera importante que se hiciera referencia a la "prórroga" del mandato preliminar, término no enunciado expresamente en el texto del párrafo 6). Se respondió que el término "modifica" daba implícitamente al tribunal arbitral el derecho a prorrogar todo mandato preliminar que hubiera emitido. Se expresó, no obstante, el parecer de que convendría que se precisara algo más el texto del párrafo 6) respecto de la posibilidad de que hubiera de prorrogarse una medida cautelar.

63. En lo concerniente a la primera oración del apartado f), se sugirió que se suprimiera la frase que comenzaba por las palabras "a menos que". Se indicó que dicha cláusula no era necesaria, que creaba el riesgo de que se confundiera el mandato preliminar con la medida cautelar, y podría contravenir el principio de que todo mandato preliminar gozaba de una vida máxima de 20 días. Se observó, sin embargo, que la eliminación de dicha cláusula creaba el riesgo de que hubiera una laguna o desfase entre la fecha de expiración de un mandato preliminar y la fecha de entrada en vigor de una medida cautelar. Se sugirió que esa laguna o desfase surgiría, por ejemplo, si no se obtenía la ejecutoriedad de la medida cautelar demandada dentro de ese plazo de 20 días. Se dijo, en respuesta, que tal vez procediera precisar en el apartado f) que toda prórroga de un mandato preliminar supondría su transformación en una medida cautelar. A fin de lograr dicha aclaración, se sugirió sustituir las palabras "a menos que dicho tribunal lo confirme, prorrogue o modifique dándole forma de medida cautelar [o cualquier otra forma]" por una nueva oración en los siguientes términos: "El tribunal arbitral podrá convertir el mandato preliminar en una medida cautelar". Si bien se expresó cierto apoyo a favor de dicha propuesta, se sugirió que tal vez fuera más sencillo declarar que cabría que el tribunal ordenara una medida cautelar en la que se recogiera la totalidad o parte del contenido del mandato preliminar.

64. Con miras a reforzar el principio de que un tribunal arbitral no podía prorrogar la fase del procedimiento en la que estuviera actuando *ex parte* (es decir, a instancia de una parte y a espaldas de la otra) más allá del límite de 20 días (que se designó como "término expiratorio" para ilustrar el parecer de que solo cabría prorrogar un mandato preliminar más allá de dicho límite emitiéndolo en forma de una medida cautelar decretada tras haber escuchado a las dos partes), se propuso modificar el apartado f) de la siguiente manera: "Cualquiera que sea el caso, todo mandato preliminar emitido con arreglo al presente párrafo expirará a los veinte días de la fecha de su emisión por el tribunal arbitral". Se expresó cierto apoyo a favor de dicha sugerencia. Se pidió a la Secretaría que tuviera en cuenta las anteriores propuestas y sugerencias al preparar una versión revisada del proyecto de apartado f) para que la examinara posteriormente el Grupo de Trabajo.

Apartado g)

65. El Grupo de Trabajo convino en que, conforme a lo deliberado y analizado en párrafos anteriores en relación con el apartado b) (véanse los párrafos 35 a 38

supra), convendría modificar el apartado g) agregándole al final la siguiente frase: ", salvo que el tribunal arbitral estime que es innecesario o que no procede hacerlo".

Apartado h)

66. Se recordó que el apartado h) se inspiraba en la regla establecida en ciertos ordenamientos jurídicos de que el letrado tenía la obligación especial de informar al tribunal de todos los asuntos, incluso de aquellos que no le fueran favorables, y que esa regla se consideraba una salvaguardia fundamental y un requisito esencial para que las medidas cautelares *ex parte* pudieran resultar aceptables (véanse las anteriores deliberaciones sobre esta cuestión en el párrafo 88 del documento A/CN.9/545). No obstante, una delegación estimó que en el apartado h) se reiteraba una obligación que ya estaba enunciada en el párrafo 5) y que, conforme al apartado b) del párrafo 7), se había incluido en las disposiciones aplicables al párrafo 7).

67. Una delegación observó que tal vez una de las diferencias entre las dos disposiciones radicaba en que el apartado h) preveía una obligación continua de información que no parecía enunciarse en el párrafo 5). En consecuencia, respecto del párrafo 5), se propuso que se sustituyeran las palabras "El demandante deberá dar a conocer sin tardanza" por las palabras "El demandante tendrá la obligación continua de dar a conocer". Frente a esta propuesta se explicó que, tal como estaba actualmente redactado el párrafo 5), ya se establecía esa obligación continua.

68. Se expresó la opinión de que el apartado h) establecía una obligación más amplia al exigir la comunicación al tribunal arbitral de toda nueva circunstancia que éste pudiera considerar pertinente para adoptar su decisión sobre el otorgamiento del mandato preliminar, independientemente de que guardara o no relación con la solicitud de tal mandato, mientras que el párrafo 5) solo hacía referencia a los cambios importantes que se produjeran en las circunstancias que motivaron que se demandara la medida cautelar o que el tribunal arbitral la otorgara. Además, se argumentó que, si bien el párrafo 5) regulaba los cambios de circunstancias importantes que se produjeran después de dictarse la medida cautelar, el apartado h) establecía la obligación de informar al tribunal arbitral solo hasta que la parte afectada por el mandato preliminar hubiera podido exponer sus argumentos. Habida cuenta de las diferencias que existían entre las dos disposiciones, el Grupo de Trabajo convino en mantener en el texto del proyecto el apartado h), a fin de asegurar la estricta obligación que tendría el demandante de facilitar toda la información disponible hasta que la otra parte hubiera sido escuchada. No obstante, habida cuenta de que en muchos ordenamientos internos no se imponía a ninguna parte la obligación de presentar argumentos que le fueran desfavorables y que tal obligación incluso contravenía los principios generales de derecho procesal, se consideró que tal vez convendría plantearse la posibilidad de agregar al texto una nota de pie de página basada en el criterio adoptado en el párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo. Se invitó a la Secretaría a que tomara nota de esta sugerencia al redactar una versión revisada del apartado h) para que la examinara el Grupo de Trabajo.

Debate general y futuras actuaciones del Grupo de Trabajo

69. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no examinó los párrafos 1) a 6 bis) del proyecto de artículo 17 (véase el párrafo 12 *supra*). Se dijo que esos proyectos

de disposición y las propuestas de variante correspondientes deberían volver a tratarse en un futuro período de sesiones. Al concluir el examen de cada una de las disposiciones enunciadas en el párrafo 7), el Grupo de Trabajo reanudó el debate general sobre la cuestión de si en una versión revisada del artículo 17 habría que tratar de establecer un régimen legal para las medidas cautelares dictadas *ex parte* por un tribunal arbitral y, si ello se consideraba necesario, la forma que debería revestir dicho régimen. Se reiteró la opinión de que, ante la falta de consenso para reconocer esas medidas cautelares *ex parte* mediante disposiciones modelo que, a juicio de algunas delegaciones, podían resultar perjudiciales para la Ley Modelo y para el arbitraje comercial en general, debería permanecer en pie la posibilidad de no regular en absoluto las medidas cautelares *ex parte*. Otra razón suplementaria que adujo una delegación para negarse a reconocer las medidas cautelares *ex parte* en el arbitraje comercial era que el régimen enunciado en las disposiciones del párrafo 7) podía resultar particularmente difícil de aplicar a las personas que no fueran juristas (que se denominaron también "árbitros legos"). Se expresó la esperanza de que, aunque no hubiera consenso sobre el régimen legal aplicable a las medidas cautelares *ex parte*, cabría al menos enunciar varias opciones en el texto revisado de la Ley Modelo, de las que pudieran beneficiarse los legisladores nacionales y otros usuarios de dicho instrumento. Sin embargo, predominó la opinión de que debía hacerse todo lo posible por preservar los progresos realizados en el actual período de sesiones para lograr un consenso sobre un reconocimiento limitado de las medidas cautelares *ex parte* dictadas en forma de mandatos preliminares.

70. Se pidió a la Secretaría que preparara un texto revisado del párrafo 7) en el que se enunciaran diversas opciones que tal vez convendría estudiar al elaborar una serie de disposiciones legales modelo encaminadas a regular ese reconocimiento limitado de las medidas cautelares *ex parte*. En particular, se convino en que cabría estudiar diversas variantes del texto en relación con cuatro posibles enfoques que podrían adoptarse respecto del párrafo 7): la adhesión de las partes a las cláusulas (*opting-in*); la desvinculación de las partes respecto de las cláusulas o la exclusión de las mismas por las partes (*opting-out*), el *opting-in* por parte del Estado promulgante, y el *opting-out* por el Estado promulgante (véanse los párrafos 18 a 21 *supra*). A este respecto se señaló que, al redactar un proyecto revisado, tal vez deberían tenerse presentes las siguientes cuestiones: en toda disposición de adhesión u *opting-in* que se insertara en un conjunto de reglas del tenor del párrafo 7) debería tratarse de preservar la libertad de las partes para celebrar acuerdos que prevean otras disposiciones legales para regir las medidas cautelares *ex parte*; en un régimen de adhesión o de *opting-in* habría que cerciorarse de que no se diera pie a que las partes se apartaran de las disposiciones de la Ley Modelo relativas a la igualdad de las partes y a su derecho de ser escuchadas; deberían también aclararse las consecuencias que tendría el hecho de que los Estados se apartaran de tales principios respecto de los artículos 34 y 36 de la Ley Modelo; cuando se estableciera una situación de adhesión u *opting-in* para los legisladores nacionales, tal vez convendría explicar si, en ausencia de disposiciones concretas que regularan las medidas cautelares *ex parte*, cabría inferir del texto que permitía a los tribunales arbitrales dictar tales medidas o que no los autorizaba a otorgar tales medidas.

71. Se convino también en que el Grupo de Trabajo debería estudiar detenidamente opciones conforme a las cuales pudiera o no pudiera solicitarse la ejecución de mandatos preliminares por vía judicial y, si se optaba por la opción

afirmativa, si habría que prever normas detalladas al respecto en el proyecto de artículo 17 bis.

72. El Grupo de Trabajo señaló que, en su siguiente período de sesiones, que se celebraría en Nueva York del 10 al 14 de enero de 2005, tendría que decidir si al menos algunos de los proyectos de artículo de la Ley Modelo que figuraban en su programa de trabajo (es decir, los proyectos de artículo 7, 17, 17 bis y 17 ter), así como los resultados de su labor sobre la interpretación del requisito de forma con respecto al acuerdo de arbitraje en virtud de la Convención de Nueva York, podían presentarse a la Comisión para que procediera a su lectura final y los aprobara en su 38º período de sesiones (Viena, 4 a 22 de julio de 2005).

IV. Posible inclusión de la Convención de Nueva York en la lista de instrumentos internacionales a que se aplicaría el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

73. El Grupo de Trabajo escuchó una breve exposición introductoria acerca del proyecto de convención que prepara el Grupo de Trabajo IV, la relación de ese proyecto con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y su finalidad de instituir un régimen uniforme que regule la utilización de las comunicaciones electrónicas en la formación y el cumplimiento de los contratos internacionales.

74. Se expresó apoyo, en general, en favor de incluir una referencia a la Convención de Nueva York en el proyecto de convención, cuyas disposiciones muy bien podían arrojar luz sobre el sentido de lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo II de esa Convención acerca del requisito de la forma escrita y demás requisitos del texto de la Convención relativos a las comunicaciones escritas. Una opinión ampliamente compartida fue que otro motivo convincente para referirse a la Convención de Nueva York sería prevenir algunas de las dificultades que podrían plantearse si hubiera que enmendar su propio texto.

75. Las delegaciones expresaron preocupación por el hecho de que la inclusión de una referencia a la Convención de Nueva York pudiera dividir a los Estados en dos grupos, a saber, los Estados parte en la Convención de Nueva York que hubieran ratificado también el proyecto de convención y los que no lo hubieran ratificado. Al respecto se respondió que, si bien cabría examinar más a fondo la relación entre los dos instrumentos, la amplia utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, en la que se basaba el proyecto de convención, ya había dado lugar a la posible diferenciación de los Estados parte en la Convención de Nueva York en función de que llegaran o no a incorporar en su derecho interno la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y de los efectos de tal incorporación en el artículo VII de la Convención de Nueva York.

76. Se entendió que la introducción de una referencia a la Convención de Nueva York no solucionaría todos los problemas que planteaba la interpretación del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York, si bien tampoco perjudicaría las deliberaciones futuras del Grupo de Trabajo al respecto.

77. Se hicieron varias propuestas respecto de la formulación de las disposiciones del proyecto de convención que afectarían a la interpretación de la Convención de Nueva York. Se propuso, por ejemplo, que el ámbito de aplicación del proyecto de convención, enunciado en el párrafo 4 del artículo 1, se examinara detenidamente a la luz de las variantes A y B. Se observó también que el enunciado de las exclusiones previstas, por ejemplo, en los apartados c) y g) del proyecto de artículo 2, tal vez fuera demasiado lato para aplicarlo a la Convención de Nueva York. Se propuso asimismo que se pusiera en claro si el concepto de "contrato " utilizado en el proyecto de convención abarcaba el acuerdo de arbitraje. Además, cabría aclarar mejor también la forma en que el proyecto de convención se aplicaba, no solo a la formación del contrato, sino también a su ejecución. Se expresó la opinión de que, si bien en el apartado a) del párrafo 1) del artículo IV de la Convención de Nueva York se permitía utilizar una copia debidamente autenticada para obtener el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral, tal vez ese aspecto no se abordaba de manera adecuada en el proyecto de convención.

78. Se planteó la duda de que la norma enunciada en el párrafo 2) del artículo 10 del proyecto de convención, por la cual se presumía que se había recibido una comunicación electrónica cuando ésta entrara "en el sistema de información del destinatario", tal vez no abarcaba adecuadamente el tipo de comunicaciones que suelen intercambiarse a los efectos de un acuerdo de arbitraje.

79. El Grupo de Trabajo convino en la necesidad de coordinar estrechamente su labor con el Grupo de Trabajo IV y en seguir examinando las cuestiones expuestas anteriormente en su siguiente período de sesiones. Se alentó a las delegaciones a que sostuvieran consultas y transmitieran sus observaciones a la Secretaría para que las utilizara en la preparación de las futuras deliberaciones de ambos grupos de trabajo.

V. Otros asuntos

80. El Grupo de Trabajo tomó nota de la propuesta de que, al planificar su labor futura, diera prioridad al examen de las cuestiones relativas a la solución de controversias por vía informática y a la posible revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

B. Nota de la Secretaría sobre la solución de controversias comerciales: medidas cautelares, presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 41º período de sesiones

(A/CN.9/WG.II/WP.131) [original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
	Introducción	1-3
I.	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	4-45
	A. Texto del proyecto de artículo 17	4
	B. Cuestiones aún por examinar	5-8
	C. Notas sobre el proyecto de artículo 17	9-45
II.	Proyecto de disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (para su inserción como nuevo artículo, provisionalmente numerado 17 bis, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)	46-73
	A. Texto del proyecto de artículo 17 bis	46
	B. Cuestiones aún por examinar	47-53
	C. Notas sobre el proyecto de artículo 17 bis	54-73

Introducción

1. En su 40º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de febrero de 2004), el Grupo de Trabajo examinó el nuevo proyecto revisado de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (“la Ley Modelo”) relativo a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares (véase A/CN.9/547, párrs. 68 a 116)[1].

2. En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó también el nuevo proyecto revisado de disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (para su inserción como nuevo artículo, provisionalmente numerado 17 bis), de la Ley Modelo (véase A/CN.9/547, párrs. 12 a 67)[2].

[1] A/CN.9/545, párrs. 19 a 92; A/CN.9/523, párrs. 15 a 76; A/CN.9/508, párrs. 51 a 94; A/CN.9/487, párrs. 64 a 75; A/CN.9/468, párrs. 80 a 84.

[2] A/CN.9/545, párrs. 93 a 112; A/CN.9/524, párrs. 16 a 75; A/CN.9/523, párrs. 78 a 80; A/CN.9/487, párrs. 76 a 87; A/CN.9/485, párrs. 78 a 103; A/CN.9/468, párrs. 60 a 79.

3. La presente nota contiene dos disposiciones revisadas, preparadas sobre la base de las deliberaciones y las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 40º período de sesiones: una de ellas presenta una nueva versión del artículo 17 de la Ley Modelo relativo a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares (sección I); la otra trata del reconocimiento y la ejecución de dichas medidas cautelares (sección II).

I. 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

A. Texto del proyecto de artículo 17

4. Para facilitar la reanudación del debate, a continuación se transcribe el texto nuevamente revisado del artículo 17 de la Ley Modelo (en adelante denominado "proyecto de artículo 17"), que se preparó teniendo en cuenta las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo en su 40º período de sesiones (véase A/CN.9/547, párrs. 68 a 116):

"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 el menoscabo del propio procedimiento arbitral], o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente lo ocasionarían;

c) Ofrezca algún medio de preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) Preserve ciertos elementos de prueba 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 algún daño, no resarcible adecuadamente mediante un mandato de indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

b) Exista una posibilidad razonable de que prospere la demanda, del demandante de la medida, sobre el fondo del litigio, siempre y cuando toda determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgue

en modo alguno la determinación final subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

4) El tribunal arbitral podrá exigir del demandante de la medida cautelar o de toda otra parte interesada que preste una caución adecuada respecto de la medida demandada.

5) El demandante deberá dar a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que se demandara la medida cautelar o que el tribunal arbitral la otorgara.

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 de la medida cautelar será responsable de todo gasto, daño o perjuicio que dicha medida 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. El tribunal arbitral podrá exigir en cualquier momento de las actuaciones el pago de costas o de una indemnización.

"7) a) [Salvo acuerdo en contrario de las partes,] cuando la divulgación previa de la medida cautelar demandada, a la parte que haya de cumplirla, entrañe el riesgo de frustrar su aplicación, el demandante podrá presentar una demanda al respecto sin notificarla a dicha parte y solicitar un mandato preliminar del tribunal arbitral [por el que se ordene a tal parte que mantenga el statu quo hasta que el tribunal arbitral la haya oído a dicha parte y se pronuncie sobre la procedencia de la medida demandada].

b) Las disposiciones de los párrafos [2),] 3), 5), 6) y 6 bis) del presente artículo serán aplicables a todo mandato preliminar que el tribunal arbitral pueda emitir con arreglo al presente párrafo.

c) [El tribunal arbitral podrá emitir un mandato preliminar siempre que concluya que la finalidad de la medida cautelar demandada puede verse frustrada de alguna manera antes de que haya oído a toda parte interesada.]

d) Después de haberse pronunciado sobre la procedencia del mandato demandado, el tribunal arbitral notificará inmediatamente, a la parte que vaya a verse afectada, de la demanda presentada y del mandato preliminar, caso de ser éste otorgado, así como de toda otra comunicación intercambiada entre alguna parte y el tribunal arbitral relativa a dicha demanda [, a no ser que el tribunal determine [con arreglo al apartado i) del párrafo 7[3]] que tal notificación

---

[3] Propuesta de apartado relativo al aplazamiento de la notificación de un mandato preliminar a efectos de dar margen para su ejecución oportuna por vía judicial:

"[i) Si la notificación por el tribunal arbitral conlleva el riesgo de frustrar la ejecución, por la vía judicial, del mandato preliminar, el tribunal arbitral podrá aplazar la notificación, a la parte eventualmente afectada, de la demanda recibida y del mandato otorgado toda otra comunicación relativa a dicha demanda intercambiada entre alguna parte y el tribunal arbitral. Todo mandato preliminar otorgado deberá indicar la duración del aplazamiento de su notificación, que no deberá exceder de la validez máxima del mandato preliminar. Al término

debe postergarse hasta que el mandato preliminar se ejecute por vía judicial o expire].

e) Deberá darse a la parte afectada, por el mandato preliminar, la oportunidad de hacer valer sus argumentos ante el tribunal arbitral a la mayor brevedad posible y, [en cualquier caso], dentro de un plazo de cuarenta y ocho horas a partir de la notificación, o en todo otro momento o fecha [anterior] que sea adecuado en las circunstancias del caso.

f) Todo mandato preliminar emitido 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 lo haya emitido, a menos que dicho tribunal la confirme, prorrogue o modifique en forma de medida cautelar [o en cualquier otra forma]. Dicha confirmación, prórroga o modificación tendrá lugar únicamente después de que la parte afectada por la medida demandada haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus argumentos.

g) El tribunal arbitral exigirá la debida caución a todo demandante de un mandato preliminar.

h) En tanto que la parte que vaya a ser afectada por el mandato no haya podido hacer valer sus argumentos ante el tribunal arbitral, con arreglo al apartado e) del párrafo 7), el demandante estará obligado a informar oportunamente al tribunal arbitral de toda nueva circunstancia que éste pueda considerar pertinente para determinar si otorgará o no un mandato preliminar con arreglo al apartado c) del párrafo 7).”

B. Cuestiones aún por examinar

5. En su 40º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que tal vez procediera seguir examinando las cuestiones de fondo que se exponen a continuación.

Párrafo 2 b) – Interdicción de toda otra actuación procesal

6. En el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresaron opiniones divergentes acerca de si podía interpretarse que el párrafo 2) del artículo 17 facultaba al tribunal arbitral para emitir un interdicto de toda actuación judicial concurrente (A/CN.9/547, párrs. 75 a 83). Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que se reformulara el texto del apartado b) del párrafo 2) a fin de poner claro que la facultad de emitir interdictos contra toda actuación judicial concurrente quedaba comprendida en la definición de medida cautelar arbitral (véase el párrafo 12 *infra*). Ahora bien, dado que el Grupo de Trabajo no había examinado a fondo las posibles interpretaciones del texto propuesto, se convino en

---

del plazo así indicado, el tribunal arbitral deberá notificar sin más demora, a la parte afectada, la demanda presentada y el mandato preliminar otorgado, así como toda otra comunicación relativa a dicha demanda intercambiada entre alguna parte y el tribunal arbitral. Se dará a la parte contra la que vaya dirigida 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 [anterior] que sea adecuado en las circunstancias del caso.]”

que se volvería a examinar la propuesta en algún período de sesiones ulterior (A/CN.9/547, párr. 83).

Apartado a) del párrafo 3) – su interacción con el párrafo 2)

7. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar más a fondo si cabe estimar que los requisitos generales enunciados en el párrafo 3) son aplicables por igual a todos los tipos de medidas cautelares enunciadas en el párrafo 2). Se recuerda que en el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo se señaló que no sería apropiado exigir en toda circunstancia a una parte que demandara una medida cautelar con el mero propósito de preservar ciertas pruebas, conforme a lo previsto en el apartado d) del párrafo 2), que demostrara que, caso de no otorgarse la medida, se produciría un daño irreparable, como tampoco procedería exigir del demandante que, para obtener la medida, su demanda deberá satisfacer todas las exigencias del párrafo 3). (A/CN.9/547, párr. 91).

Párrafo 7) – Medidas cautelares otorgadas ex parte

8. En el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo subsistieron opiniones muy divergentes sobre la conveniencia de incluir una disposición por la que se faculte al tribunal arbitral a otorgar medidas sin escuchar a la parte afectada por la medida (A/CN.9/547, párrs. 109 a 112), cuestión que se examina en los párrafos 27 a 45 *infra*.

C. Notas sobre el proyecto de artículo 17

Párrafo 1)

9. Se ha aprobado sin modificación alguna el texto del párrafo 1) del anterior proyecto, que se recoge en el párrafo 68 del documento A/CN.9/547 (A/CN.9/547, párr. 69)[4].

Párrafo 2)[5]

Texto del encabezamiento – "otorgada en forma o no de laudo"

10. Se recuerda que, tras deliberar sobre la forma que debería adoptar toda medida cautelar otorgada por un tribunal arbitral, el Grupo de Trabajo reafirmó su decisión de no modificar el texto del encabezamiento del párrafo 2) (A/CN.9/547, párrs. 70 a 72). 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 (A/CN.9/547, párr. 72)[6].

---

[4] A/CN.9/545, párr. 20; A/CN.9/523, párr. 34; A/CN.9/508, párrs. 52 a 54.

[5] A/CN.9/545, párrs. 21 a 27; A/CN.9/523, párrs. 35 a 38; A/CN.9/508, párrs. 64 a 76.

[6] A/CN.9/523, párr. 36; A/CN.9/508, párrs. 65 a 68.

Apartado a)

11. El apartado a) se reproduce sin modificación alguna respecto del texto anterior del proyecto de artículo que se recoge en el párrafo 68 del documento A/CN.9/547.

Apartado b) – Interdicción de toda otra actuación procesal

12. El proyecto de apartado b) refleja la decisión del Grupo de Trabajo de que, en aras de la claridad, se facultara expresamente al tribunal arbitral para dictar interdictos de toda otra actuación procesal concurrente y que con tal propósito se intercalara después de la palabra "inminente" la expresión "o el menoscabo del propio procedimiento arbitral". Ahora bien, por las razones esgrimidas en el párrafo 6 *supra*, se convino en que se colocara dicho texto entre corchetes para ser examinado en algún período de sesiones ulterior (A/CN.9/547, párr. 83).

Apartado c) – [preliminar]; [garantizar][preservar]

13. Se ha suprimido el término "preliminar" por razón de que resultaba confuso y no añadía nada al significado de la disposición (A/CN.9/547, párr. 73; véase el examen anterior del tema en el párrafo 26 del documento A/CN.9/545) y se retuvo el término "preservar", en vez de "garantizar", dado que este último término podría ser entendido como referido a algún método particular de proteger los bienes (A/CN.9/547, párr. 74)[7].

Apartado d)

14. El apartado d) se reproduce sin modificación alguna respecto del texto anterior del proyecto de artículo que se recoge en el párrafo 68 del documento A/CN.9/547.

Párrafo 3)[8]

Apartado a) – "daño irreparable"

15. El proyecto de apartado a) refleja la propuesta del Grupo de Trabajo de sustituir las palabras "daño irreparable" por las palabras "algún daño no resarcible adecuadamente con un mandato de indemnización" (A/CN.9/547, párr. 89). Se argumentó que con esta propuesta se pretendía soslayar el inconveniente de que el concepto de daño irreparable podía crear un límite difícil de superar y que, en cambio, con las palabras sugeridas se definía con mayor claridad el poder discrecional del que gozaba un tribunal arbitral a la hora de decidir si debía o no otorgar una medida cautelar (A/CN.9/547, párrs. 84 a 89)[9].

Apartado a) – su interacción con el párrafo 2)

16. En el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó la opinión de que la referencia, en el apartado a) del párrafo 3), al concepto de "daño" se prestaba a 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

---

[7] A/CN.9/545, párr. 26.
[8] A/CN.9/545, párrs. 28 a 32; A/CN.9/523, párrs. 39 a 44; A/CN.9/508, párrs. 55 a 58.
[9] A/CN.9/545, párr. 29 y A/CN.9/508, párr. 56.

otorgadas para los fines del apartado b) del párrafo 2) (A/CN.9/547, párr. 90). No obstante, cabe puntualizar que la latitud de la definición de medida cautelar en el párrafo 2) no contradice el requisito de que la parte que solicite una medida cautelar deba probar la presencia de un riesgo de que se produzca "algún daño no resarcible adecuadamente con un mandato de indemnización" (véase el párrafo 15 del documento A/CN.9/WG.II/WP.123)[10].

Apartado b)

17. El apartado b) se reproduce sin modificación alguna respecto del texto anterior del proyecto de artículo que se recoge en el párrafo 68 del documento A/CN.9/547[11].

Párrafo 4)[12]

18. En el proyecto de párrafo 4) se incorpora la propuesta que hizo el Grupo de Trabajo en su 40º período de sesiones de que se reformulara el párrafo 4) en términos que no se prestaran a hacer pensar que la caución exigida constituía una condición suspensiva para otorgar una medida cautelar (A/CN.9/547, párr. 92), o que dicho párrafo enunciaba una disposición independiente por la que se facultara al tribunal arbitral para exigir caución en cualquier momento del procedimiento, o por le que se limitara dicha facultad al momento únicamente en que se demandara la medida cautelar (A/CN.9/547, párr. 94).

"respecto de"

19. El Grupo de Trabajo precisó que en el proyecto de párrafo 4) aprobado, las palabras "respecto de" deberían interpretarse en sentido restrictivo, a fin de que vincularan inequívocamente la medida otorgada a la caución prestada (A/CN.9/547, párr. 94).

"o"

20. En cuanto a la redacción, se indicó que sería preferible que el texto, en vez de decir "del demandante *y* de toda otra parte", dijera "del demandante *o* de 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 de ambas a la vez (A/CN.9/547, párr. 95).

---

[10] A/CN.9/523, párr. 42.
[11] A/CN.9/545, párrs. 31 y 32.
[12] A/CN.9/545, párrs. 33 y 34; A/CN.9/523, párrs. 45 a 48; A/CN.9/508, párrs. 59 a 63.

Párrafo 5)[13]

Obligación de informar

21. El enunciado del proyecto de párrafo 5) refleja la decisión del Grupo de Trabajo de que la obligación de informar se expresara de forma más neutral a fin de evitar que se infiriera que el párrafo excluía la obligación dimanante del párrafo 3) del artículo 24 de la Ley Modelo (A/CN.9/547, párrs. 97 a 98)[14].

Sanción por incumplimiento

22. Se recuerda que el Grupo de Trabajo convino en que no era necesario prever expresamente una sanción en el párrafo 5) en el supuesto de incumplimiento de la obligación de informar de todo cambio importante en las circunstancias que dieron lugar a que se otorgara una medida cautelar ni en el párrafo 6), ya que en cualquier caso la sanción habitual de todo incumplimiento de tal obligación era la suspensión o revocación de la medida, o la indemnización de los daños y perjuicios causados (A/CN.9/547, párrs. 99 a 100)[15].

Párrafo 6)[16]

"que haya otorgado"

23. Se han mantenido las palabras "que haya otorgado" sin corchetes para subrayar que el tribunal arbitral sólo podrá modificar o revocar las medidas cautelares otorgadas por el propio tribunal (A/CN.9/547, párrs. 102 a 104).

Párrafo 6 bis)

24. Se recuerda que, a fin de facilitar 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, a la luz de las normas legales citadas en dicho documento, cabía deducir que 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 (A/CN.9/547, párr. 105)[17].

25. El proyecto de párrafo 6 bis) condensa la propuesta aprobada por el Grupo de Trabajo en su 40º período de sesiones (A/CN.9/547, párrs. 106 a 108) y expresa su parecer de que el fallo resolutorio en cuanto al fondo del litigio no debería ser el factor esencial para determinar si la medida cautelar otorgada estaba o no justificada.

26. Se convino asimismo en que en todo texto explicativo del párrafo 6 bis) que se publicara, se pusiese en claro que la referencia en dicho texto a las "actuaciones" se

---

[13] A/CN.9/545, párrs. 44 a 48; A/CN.9/523, párr. 49.
[14] A/CN.9/454, párr. 45.
[15] A/CN.9/523, párr. 49.
[16] A/CN.9/454, párrs. 35 a 43; A/CN.9/523, párrs. 50 a 52.
[17] A/CN.9/545, párrs. 48, 60, 61, 64 a 66.

refería al procedimiento arbitral y no a alguna otra actuación entablada relativa a la medida cautelar (A/CN.9/547, párr. 108).

Párrafo 7)

Medidas cautelares otorgadas ex parte

27. 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.9/547, párr. 110). El proyecto de párrafo 7), en el que se tienen en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 39º período de sesiones, figura en el párrafo 68 del documento A/CN.9/547 y en el documento A/CN.9/WG.II/WP.128 ("el proyecto de la Secretaría").

28. En el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo se propusieron algunas posibles variantes del proyecto de la Secretaría (A/CN.9/547, párr. 68 y A/CN.9/WG.II/WP.128). Esas propuestas se recogen en el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor realizada en su 40º período de sesiones (A/CN.9/547, párrs. 114 y 115).

29. En el 37º período de sesiones de la Comisión (Nueva York, 14 a 25 de junio de 2004), se reiteró el parecer de que no convenía que la cuestión de las medidas cautelares dictados *ex parte* que, a juicio de la Comisión, seguía siendo un punto importante y controvertido, demorara la revisión de la Ley Modelo y se expresó la esperanza de que, con el proyecto revisado que prepararía la Secretaría, el Grupo de Trabajo pudiera llegar a un consenso a ese respecto en su siguiente período de sesiones.

30. Teniendo en cuenta las diversas propuestas formuladas en el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo, la Secretaría ha elaborado una versión revisada del párrafo 7) "la versión revisada" con objeto de facilitar el consenso.

Apartado a) de la versión revisada del párrafo 7)

31. En el apartado a) de la versión revisada se define el concepto de medidas cautelares dictadas *ex parte*. A continuación se comentarán las principales modificaciones introducidas en dicho texto:

"[Salvo acuerdo en contrario de las partes]"

32. El texto entre corchetes "[Salvo acuerdo en contrario de las partes]" expresa el principio de que las medidas cautelares dictadas *ex parte* deben constituir medidas de carácter supletorio, lo que concuerda con el criterio plasmado en la Ley Modelo. Dado que sería inusual enunciar en un instrumento legislativo la fórmula de la adhesión explícita ("opt-in") de las partes a una disposición legal, la fórmula examinada por el Grupo de Trabajo en su 39º período de sesiones e incluida entre corchetes "[Si las partes lo acuerdan expresamente]" en el proyecto de la Secretaría (A/CN.9/547, párr. 68 y A/CN.9/WG.II/WP.128), no figura en la versión revisada del párrafo 7). Sin embargo, la cuestión queda abierta para que el Grupo de Trabajo la examine más adelante (A/CN.9/545, párr. 52).

"Mandato preliminar"

33. Se utiliza el término "mandato preliminar", en vez de "medida cautelar", para designar toda medida cautelar dictada *ex parte*. Dicho término subraya el carácter temporal y excepcional de la medida o del mandato otorgado sin escuchar a la parte afectada.

34. El Grupo de Trabajo deberá decidir si será necesario o no definir el nuevo término "mandato preliminar" y, de serlo, si cabrá restringirlo a una medida de duración estrictamente limitada (véase el párrafo 39 *infra*) cuya finalidad sea solo mantener el statu quo hasta que el tribunal arbitral haya oído a la otra parte y se haya pronunciado sobre la demanda, conforme a lo indicado entre corchetes en el apartado a) de la versión revisada del párrafo 7) (véase el párrafo 36 *infra*).

"en supuestos excepcionales" – "Dicha medida es urgente"

35. La versión revisada no habla de "supuestos excepcionales" ni de la "urgencia de la medida". El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar más a fondo si dichas circunstancias son condiciones inexcusables para el otorgamiento de toda medida cautelar *ex parte*.

Apartado b) de la versión revisada

"Condiciones previstas en el párrafo 3)"

36. En vez de remitir a la aplicación de las condiciones previstas en el párrafo 3), remisión que podría ser ambigua y dar pie a que se infiriese que los párrafos 5) y 6) no son aplicables a las medidas cautelares dictadas *ex parte*, el apartado b) del proyecto revisado contiene una remisión más amplia a la aplicación del artículo 17 al establecer que: "las disposiciones de los párrafos [2),] 3), 5), 6) y 6 bis) del presente artículo serán aplicables a todo mandato preliminar que el tribunal arbitral pueda emitir con arreglo al presente párrafo" (véase también A/CN.9/545, párr. 56). El Grupo de Trabajo tal vez desee confirmar cuáles otras de las disposiciones generales aplicables a las medidas cautelares, lo serán igualmente a los mandatos preliminares. En función de la definición de "mandato preliminar" que sea dada en el apartado a) del párrafo 7), sólo procederá mantener la remisión al párrafo 2) en el apartado b) del párrafo 7) en el supuesto de que el Grupo de Trabajo decida que la definición de mandato preliminar y de medida cautelar sea la misma. Si en el apartado a) del párrafo 7) se define al mandato preliminar como una subcategoría de las medidas cautelares, se suprimiría la remisión al párrafo 2). Cabe señalar que el párrafo 4) no sería aplicable a un mandato preliminar, ya que en el apartado g) del párrafo 7) se prevé el requisito de prestar caución en el contexto de un mandato preliminar.

Apartado c) de la versión revisada

37. Se ha insertado el apartado c) para dotar de cierta certeza adicional al ejercicio por un tribunal arbitral de su facultad para otorgar mandatos preliminares. El Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si es necesario o no incluir tal disposición.

Apartado d) de la versión revisada

38. El apartado d) de la versión revisada trata de la notificación a la otra parte de la demanda de una medida cautelar *ex parte* y de todo mandato preliminar eventualmente otorgado. Enuncia en parte la regla del apartado e) del proyecto de artículo de la Secretaría (A/CN.9/547, párr. 68 y A/CN.9/WG.II/WP.128), con las diferencias siguientes:

- La versión revisada alude a la notificación del mandato demandado y de toda otra comunicación, y no solo de la medida eventualmente otorgada;
- Si bien el tribunal arbitral gozará de cierto margen para determinar cuándo deberá oír al demandado, el texto revisado precisa el momento en el que deberá hacer la notificación;
- La segunda parte entre corchetes del apartado d) de la versión revisada se refiere a la delicada cuestión de la ejecución de toda medida cautelar dictada *ex parte* y expresa la idea de que, si la notificación se ha de hacer inmediatamente después del otorgamiento de la medida cautelar, podría frustrarse el factor de sorpresa, que es esencial para la eficacia de toda medida *ex parte*, que deberá dar margen para obtener la ejecutoriedad de la medida ante el foro judicial competente (A/CN.9/545, párr. 78). El apartado d) se refiere al apartado i), que figura como nota de pie de página del texto. El apartado i) trata de la postergación de la notificación a efectos de la ejecución de la decisión prejudicial por vía judicial. El Grupo de Trabajo aún no ha examinado a fondo si cabe incluir una disposición en que se prevea la ejecución por vía judicial de una medida cautelar dictada *ex parte*. Tal vez convenga que examine el apartado i) propuesto junto con la cuestión de si cabe incorporar en la Ley Modelo un régimen que regule la ejecución por vía judicial de una medida cautelar dictada *ex parte*.

Apartado e) de la versión revisada

39. El apartado e) de la versión revisada del párrafo 7) trata de la oportunidad que ha de darse al demandado de hacer valer sus argumentos contra la medida demandada ante el tribunal arbitral y del plazo que tendrá para hacerlo. Se recuerda al respecto que en el 39º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se formularon reservas acerca de la inclusión en el texto de un plazo de cuarenta y ocho horas o de cualquier otro plazo, que pudiera resultar demasiado rígido o inadecuado en ciertos supuestos. Se observó asimismo que dar al tribunal arbitral cierto margen para señalar otro momento o fecha que fuera adecuado en las circunstancias del caso, dotaría de cierta flexibilidad a esta regla, pero al mismo tiempo haría ilógico mantener en dicha regla una referencia a un plazo fijo. No obstante, predominó la opinión de que la previsión de un plazo fijo cumplía dos cometidos: insistir en la urgencia de dar al demandado la oportunidad de ser oído y alertar al tribunal arbitral sobre la necesidad de estar dispuesto a reunirse de nuevo para que el demandado pudiera hacer valer sus argumentos (A/CN.9/545, párr. 79).

40. Se recuerda que en su 39º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que las palabras “oportunidad de ser oída” se sustituyeran por las palabras “oportunidad de hacer valer sus argumentos” por cuanto éstas englobaban tanto la

presentación verbal de los argumentos del demandado como la exposición escrita de los mismos (A/CN.9/545, párr. 80).

41. Habrá que revisar el texto del apartado e) después de que el Grupo de Trabajo haya examinado si deberá permitirse o no la ejecución por vía judicial de una medida cautelar otorgada sin escuchar a la parte afectada.

Apartado f) de la versión revisada

42. Se ha simplificado el texto de la versión revisada, cuyo contenido es idéntico al del apartado f) del proyecto de la Secretaría (A/CN.9/547, párr. 68 y A/CN.9/WG.II/WP.128), conforme fue decidido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/545, párrs. 83 y 84).

Apartado g) de la versión revisada

43. El enunciado del apartado g) responde a la decisión del Grupo de Trabajo de que, por razones de coherencia, debía alinearse su texto con el del párrafo 4), relativo a la caución requerida en el contexto de las medidas cautelares *inter partes*, salvo por la sustitución de la forma verbal "podrá exigir" por "exigirá" (A/CN.9/545, párr. 69), al ser el requisito del apartado g) imperativo para el otorgamiento de toda medida cautelar *ex parte* (A/CN.9/545, párr. 70).

44. En la versión revisada se tiene en cuenta la decisión del Grupo de Trabajo de que la práctica de exigir caución no debería constituir una condición suspensiva para dictar una medida cautelar (A/CN.9/547, párrs. 92 a 94, véase también el párrafo 18 *supra*).

Apartado h) de la versión revisada

45. Al revisarse el apartado h) del proyecto de párrafo se tuvieron en cuenta las propuestas formuladas por el Grupo de Trabajo en su 39º período de sesiones (A/CN.9/545, párrs. 91 y 92).

II. Proyecto de disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (para su inserción como nuevo artículo, provisionalmente numerado 17 bis, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional)

A. Texto del proyecto de artículo 17 bis

46. Para facilitar la reanudación del debate, a continuación se transcribe el texto nuevamente revisado de la disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (en adelante denominado "proyecto de artículo 17 bis"), que se preparó teniendo en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 40º período de sesiones y las decisiones correspondientes (A/CN.9/547, párrs. 12 a 67).

> "1) A reserva de lo dispuesto en el presente artículo, toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante 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) Dicho foro judicial podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:

a) Si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, el foro judicial constata que:

i) [Existe una cuestión de fondo suscitada por alguno de los motivos de denegación] [Dicha denegación está justificada por alguno de los motivos] enunciados en los incisos i), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

ii) Tal denegación está justificada por algún motivo enunciado en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o

[iii) No se ha cumplido el requisito de prestar la caución que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral;] o

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 Estado en donde [o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó] [se tramite el procedimiento de arbitraje]; o

b) Si, el foro judicial llega a la conclusión de que:

i) La medida cautelar es incompatible con las facultades que la 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 bien que

ii) 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. El foro judicial al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

4) La parte que demande o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al foro judicial de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.

5) El foro judicial ante el que sea demandado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir del

---

* 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 de una medida cautelar.

demandante que preste una caución adecuada, salvo que el tribunal arbitral haya exigido ya dicha caución, o cuando esa caución sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

6) [La ejecución de una medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral, ateniéndose a normas sustancialmente equivalentes a las enunciadas en el párrafo 7) del artículo 17, no será denegada, conforme a lo previsto en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 2 del presente artículo, por el mero hecho de tratarse de una medida dictada *ex parte*, con tal de que toda decisión judicial ejecutoria de dicha medida se adopte dentro de un plazo de veinte (20) días a partir de la fecha en que el tribunal arbitral haya otorgado la medida.]"

B. Cuestiones aún por examinar

47. En su 40º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en seguir examinando las cuestiones de fondo relativas al proyecto de artículo 17 bis que se exponen a continuación.

Relación entre el proyecto de artículo 17 bis y los artículos 34 a 36 de la Ley Modelo

Apartado a) del párrafo 2) y atribución de la carga de la prueba conforme a los artículos 34 y 36 de la Ley Modelo

48. El proyecto de párrafo 2) refleja la decisión del Grupo de Trabajo de que no se disponga nada respecto de la atribución de la carga de la prueba, que debe regirse por la normativa de la ley aplicable (A/CN.9/524, párrs. 35 y 36, 42, 58 y 60). El texto actual, que no hace referencia alguna a la carga de la prueba, parece no ser compatible con el criterio adoptado en los artículos 34 y 36 de la Ley Modelo. De ser así, dicho texto se prestaría a diversas interpretaciones, por ejemplo, la de atribuir la carga de la prueba al demandante de la ejecución o la de dar a entender que incumbe al tribunal arbitral verificar de oficio el cumplimiento de todos los requisitos exigidos. Si el Grupo de Trabajo está de acuerdo en que el enunciado algo distinto del texto se justifica por el hecho de que los objetivos del proyecto de artículo 17 bis difieran de los de los artículos 34 y 36 de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo debería dar a conocer mejor sus razones al respecto para evitar problemas de interpretación.

Párrafo 2) del artículo 17 bis y utilización del término "laudo" en el artículo 34 y en los artículos 35 2) y 36 1) de la Ley Modelo

49. Cabe recordar que el Grupo de Trabajo mantuvo la remisión que se hace en el párrafo 2) al párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo, en donde se habla en función del término "laudo". Habida cuenta de que el Grupo de Trabajo optó por no determinar la forma en que ha de dictarse una medida cautelar (véase el párrafo 10 *supra*), el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si procede aclarar que el término "laudo", empleado en el párrafo 1) del artículo 36, será aplicable a todo tipo de medida cautelar, sin que dicho término suponga restricción implícita alguna de que los motivos enunciados en el párrafo 1) del artículo 36 son únicamente aplicables a las medidas cautelares que se ordenen en forma de laudo (A/CN.9/547, párr. 43). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si conviene hacer la misma

aclaración respecto del artículo 34 y del párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo (véanse también los párrafos 50 y 51 *infra*).

Efecto recíproco del párrafo 2) a) iv) y del artículo 34

50. Para propiciar una interpretación uniforme de la interacción eventual del proyecto de artículo 17 bis y del artículo 34 de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo tal vez desee precisar si una medida cautelar dictada en forma de laudo puede anularse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Modelo (A/CN.9/547, párr. 26). Se recuerda que en el 40º período de sesiones del Grupo de Trabajo se planteó la pregunta de si el inciso iv) podría tener como consecuencia que el foro judicial pudiera anular una medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral. Se respondió recordando que en su 39º período de sesiones el Grupo de Trabajo había decidido suprimir del párrafo 1) la remisión general a los requisitos enunciados en el artículo 17 precisamente para no introducir un motivo suplementario y oculto de denegación del reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar (A/CN.9/545, párrs. 101 y 102). El Grupo de Trabajo convino en que no debía interpretarse que en el inciso iv) se enunciaba un motivo que justificaba la anulación por el foro judicial de una medida cautelar ordenada por un 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, no enunciar un régimen paralelo al del artículo 34 de la Ley Modelo, aplicable a la anulación de dichas medidas cautelares.

Artículo 35 2)

51. En el párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo se establece 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". Se 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 convino en general en que "debería evitarse todo desvío innecesario del texto de los artículos 35 y 36" (A/CN.9/524, párr. 57). Teniendo presente lo anterior, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si procede formular el texto actual términos parecidos a los del párrafo 2) del artículo 35.

El depósito de una caución y el Convenio de La Haya sobre procedimiento civil de 1954

Párrafo 5)

52. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar más a fondo la procedencia de prestar caución, que abarca la fianza exigida por un foro judicial para cubrir las costas, a la luz de los convenios de La Haya sobre procedimiento civil de 1905 y de 1954, por los que se exime de la caución de costas a los ciudadanos de los Estados signatarios en el territorio de cualquiera de dichos Estados. En el artículo 17 del Convenio de La Haya sobre procedimiento civil de 1954 se establece que:

> "Ninguna caución ni depósito, sea cual fuere su denominación, podrá imponerse -ya por razón de su condición de extranjeros, ya por falta de domicilio o residencia en el país- a los nacionales de uno de dichos Estados y

que fueren demandantes o intervinientes ante los Tribunales de otro de dichos Estados.

La misma regla se aplicará a la fianza en metálico que se exigiere a los demandantes o a los intervinientes, para garantizar las costas del juicio.

Continuarán aplicándose los Convenios por los cuales los Estados contratantes hubieren estipulado en favor de sus súbditos la dispensa de la *cautio judicatum solvi* o de la fianza de pago de costas, sin condición de domicilio."

Párrafo 6)

53. Dado el perjuicio eventual que una medida cautelar *ex parte* pudiera causar a la parte afectada por la misma, el Grupo de Trabajo convino en que sólo sería aceptable facultar al tribunal arbitral para ordenar dichas medidas si se imponían condiciones muy estrictas para evitar todo abuso de dicha facultad (A/CN.9/547, párr. 62; véase el examen anterior del tema en A/CN.9/523, párr. 17). Teniendo presente esa consideración se propuso un nuevo proyecto de párrafo 6) que, por decisión del Grupo de Trabajo, iría entre corchetes, para reanudar su examen cuando hubiera concluido el examen del proyecto de artículo 17 (A/CN.9/547, párrs. 62 a 67).

C. Notas sobre el proyecto de artículo 17 bis

Párrafo 1)[18]

54. En el proyecto de párrafo 1) se ha tenido en cuenta la decisión del Grupo de Trabajo (A/CN.9/547, párrs. 13 y 17) de suprimir las palabras "por escrito" que figuraban entre corchetes (véase el examen anterior del tema en A/CN.9/545, párr. 96), y la expresión "que satisfaga los requisitos del artículo 17"[19].

55. Se recuerda que el Grupo de Trabajo había considerado aceptable, en líneas generales, el contenido de la nota de pie de página correspondiente al párrafo 1) (A/CN.9/547, párr. 13).

Párrafo 2)

Oración introductoria – "[y][o]" – "sólo"

56. Para mantener la coherencia con el artículo 36 de la Ley Modelo y también para enunciar con más claridad las opciones de que dispone el foro judicial, se ha escogido la conjunción "o" en vez de "y"; además, se ha trasladado el término "únicamente" al final de la oración introductoria: El Grupo de Trabajo tal vez desee dar su conformidad a esas modificaciones.

---

[18] A/CN.9/545, párrs. 95 a 102; A/CN.9/524, párrs. 24 a 29, 32 a 33, 64 a 66; A/CN.9/487, párrs. 77 a 82; A/CN.9/485, párrs. 80 a 83.

[19] A/CN.9/545, párr. 102 y también párrs. 107 a 110.

Apartado a) i) – Remisión al artículo 36 de la Ley Modelo

57. Según lo convenido por el Grupo de Trabajo, en el inciso i) del apartado a) se remite directamente al artículo 36, en lugar de reproducir su contenido (A/CN.9/547, párrs. 18 y 19)[20].

"dicha denegación"

58. Se ha suprimido en la versión inglesa la palabra "such" antepuesta a la palabra "refusal", que figuraba en el proyecto anterior (véase A/CN.9/547, párr. 12) para poner en claro que la "denegación" de que se trata se refiere al reconocimiento o a la ejecución de una medida cautelar, no al reconocimiento o a la ejecución de un laudo definitivo, como se prevé en el artículo 36 (A/CN.9/547, párr. 19).

"[existe una cuestión de fondo] – [dicha denegación está justificada por alguno de los motivos]"

59. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar más a fondo si conviene sustituir las palabras "existe una cuestión de fondo" por las palabras "dicha denegación está justificada por alguno de los motivos" a fin de alinear su texto con el de otras partes del proyecto de párrafo 17 bis, o si procede mantenerlas dado que subrayan la importancia del principio de que el foro judicial no debe prejuzgar la determinación que deberá hacer todo tribunal arbitral, al pronunciarse sobre su propia competencia en primera instancia (A/CN.9/547, párr. 20).

Apartado a) ii)

60. Al haber optado el Grupo de Trabajo por mantener el texto de la variante 2 sin modificaciones (A/CN.9/547, párr. 22), se han fusionado los incisos ii) y iii) (A/CN.9/547, párr. 24).

Apartado a) iii)

61. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si el nuevo inciso iii) del apartado a), refleja su deseo de que la no constitución de la caución exigida por un tribunal arbitral sea motivo para que el foro judicial deniegue la ejecución de la medida cautelar demandada (A/CN.9/547, párrs. 21, 45 a 48).

Apartado a) iv)[21] *– "o por decisión de un foro judicial competente"*

62. Se recuerda que, tras examinar si era necesario mencionar el supuesto en que una medida cautelar haya sido anulada "por un foro judicial competente", el Grupo de Trabajo convino en que se permita a todo foro judicial de un Estado que haya adoptado la Ley Modelo denegar el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar que haya sido anulada por un foro judicial de otro país (A/CN.9/547, párrs. 28 a 33). El nuevo texto refleja:

- La decisión del Grupo de Trabajo de mantener el texto revisado que se propuso en su 40º período de sesiones para proseguir las deliberaciones al respecto (A/CN.9/547, párr. 33); en la expresión "por un foro judicial

[20] A/CN.9/545, párrs. 105 y 106; A/CN.9/524, párr. 57; A/CN.9/468, párrs. 72 a 74.
[21] A/CN.9/524, párr. 47.

del país" se sustituyó la palabra "país" por "Estado", conforme a la terminología adoptada en la Ley Modelo; y

- La observación de que tal vez convendría sustituir las palabras "conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó" por una remisión al derecho interno del país en donde tenga su sede el tribunal arbitral (A/CN.9/547, párr. 33).

Apartado b) i)[22]

63. Se recuerda que el Grupo de Trabajo consideró que el contenido del inciso i) del apartado b) era en general aceptable (A/CN.9/547, párr. 36). Al redactarse el inciso se suprimió la palabra "demandada", que figuraba entre las palabras introductorias "La medida cautelar" y la expresión "es incompatible" en el texto anterior del proyecto de artículo (A/CN.9/547, párr. 12); el Grupo de Trabajo tal vez desee confirmar si está de acuerdo con tal supresión.

64. Como cuestión de forma se ha sustituido "su propia ley" por "la ley" (A/CN.9/547, párr. 44).

Apartado b) ii)[23]

65. El proyecto de inciso ii) del apartado b) refleja la decisión del Grupo de Trabajo de mantener la variante 2 del proyecto anterior de artículo sin modificarla (véase A/CN.9/547, párr. 12), a reserva de que el Grupo de Trabajo volviese a examinar el lenguaje utilizado 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 (A/CN.9/547, párr. 41; párrs. 37 a 42).

Párrafo 3)[24]

66. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios la primera oración del párrafo 3) del texto anterior del proyecto enunciado en el párrafo 12 del documento A/CN.9/547 (A/CN.9/547, párr. 49).

67. En la segunda oración del mismo párrafo se tomó en cuenta la sugerencia de que se insertase en el párrafo 3) la variante C del párrafo 5), que enuncia el importante principio de que el foro judicial ante el que se solicitase la ejecución de la medida cautelar no debía entrar a examinar la razón de ser o el fundamento de dicha medida (A/CN.9/547, párrs. 50 y 60).

---

[22] A/CN.9/524, párr. 48 y 49.

[23] A/CN.9/545, párrs. 103 a 111; A/CN.9/524, párrs. 35 a 39, 42 a 52; A/CN.9/487, párrs. 83 a 86; A/CN.9/485, párrs. 84 a 89, 95 a 101.

[24] A/CN.9/524, párrs. 40 y 56.

Párrafo 4)[25]

68. Para uniformar la terminología utilizada en los artículos 17 y 17 bis, se sustituyó la palabra "enmienda" por "modificación" (A/CN.9/547, párrs. 53 y 101; véase el debate al respecto en A/CN.9/545, párr. 35) y se insertó el texto "el reconocimiento o" antes de la palabra "ejecución" (A/CN.9/547, párr. 53).

Párrafo 5)[26]

69. Cabe recordar que de las cuatro variantes propuestas en el texto anterior del proyecto (A/CN.9/547, párr. 12), en las que se condensaban las distintas opiniones expresadas al respecto por el Grupo de Trabajo en su 38º período de sesiones, éste optó por mantener la variante A y el primero de los dos textos entre corchetes "salvo que el tribunal arbitral haya exigido ya dicha caución" (A/CN.9/547, párr. 55).

"haya determinado ya que se preste"

70. Para poner en claro que se excluía totalmente la posibilidad de que un foro judicial entrara a reconsiderar la decisión de un tribunal arbitral de que se prestara o no caución, se sustituyeron en la versión inglesa las palabras "an order" del texto de la variante A por "a determination" (A/CN.9/547, párr. 56).

"caución por concepto de gastos"

71. Como el Grupo de Trabajo convino en que la expresión "caución por concepto de gastos" era demasiado restrictiva se la sustituyó por las palabras "caución adecuada", que se utilizan en el párrafo 4) del proyecto de artículo 17 (A/CN.9/547, párr. 58).

"la parte afectada"

72. Conforme a la decisión del Grupo de Trabajo se sustituyeron las palabras "la parte afectada" por "el demandante" para denotar que, en la mayoría de los supuestos imaginables, la parte de la que se exija caución sería el demandante de la medida cautelar (A/CN.9/547, párr. 59).

"o cuando esa caución sea necesaria para proteger los derechos de terceros"

73. Al final del párrafo 5) se añadieron las palabras "o cuando esa caución sea necesaria para proteger los derechos de terceros" en cumplimiento de la decisión del Grupo de Trabajo de que se incorporara a la variante A el importante principio de la protección de terceros, enunciado en la variante D del texto anterior del proyecto de artículo que figura en el párrafo 12) del documento A/CN.9/547 (A/CN.9/547, párr. 61).

---

[25] A/CN.9/524, párrs. 67 a 71.
[26] A/CN.9/524, párrs. 72 a 75.

C. Nota de la Secretaría sobre la inclusión de una referencia a la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras en el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en el contexto de los contratos internacionales, presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 41º período de sesiones

(A/CN.9/WG.II/WP.132) [original: inglés]

1. En su 37º período de sesiones (Nueva York, 14 a 25 de junio de 2004), la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo aún no había concluido su labor sobre el requisito de que el acuerdo de arbitraje figure por escrito, enunciado en el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional ("la Ley Modelo") y en el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ("la Convención de Nueva York "). Respecto de la Convención de Nueva York, se informó a la Comisión de que se invitaría al Grupo de Trabajo a que considerara la posibilidad de incluir la Convención de Nueva York en una lista de instrumentos internacionales a los que sería aplicable el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales ("el proyecto de convención"), que actualmente prepara el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico)[1].

2. Se pide al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje que considere si se debe enumerar la Convención de Nueva York en el artículo 19 del proyecto de convención a fin de propiciar la consecución del objetivo de lograr una interpretación uniforme del requisito de la forma escrita previsto en el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York. En el documento A/CN.9/WG.IV/WP.110 se reproduce el texto completo del proyecto de convención.

3. El proyecto de convención se aplica al intercambio de comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en Estados diferentes cuando los Estados sean Estados Contratantes, cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante o cuando las partes hayan convenido en que se aplique (proyecto de artículo 1). El texto actual del proyecto de convención contiene una disposición que tiene por objeto precisar que las comunicaciones electrónicas también podrán utilizarse en relación con la formación o el cumplimiento de contratos a los que se apliquen ciertas convenciones de la CNUDMI (proyecto de artículo 19). La referencia a la Convención de Nueva York figura entre corchetes en el artículo 19 del proyecto de convención porque el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico todavía no han tenido la oportunidad de considerar el asunto.

4. Se recordará que en sus períodos de sesiones 32º, 33º, 34º y 36º, el Grupo de Trabajo examinó un proyecto de disposición legislativa modelo por el que se

---

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

revisaba el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo[2] y un proyecto de instrumento interpretativo referente al párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York[3].

5. Conforme al proyecto revisado de párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI, que figura en el documento A/CN.9/508, párr. 18 , "se considerará 'forma escrita' cualquier forma en que quede constancia [tangible] del acuerdo o en que éste sea accesible [de algún otro modo] como mensaje de datos para su ulterior consulta". En el proyecto revisado se establece que "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." Esa definición concuerda con la definición de "mensaje de datos" que figura en el proyecto de convención (véase el apartado c) del párrafo 4).

6. En el proyecto de instrumento interpretativo referente al párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York se declara que "la definición de 'acuerdo por escrito' que figura en el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York se entienda como incluyendo [una redacción inspirada en el texto revisado del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional]" (A/CN.9/508, párr. 18). El Grupo de Trabajo recordará que todavía no ha llegado a un consenso en cuanto a la eficacia jurídica que tendría una declaración interpretativa como forma de resolver los problemas prácticos y la discordancia actual con que se aplica el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York, teniendo presente que una declaración carecería de fuerza vinculante en el derecho internacional (A/CN.9/508, párrs. 42 a 50).

7. El aspecto más importante del proyecto de convención reside en reconocer la validez jurídica de las comunicaciones electrónicas. Cuando la ley requiera que un contrato conste por escrito, se cumplirá ese requisito "si la comunicación electrónica contiene información accesible para su ulterior consulta" (proyecto de artículo 8). Este enunciado refleja el criterio adoptado en el proyecto revisado de párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI (véase el párrafo 5 *supra*).

8. La disposición del proyecto de convención en que se enumeran los instrumentos internacionales a los que podría aplicarse el proyecto de convención dice así:

"Artículo 19 [Y]. Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales

De no haberse declarado otra cosa en una declaración hecha de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo, [todo Estado Contratante declara que aplicará las disposiciones de la presente Convención] [las disposiciones de la presente Convención serán aplicables] al uso de

---

[2] Respecto del proyecto de disposición legislativa modelo por la que se revisa el párrafo 2 del artículo 7, véanse los documentos A/CN.9/468 (párrs. 88 a 99); A/CN.9/485 (párrs. 21 a 59); A/CN.9/487 (párrs. 22 a 41); A/CN.9/508, párrs. 18 a 39.

[3] Respecto del proyecto de instrumento interpretativo relativo al párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958, véanse los documentos A/CN.9/485 (párrs. 60 a 77); A/CN.9/487 (párrs. 42 a 63); A/CN.9/508 (párrs. 40 a 50).

comunicaciones electrónicas en relación con [la negociación] [la formación] o el cumplimiento de un contrato [o acuerdo] a que se aplique cualquiera de las convenciones internacionales siguientes, en las que el Estado es o pueda llegar a ser Estado Contratante...".

En el Artículo 19 [Y] se enumeran actualmente los instrumentos siguientes:

[La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958)]

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).

9. La finalidad del artículo 19 del proyecto de convención es precisar la relación que guardan las normas enunciadas en éste con las correspondientes normas de otros instrumentos internacionales; el artículo 19 no tiene por objeto enmendar ningún instrumento internacional (para más información sobre el artículo 19 del proyecto de convención véase la nota de pie de página 55 del documento A/CN.9/WG.IV/WP.110). El proyecto de convención parece aplicarse únicamente a la interpretación de la definición de la forma escrita de un acuerdo de arbitraje, y el hecho de que en el proyecto de convención se haga referencia a la Convención de Nueva York no debe entenderse como alusión a la variada gama de cuestiones que se plantean respecto de los arbitrajes en línea (es decir, arbitrajes en que partes importantes de los procedimientos arbitrales, o incluso todo ellos, se realizan mediante la utilización de medios electrónicos de comunicación). El Grupo de Trabajo recordará que la Comisión ya decidió que el Grupo de Trabajo sobre Arbitraje cooperara con el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en esta cuestión, que examinarán por separado[4].

10. Si se mantiene la referencia a la Convención de Nueva York en el proyecto de convención, tal vez haya que incluir también una disposición relativa a los equivalentes electrónicos de los "originales" impresos, ya que en el apartado b) del párrafo 1 del artículo IV de la Convención de Nueva York se establece que la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera deberá presentar, entre otras cosas, el original o una copia debidamente autenticada del acuerdo de arbitraje. El artículo 9 del proyecto de convención se refiere a esa cuestión en dos párrafos, que dicen así:

---

[4] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/55/17), párr. 396.

"[4. En los casos en que la ley requiera que un contrato o cualquier otro tipo de comunicación se presente o conserve en su forma original en el texto, o prevé consecuencias de la falta de un original, se reunirá ese requisito respecto de una comunicación electrónica si:

[a) Existe seguridad fidedigna de la integridad de la información que contiene a partir del momento en que se generó en forma definitiva, en tanto comunicación electrónica o de otra manera; y

[b) En los casos en que se requiera que la información que contiene se presente, esa información se pueda exhibir a la persona a la que se ha de presentar.

[5. Para los fines del apartado a) del párrafo 4:

[a) Los criterios para evaluar la integridad consistirán en si la información se ha mantenido completa y sin alteraciones, aparte de la adición de todo endoso o cambio que surja en el curso normal de la comunicación, almacenamiento y exhibición; y

[b) La norma de fiabilidad requerida se evaluará atendiendo el propósito para el cual se generó la información y atendidas todas las circunstancias pertinentes.]"

11. En el artículo 9 del proyecto de convención se menciona la definición de "un contrato o cualquier otro tipo de comunicación [que] se presente o conserve en su forma original en el texto", y en el artículo 4 del proyecto de convención por "comunicación" se entiende "toda exposición, declaración, solicitud, aviso o petición, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes han de hacer o escoger en relación con [la negociación] [la formación] o el cumplimiento de un contrato". Por consiguiente, parecería que la definición de "original" se aplica únicamente al requisito de presentar el original del acuerdo de arbitraje previsto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo IV de la Convención de Nueva York, y no al requisito de presentar el original de la sentencia arbitral, que se establece en el apartado a) del párrafo 1 del artículo IV de esa Convención.

12. Con la inclusión en el artículo 19 del proyecto de convención de una referencia a la Convención de Nueva York se obtendría una definición uniforme de la expresión "forma escrita", definición más propicia al desarrollo de las prácticas tecnológicas en el arbitraje comercial internacional, por lo que contribuiría a uniformar la interpretación y aplicación del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York. Además, sería una forma de resolver el requisito de presentar el original del acuerdo de arbitraje que se impone en el apartado b) del párrafo 1 del artículo IV de esa Convención.

13. Ahora bien, como sucede con un protocolo de enmienda, se crearían dos grupos de Estados Parte, los que solo se habrían adherido a la Convención de Nueva York en su versión original y los que, además, se habrían adherido el proyecto de convención[5]. Por lo menos, en el caso de los Estados que fueran Parte en la Convención de Nueva York y en el proyecto de convención, se consideraría que la futura convención prevalecería sobre la Convención de Nueva York.

14. Conviene que al abordar esa cuestión, el Grupo de Trabajo tenga presentes el los progresos realizados respecto del proyecto de convención y que el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico (Grupo de Trabajo IV) se propone terminar su labor en relación con el proyecto de convención, de modo que la Comisión pueda examinarlo y aprobarlo en su próximo período de sesiones, que se celebrará en Viena del 4 al 22 de julio de 2005.

---

[5] En el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que representa el derecho internacional consuetudinario, se regula en parte la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia:

"3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al articulo 59, el tratado anterior se aplicara únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

a) En las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;

b) En las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean Partes."

D. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 42º período de sesiones (Nueva York, 10 a 14 de enero de 2005)

(A/CN.9/573) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-9
II.	Deliberaciones y decisiones	10
III.	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	11-69
	Párrafo 7	12-27
	Apartado a)	28-30
	Apartado b)	31
	Apartado c)	32-36
	Apartado d)	37-42
	Apartado e)	43-51
	Apartado f)	52-58
	Apartado g)	59-64
	Apartado h)	65-68
	Documentación explicatoria	69
IV.	Proyecto de disposición sobre el reconocimiento y la fuerza ejecutoria de las medidas cautelares (para su inserción como nuevo artículo de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, renumerado provisionalmente artículo 17 bis)	70-89
	Párrafo 1	71
	Apartado a) del párrafo 2) - Encabezamiento	72-73
	Incisos i) y ii) del apartado a)	74
	Inciso iii) del apartado a)	75-76
	Inciso iv) del apartado a)	77-81
	Inciso i) del apartado b)	82
	Inciso ii) del apartado b)	83
	Párrafo 3)	84
	Párrafo 4)	85

Párrafo 5) 86

Párrafo 6) 87-89

V. Proyecto de disposición sobre la facultad del foro judicial para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje (para su inserción como nuevo artículo de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, numerado provisionalmente como artículo 17 ter) 90-95

VI. Posible inclusión de la Convención de Nueva York en la lista de instrumentos internacionales a los que sería aplicable el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales 96-97

VII. Otros asuntos 98-100

I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión consideró que había llegado el momento de evaluar, en el foro universal que ofrecía la Comisión, si eran aceptables las ideas y propuestas formuladas para perfeccionar el régimen legal y los reglamentos y prácticas del arbitraje. La Comisión encomendó esa labor al Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) y decidió que entre las cuestiones prioritarias que el Grupo de Trabajo habría de examinar figurara la de la ejecutoriedad de las medidas cautelares.

2. En los párrafos 5 a 17 del documento A/CN.9/WG.II/WP.130 figura el resumen más reciente de las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo sobre, entre otras cosas, un proyecto revisado de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (denominada en el presente informe "la Ley Modelo"), relativo a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, y sobre la propuesta de un nuevo artículo para la Ley Modelo concerniente a la ejecución de las medidas cautelares (numerado provisionalmente artículo 17 bis).

3. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 42º período de sesiones en Nueva York del 10 al 14 de enero de 2004. Asistieron a él representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Austria, Belarús, Bélgica, Brasil, Camerún, Canadá, China, Colombia, Croacia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Jordania, Kenya, Líbano, Madagascar, Marruecos, México, Nigeria, Pakistán, Paraguay, Polonia, Qatar, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Rwanda, Serbia y Montenegro, Sierra Leona, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Uruguay, Venezuela (República Bolivariana de) y Zimbabwe.

4. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Afganistán, Bolivia, Cabo Verde, Congo, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Filipinas,

Finlandia, Irlanda, Malasia, Myanmar, Nicaragua, Nueva Zelandia, Países Bajos, República Árabe Siria, Santa Sede, Senegal y Ucrania.

5. Asistieron también observadores de las siguientes organizaciones intergubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: Comité Consultivo Internacional del Algodón (CCIA), Comité consultivo sobre el artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), Consejo de la Asamblea Interparlamentaria de Naciones Miembros de la Comunidad de Estados Independientes (CEI), Corte Permanente de Arbitraje y Unión Africana.

6. Estuvieron presentes, además, observadores de las siguientes organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: *American Arbitration Association* (AAA), *American Bar Association* (ABA), Asociación Árabe para el Arbitraje Internacional, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, *Association of the Bar of the City of New York* (ABCNY), *Association Suisse de l'Arbitrage* (ASA), Cámara de Comercio Internacional (CCI), *Center for International Legal Studies*, Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de Lagos, *Chartered Institute of Arbitrators*, Club de Árbitros de la Cámara de Arbitraje de Milán, Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), *Forum for International Commercial Arbitration* (FICA), *Global Center for Dispute Resolution Research*, Instituto de Derecho Internacional, *Inter-Pacific Bar Association* (IPBA), *Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration* (KLRCA), *School of International Arbitration* y Unión Internacional de Abogados (UIA).

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

Presidente: Sr. José María ABASCAL ZAMORA (México);

Relator: Sr. Lawrence BOO (Singapur).

8. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: a) el programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.133); b) una nota de la Secretaría en la que figuraba un nuevo texto revisado del párrafo 7) del proyecto de artículo 17, relativo a la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares *ex parte* (sin escuchar a la otra parte), preparado a raíz de las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 41º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.134); c) una nota de la Secretaría con una versión revisada de un proyecto de disposición relativa al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (para su inserción como nuevo artículo, provisionalmente numerado 17 bis de la Ley Modelo) (A/CN.9/WG.II/WP.131); d) una nota de la Secretaría con una propuesta de proyecto de disposición concerniente a la facultad del foro judicial para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje (para su inserción provisional como nuevo artículo 17 ter de la Ley Modelo) (A/CN.9/WG.II/WP.125); e) una nota de la Secretaría sobre la inserción de una referencia a la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras en el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (A/CN.9/WG.II/WP.132); y f) el informe del Grupo de Trabajo sobre su 41º período de sesiones (A/CN.9/569).

9. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones;
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. Posible inclusión de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras en la lista de instrumentos internacionales a que se aplicaría el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales;
6. Otros asuntos;
7. Aprobación del informe.

II. Deliberaciones y decisiones

10. El Grupo de Trabajo examinó el tema 4 del programa basándose en el texto que figuraba en las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.125, A/CN.9/WG.II/WP.131 y A/CN.9/WG.II/WP.134). Sus deliberaciones y conclusiones al respecto se recogen en los capítulos III, IV y V. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de varias disposiciones basándose en las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo. Éste examinó el tema 5 del programa sobre la base de las propuestas enunciadas en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.132), así como el tema 6 del programa. Sus deliberaciones y conclusiones al respecto se recogen en los capítulos VI y VII, respectivamente.

III. 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

11. El Grupo de Trabajo recordó que en su 41º período de sesiones (Viena, 13 a 17 de septiembre de 2004) había examinado en detalle el texto del párrafo 7) de la versión revisada del artículo 17, relativo a la facultad de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares dictadas *ex parte* (es decir, sin escuchar a la otra parte), antes de decidir si procedía mencionar expresamente el denominado "mandato preliminar" en el proyecto de artículo 17 (en el proyecto de artículo 17 y en el presente informe se utiliza habitualmente el término "mandato preliminar" para referirse a toda medida cautelar dictada *ex parte*). El Grupo de Trabajo reanudó el examen del párrafo 7) del proyecto de artículo 17 sobre la base del texto preparado por la Secretaría con objeto de reflejar lo dicho en sus deliberaciones, recogido en el documento A/CN.9/WG.II/WP.134.

Párrafo 7

12. Las opiniones siguieron divididas en lo que respecta a que se insertara una disposición relativa al mandato preliminar en el proyecto de artículo 17.

13. Se observó que facultar a los tribunales arbitrales para dictar mandatos preliminares redundaría en provecho de la práctica del arbitraje internacional por varias razones, entre ellas las siguientes:

- Las partes en un procedimiento de arbitraje tal vez preferirían obtener un mandato preliminar del tribunal arbitral, en lugar de tener que demandar dicha medida ante el foro judicial competente;
- El foro judicial estaba debidamente habilitado para imponer medidas cautelares *ex parte*, o sin escuchar a la otra parte, por lo que procedía que los tribunales arbitrales estuvieran igualmente habilitados;
- De no regularse este punto, se dejaría irresuelta la cuestión de si un tribunal arbitral puede dictar y hacer ejecutar un mandato preliminar, por lo que la inserción del párrafo 7) era importante, ya que su texto preveía salvaguardias valiosas y serviría de orientación para todo Estado que deseara legislar al respecto.

14. No obstante, se expresaron diversas razones contra su inserción:

- El párrafo 7) era contrario al principio del trato equitativo que había de otorgarse a las partes reconocido en el artículo 18 de la Ley Modelo y a lo dispuesto en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 1) de su artículo 36;
- No se había llegado a un consenso sobre la política de que la Ley Modelo procurara, como pauta general, equiparar plenamente las facultades de los tribunales arbitrales con las del foro judicial competente, y esa falta de consenso era patente en la disparidad de opiniones respecto de la cuestión suscitada en torno al denominado mandato preliminar.

15. A la luz de su debate, el Grupo de Trabajo convino en seguir considerando si procedía que se redactara el párrafo 7) en términos que hicieran que su aplicación fuera optativa para los Estados y para las partes en el procedimiento de arbitraje, así como la conveniencia de que el mandato preliminar fuera o no ejecutorio por vía judicial.

Carácter optativo del párrafo 7) para los Estados

16. Se expresó la opinión de que era ilógico e innecesario incorporar una cláusula de adopción o exclusión optativa de este párrafo por los Estados, habida cuenta de que el proyecto de instrumento se presentaba en forma de una Ley Modelo y que, por consiguiente, los Estados podían incorporar o no sus disposiciones a su derecho interno, así como modificarlas, si así lo deseaban.

17. Sin embargo, también se opinó que tal vez procediera ofrecer expresamente a los Estados la opción de excluir dicho párrafo a efectos de brindar orientación a todo Estado que tuviera dudas acerca de la utilidad de facultar a un tribunal arbitral para emitir mandatos preliminares. Esa opción podía enunciarse en una nota al pie del párrafo 7), inspirada en el criterio adoptado en el párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo, en donde se dijera: “el párrafo 7) tiene por objeto definir el

procedimiento aplicable a la emisión de un mandato preliminar. El hecho de que un Estado decida no incluir, en su derecho interno, el presente párrafo no sería contrario al objetivo de armonización que se trata de promover con la Ley Modelo".

Posibilidad para las partes de remitir (opt-in) o de excluir (opt-out) el párrafo 7)

18. La opción de habilitar a las partes para hacer remisión explícita al párrafo 7) fue considerada una solución conveniente, en particular por aquellas delegaciones que se oponían a que se habilitara a un tribunal arbitral para dictar mandatos preliminares. Se señaló además que el criterio de la autonomía contractual serviría de fundamento jurídico para la imposición arbitral de un mandato preliminar, como expresión de la voluntad de las propias partes. Además, en respuesta a la inquietud de que una cláusula de remisión previa explícita diera lugar a que esas medidas nunca se dictaran en la práctica, se recordó que existían reglamentos de arbitraje, aplicados por ciertas instituciones arbitrales, en los que se reconocía el derecho a imponer medidas sin escuchar a la otra parte, y esos reglamentos eran incorporables, por remisión, a la cláusula de arbitraje convenida entre las partes. Se indicó, no obstante, que cuando no se incorporara alguno de dichos reglamentos, el criterio de la remisión explícita daría lugar a que no se dispusiera, en la mayoría de los casos, de la posibilidad de demandar la imposición de un mandato preliminar.

19. Se apoyó la opción de facultar a las partes para excluir de común acuerdo la imposición de dichas medidas, ya que se consideró que era más compatible con la estructura actual de la Ley Modelo, que contenía varias reglas de carácter igualmente supletorio, cuya aplicación quedaba supeditada a todo acuerdo en contrario de las partes. Se observó asimismo que el derecho legal de los países de tradición civilista reconocía habitualmente la práctica de excluir (*opt out*) por vía contractual la aplicación de reglas legales de rango supletorio, pero no la práctica de supeditar la aplicación de dichas reglas a una remisión contractual explícita (*opt in*). Se consideró además que esa opción estaba más en consonancia con los esfuerzos realizados por el Grupo de Trabajo en períodos de sesiones anteriores por reconocer la validez de un mandato preliminar, siempre y cuando se dispusiera de las debidas salvaguardias para impedir que se abusara de dicha medida.

Ejecución judicial

20. Se recordó que en el párrafo 6) del proyecto de artículo 17 bis (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.131) se preveía la ejecución judicial de un mandato preliminar arbitral. La opinión general fue la de que el párrafo 7) del proyecto de artículo 17 resultaría más aceptable, para las delegaciones que se oponían a que se reconociera validez jurídica al mandato preliminar, si no se previera su ejecución por vía judicial. Se daba por supuesto que toda parte en un acuerdo de arbitraje acostumbraba a observar todo mandato arbitral.

Propuestas

21. Se formularon varias propuestas para la estructuración del párrafo 7).

22. Una de ellas fue que el proyecto revisado resultaría aceptable, siempre y cuando se adoptara el criterio de la remisión explícita (*opt in*) de las partes y se suprimiera el párrafo 6) del artículo 17 bis, relativo a la ejecutoriedad del mandato preliminar. Sin embargo, se señaló que la ejecutoriedad del mandato, prevista en el párrafo 6) del artículo 17 bis, sería más aceptable si se retuviera la opción de la

remisión explícita y fueran las propias partes las que facultaran al tribunal arbitral para emitir todo mandato preliminar que sea del caso.

23. A fin de superar la diferencia de opiniones entre las delegaciones que estaban a favor de la cláusula de remisión explícita y las que se oponían a ella, se propuso que se suprimieran la expresión "salvo acuerdo en contrario de las partes" y la frase "si las partes lo acuerdan expresamente" y se añadieran notas explicativas de pie de página relativas al párrafo 7) que dijeran:

- Toda institución arbitral podrá declarar aplicable su propio reglamento y las partes podrán estipular en contrario de lo dispuesto en este párrafo;
- El párrafo 7 sólo tiene por objeto definir el procedimiento aplicable para la emisión de un mandato preliminar, por lo que no sería contrario al objetivo de armonización que se trata de promover con la Ley Modelo que un Estado decidiera:
    - Omitir dicho párrafo;
    - Declararlo aplicable únicamente cuando las partes así lo convengan;
    - Privarle de validez frente a toda estipulación de las partes en contrario; o
    - Establecer condiciones menos onerosas que las enunciadas en el párrafo 7).

24. Se propuso, también con miras a superar la profunda divergencia de opiniones respecto de si procedía adoptar la fórmula de la remisión explícita o la de la exclusión explícita, que si el Grupo de Trabajo decidía ofrecer a las partes la opción de la remisión explícita, cabría añadir una nota de pie de página relativa al apartado a) del párrafo 7) en la que se indicara que no sería contrario al objetivo de armonización que se trataba de promover con la Ley Modelo que un Estado decidiera ofrecer a las partes la opción de la exclusión explícita del párrafo 7).

25. Se prestó cierto apoyo en pro de las propuestas de que se dejaran abiertas diversas posibilidades mediante una nota de pie de página. No obstante, se señaló que puntualizar todas las posibles opciones en una nota relativa al párrafo 7) sería contrario al objetivo de armonizar el derecho interno aplicable y privaría a los Estados de una orientación clara al respecto.

26. Se propuso, además, que el párrafo 7 indicara que el mandato preliminar no pasaba de ser una providencia o resolución de carácter procesal (en contraposición al laudo). Se indicó que con esa aclaración se establecería una distinción entre los mandatos preliminares y las demás medidas cautelares, que, con arreglo al párrafo 2) del artículo 17, podían dictarse en forma de laudo o de otra forma. Así pues, el régimen ejecutorio previsto en el artículo 17 bis sería únicamente aplicable a las medidas cautelares, y no al mandato preliminar dictado *ex parte* o sin escuchar a la otra parte.

27. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino, en general, en incluir el proyecto revisado de párrafo 7) en el proyecto de artículo 17 sobre la base de los principios de que sería aplicable, salvo estipulación en contrario de las partes, de que se pusiera en claro que el mandato preliminar tendría el alcance de una mera providencia y no de un laudo, sin que el artículo 17 bis previera vía ejecutoria

alguna para el mandato preliminar, y sin que se insertara nota de pie de página alguna para explicar su contenido.

Apartado a)

Exclusión de común acuerdo

28. Con objeto de reflejar su decisión de que se diera a las partes la opción de excluir (*opt out*) el párrafo 7) (véase el párrafo 27 *supra*), el Grupo de Trabajo decidió que se retuviera la expresión "salvo acuerdo en contrario de las partes" y se suprimiera la frase "si las partes lo acuerdan expresamente".

"se abstenga de adoptar medidas"

29. Se propuso que se sustituyera la frase "se abstenga de adoptar medidas que puedan frustrar el objetivo" por la frase "no deje que se frustre el objetivo" con objeto de aclarar que la finalidad del mandato preliminar no era únicamente impedir que la parte destinataria del mandato adopte alguna medida nociva, sino también exigirle que adopte ciertas medidas como, por ejemplo, proteger los bienes de todo deterioro o de alguna otra amenaza. Se indicó que eso podría dificultar la distinción entre los mandatos preliminares y las medidas cautelares. Sin embargo, tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó la propuesta.

30. Se indicó que el apartado a) del párrafo 7) se podía entender erróneamente en el sentido de que el tribunal arbitral habría de limitarse a ordenar en términos generales a las partes, que no permitieran que se frustrara el objetivo de la medida cautelar. Se convino en que el tribunal arbitral podía dictar, a su arbitrio, un mandato preliminar que respondiera adecuadamente a las circunstancias del caso, y que eso se debía aclarar en todo texto explicativo eventual de dicha disposición.

Apartado b)

31. Se propuso que se incluyera la expresión "relativas a las medidas cautelares también" después de la palabra "artículo", en la inteligencia de que esa expresión aclararía que la intención del apartado b) era que las obligaciones enunciadas en los párrafos 3), 4), 5), 6) y 6 bis) fueran aplicables a los mandatos preliminares.

Apartado c)

Facultad del tribunal arbitral para dictar un mandato preliminar

32. Como observación general con respecto a la estructura del párrafo 7), se señaló que, si bien el tribunal arbitral estaba facultado expresamente para otorgar medidas cautelares con arreglo al párrafo 1) del proyecto de artículo 17, no existía una disposición equivalente con respecto a la facultad del tribunal arbitral para dictar un mandato preliminar. Por consiguiente, se propuso modificar el apartado c) con objeto de otorgar expresamente ese derecho al tribunal arbitral y, con ese fin, suprimir la palabra "sólo" que figura antes de "podrá emitir" y sustituir la palabra "cuando" por la expresión "siempre y cuando". El Grupo de Trabajo aprobó esa propuesta.

"motivos justificados para temer"

33. Se sugirió que se modificara el apartado c) a fin de hacer hincapié en el carácter excepcional de todo mandato preliminar permitiendo esos mandatos únicamente cuando existieran motivos poderosos para temer que la medida cautelar solicitada pudiera verse frustrada antes de que se hubiera tenido tiempo para escuchar a toda otra parte interesada.

34. Se recordó que la definición del criterio que ha de aplicar al tribunal arbitral para determinar si otorgará o no un mandato preliminar se había examinado en un período de sesiones anterior (véase A/CN.9/569, párrafos 39 a 43) y se habían expresado cierta inquietud de que se utilizaran criterios imprecisos. Se indicó que si se exigía que el tribunal arbitral tuviera motivos poderosos para dictar un mandato preliminar se podía crear una situación en que le fuera difícil tanto dictar como revocar un mandato preliminar demandado. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió conservar la formulación actual del apartado, que podía simplificarse sustituyendo la frase "existen motivos justificados para temer" por la frase "existe un temor justificado de".

definición del riesgo

35. Se indicó que el riesgo mencionado en el apartado c) de que la medida se viera frustrada antes de que se hubiera tenido ocasión de escuchar a todas las partes interesadas no entrañaba el riesgo de que el mandato preliminar se pusiera en conocimiento de la parte contra la que se había dictado, razón por la cual se propuso enmendar el apartado c) para tener en cuenta ese riesgo. En consecuencia, se sugirió que se suprimiera la frase "antes de que se haya escuchado a todas las partes interesadas". Al respecto, se indicó que era preferible utilizar la formulación de un proyecto anterior de apartado a) del párrafo 7 que figuraba en el párrafo 4 del documento A/CN.9./WG.II/WP.131 y en el párrafo 12 del documento A/CN.9/569: "cuando la divulgación previa de la medida cautelar solicitada a la parte que haya de cumplirla entrañe el riesgo de que su aplicación pueda verse frustrada". Se pidió a la Secretaría que tuviera presente dicha sugerencia al presentar un proyecto revisado de dicha proposición.

36. A efectos de tener en cuenta la decisión mencionada anteriormente (véase el párrafo 27, *supra*) en el sentido de que el mandato preliminar únicamente se pudiera dictar con carácter de providencia y no de laudo, el Grupo de Trabajo convino en que después de las palabras "mandato preliminar" se insertara la expresión "en forma de providencia" o una expresión en términos análogos. No obstante, se señaló que la distinción entre providencia y medida cautelar no solo era una cuestión de forma, sino también de fondo, ya que las decisiones de carácter procesal no adquirían fuerza ejecutoria con arreglo a la Convención de Nueva York ni al artículo 36 de la Ley Modelo. Se pidió a la Secretaría que considerara la posibilidad de encontrar una formulación apropiada para reflejar el carácter procesal de los mandatos preliminares sin sugerir que éstos se habían de emitir en determinada forma procesal.

Apartado d)

Comunicación de información

37. Se indicó que el requisito de notificar a la parte afectada por el mandato preliminar todas las comunicaciones que intercambiaran al respecto el demandante del mandato y el tribunal arbitral podía cumplirse fácilmente cuando se tratara de comunicaciones por escrito. Sin embargo, se expresó la inquietud de que no quedaba claro de qué manera se cumpliría esa obligación con respecto a las comunicaciones verbales. Para abordar esa cuestión, se sugirió que al final del apartado d) se añadiera una expresión en términos como los siguientes: "junto con una transcripción literal de toda comunicación verbal" o "junto con un acta que deje constancia de todo intercambio verbal". Se respondió que esa expresión podía imponer una carga excesivamente gravosa, particularmente cuando se demandara con urgencia un mandato preliminar y no fuera factible levantar un acta literal. A efectos de lograr más flexibilidad, se sugirió que se aclarara que el tribunal arbitral estaba obligado a revelar no solo la existencia de las comunicaciones verbales, sino también su contenido. Se dijo que con ese criterio se daba flexibilidad al tribunal arbitral para determinar la mejor manera de cumplir la obligación que le incumbía en virtud del apartado d) con respecto a revelar información. Se pidió a la Secretaría que aplicara ese criterio, expresándolo en el lenguaje apropiado.

"se haya pronunciado sobre la procedencia del mandato solicitado"

38. Se sugirió que después del término "procedencia" se añadieran las palabras "de la solicitud del mandato preliminar" para que la formulación fuese compatible con la del apartado a), en el que se hacía referencia a "una solicitud de mandato preliminar". Se pidió a la Secretaría que tuviese en cuenta esa sugerencia al revisar el proyecto.

"*la parte que vaya a verse afectada por tal mandato*"

39. Se indicó que, dado que el tribunal arbitral podía pronunciarse en pro o en contra de dictar un mandato preliminar, sería más apropiado referirse en la versión inglesa a "la parte contra la que se solicite el mandato", en lugar de "la parte contra la que vaya dirigido el mandato" (en la versión española actual: "la parte que vaya a verse afectada por tal mandato"). El Grupo de Trabajo aprobó esa propuesta.

Notificación

40. El Grupo de Trabajo recordó que en su 41º período de sesiones (véase A/CN.9/569, párrafo 44) había preferido dejar abierta la cuestión de determinar quién tenía la obligación de dar traslado de los documentos y de comunicar toda la información a que se hacía referencia en el apartado d). No obstante, tras un debate, el Grupo de Trabajo concluyó que, en la forma en que estaba redactado, el apartado d) era ambiguo, y era preferible disponer que el tribunal arbitral, al que se hubiera demandado el mandato, fuera el obligado a notificar a la otra parte toda información o documento intercambiado al respecto. El Grupo de Trabajo aceptó esa propuesta.

41. Se sugirió que se aclarara que el tribunal arbitral estaba obligado a dar traslado de los documentos y comunicar la información a la parte contra la que se demandara el mandato, independientemente de que otorgara o denegara el mandato preliminar demandado. El Grupo de Trabajo confirmó esa obligación y se expresó el parecer de

que la formulación actual del texto así lo daba a entender. Ahora bien, el Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia de que se aclarara esa lectura en el contexto de la documentación explicativa que se preparara posteriormente con respecto al artículo 17.

[", a no ser que el tribunal arbitral ... de suceder esto antes"]

42. El Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera el texto que figuraba entre corchetes al final del apartado d) para tener en cuenta su decisión anterior (véase el párrafo 27, *supra*) de que en la Ley Modelo no se previera nada respecto de la ejecutoriedad por vía judicial de los mandatos preliminares.

Apartado e)

Variantes A y B

43. El Grupo de Trabajo consideró las variantes A y B y la cuestión de la conveniencia de fijar un plazo para que la parte afectada presentara sus argumentos. Se manifestaron opiniones favorables a las dos variantes.

44. Algunas delegaciones consideraron que la variante A, que preveía un plazo de cuarenta y ocho horas para que la parte afectada presentara sus argumentos, establecía la salvaguardia fundamental de definir un marco cronológico, indicando con claridad al tribunal arbitral que procedía que actuara con rapidez. También se consideró que la variante A era flexible, ya que daba margen para que la parte contra la que se dirigiera el mandato solicitara otro plazo. Con respecto a su formulación, se sugirió la conveniencia de seguir la pauta habitual de la Ley Modelo y referirse a "dos días", no a "cuarenta y ocho horas".

45. La variante B, que no establecía ningún límite temporal alguno, ya fuera expresado en días o en horas, recibió apoyo sobre la base de que la determinación de un plazo era innecesaria, ya que la parte afectada por el mandato en la mayoría de los casos trataría de ser escuchada por el tribunal arbitral tan pronto como fuera posible. Además, se consideró que la fijación de dicho plazo entrañaba el peligro de que el tribunal arbitral hubiera de abstenerse de dictar un mandato preliminar sólo por no serle posible, por razones prácticas, escuchar a la parte afectada por el mandato dentro de dicho plazo de cuarenta y ocho horas.

46. Se propuso que se combinaran las variantes A y B de la siguiente manera: "en el plazo más breve posible y, de ser viable, en un plazo de cuarenta y ocho horas contado a partir de la recepción de la notificación, o dentro de todo plazo más largo que haya solicitado la parte afectada por el mandato preliminar". Se expresó el temor de que dicho texto propuesto fuera demasiado detallado y reglamentara excesivamente el asunto.

47. Otra propuesta fue la de que se reformulara el apartado e), sin darse a la parte afectada la posibilidad de señalar un plazo más largo, pero facultándose al tribunal arbitral para que fijara un plazo más largo, de estimarlo oportuno. Sin embargo, se señaló que con la referencia a "la oportunidad de presentar sus argumentos en el plazo más breve posible" ya se facultaba al tribunal arbitral para fijar un plazo más largo, aunque la parte afectada no lo hubiera solicitado.

48. Otra propuesta fue que se estableciera una diferencia entre la obligación de actuar con prontitud del tribunal arbitral y la obligación impuesta a la parte afectada por el mandato. Conforme a esa propuesta, debería darse a la parte afectada la oportunidad de presentar sus argumentos "lo antes posible", y se debía añadir un texto que disponga que "el tribunal arbitral actuará con la mayor prontitud posible en atención a las circunstancias del caso".

49. Se expresó el temor de que, aun en aquellos casos en los que no se dictara un mandato preliminar, la parte contra la que se hubiera demandado ese mandato pudiera, no obstante, tener interés en que el tribunal arbitral la escuchara, por lo que debía dejarse abierta esa posibilidad en el párrafo e) sustituyendo en el texto "la parte afectada por el mandato" por "la parte contra la que se haya demandado el mandato preliminar". Se respondió que, aun en el supuesto de que un tribunal arbitral decida no dictar un mandato preliminar demandado, la parte que se hubiera visto afectada tendría ocasión de recurrir todavía ante el tribunal arbitral en alguna etapa ulterior del procedimiento, particularmente en toda vista *inter partes* concerniente a alguna medida cautelar.

50. Tras un debate, se decidió que el apartado e) debía redactarse en los siguientes términos: "El tribunal arbitral deberá dar a la parte afectada por el mandato preliminar la oportunidad de presentar sus argumentos lo antes posible. El tribunal arbitral deberá pronunciarse con la mayor prontitud posible en atención a las circunstancias del caso". Cabría preparar, en una etapa ulterior, un comentario o nota explicativa del artículo 17 que señalara un plazo de dos días como ilustrativo de la intención de esta regla.

Notificación

51. Se planteó la cuestión de si la notificación a que se hacía referencia en las variantes A y B era la notificación que debía dar el tribunal arbitral en virtud del apartado d), o si se hacía referencia a otra notificación que habría de hacerse en otro momento y que daría el tribunal arbitral a la parte afectada por el mandato con el fin de que ésta presentara sus argumentos. Se sugirió que se aclarara más cuándo debía darse la notificación disponiendo que el tribunal arbitral diera a la parte contra la que se dictara el mandato la oportunidad de presentar sus argumentos al mismo tiempo que se hiciera la notificación mencionada en el apartado d). Se propuso añadir al principio del apartado e) los términos "Al mismo tiempo". La propuesta fue aceptada.

Apartado f)

Plazo de veinte días

52. En respuesta a una pregunta, se aclaró que debía entenderse que el plazo de veinte días a que se hacía referencia en el apartado f) empezaba a correr a partir de la fecha en que se emitiera el mandato preliminar y no a partir de la fecha en que se hubiera pedido dicho mandato preliminar. También se explicó que la finalidad del apartado f) era definir un plazo de validez para el mandato preliminar. Una vez transcurridos veinte días, el mandato preliminar expiraría automáticamente. Sin embargo, dentro de esos veinte días el mandato preliminar podía ser convertido en una medida cautelar provisional emitida *inter partes*, una vez escuchada la parte contra la que se hubiera emitido el mandato y haber decidido el tribunal arbitral

confirmar, prorrogar o modificar dicho mandato preliminar bajo la forma de una medida cautelar *inter partes*, cuya validez no estaría sujeta a un plazo de veinte días.

53. Con el fin de reforzar la obligación del tribunal arbitral de examinar con prontitud la demanda de un mandato preliminar en el plazo más breve posible, se presentó la propuesta de modificar el apartado f) del siguiente modo: "El tribunal arbitral confirmará, prorrogará, modificará o levantará el mandato preliminar, de ser posible en un plazo de cuarenta y ocho horas, después de haber sido notificada la parte contra la que se hubiera emitido el mandato preliminar y de habérsele dado la oportunidad de hacer valer sus argumentos". Se consideró que el texto propuesto no era suficientemente flexible.

Estructura del apartado f)

54. Se expresó inquietud acerca de si la referencia a la idea de una medida cautelar que figuraba en la primera oración del apartado f) del párrafo 7) podía generar confusión, ya que el párrafo 7) tenía por único objetivo el de definir el régimen aplicable al mandato preliminar. Se hizo la observación de que el plazo de veinte días señalado en el apartado f) podía resultar, en la mayoría de los casos, demasiado breve para que el tribunal arbitral emitiera una medida cautelar, por la que confirmara, prorrogara o modificara el mandato preliminar emitido.

55. A fin de evitar cualquier tipo de confusión sobre el propósito del apartado f), se propuso poner en claro que, como cuestión de principio, la validez de un mandato preliminar no deberá exceder en ningún caso de veinte días, pero que algunas de las salvaguardias otorgadas en virtud del mandato preliminar podían ser, a su vez, incorporadas a toda medida cautelar que se dictara *inter partes*. Para reflejar este principio se propuso invertir el orden de las dos oraciones del apartado f), a fin de que dijera: "Todo mandato preliminar emitido con arreglo a lo previsto en el presente párrafo expirará al término de un plazo de veinte días contado a partir de la fecha en que el tribunal arbitral lo haya emitido. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá emitir una medida cautelar confirmando, prorrogando o modificando el mandato preliminar, una vez que la parte contra la que se emitió el mandato haya sido debidamente notificada y se le haya dado la oportunidad de hacer valer sus argumentos". Se expresó apoyo en pro de esta propuesta.

56. Se advirtió al Grupo de Trabajo que no debía prestarse el texto así revisado a que se interpretara como facultando al tribunal arbitral para emitir un mandato preliminar con un plazo de validez superior a veinte días, salvo que dicho tribunal transforme ese mandato en una medida cautelar *inter partes*. Se sugirió que iniciar la segunda oración por "sin embargo" se prestaba a ser interpretado como introduciendo una excepción al principio establecido en la primera oración del texto propuesto, según el cual el mandato preliminar no podía tener un plazo de validez superior a veinte días.

57. Con el fin de reforzar la obligación del tribunal arbitral de transformar su mandato en medida *inter partes*, se propuso sustituir el verbo "podrá emitir" que figura a continuación de "el tribunal arbitral" por "deberá emitir". Se propuso también que en vez de hablar de "confirmar" o "prorrogar" el mandato preliminar, se utilizara un lenguaje que recalcara la necesidad de transformar el mandato inicial en una medida cautelar *inter partes*.

58. Tras debatir al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó la siguiente versión revisada del apartado f): "Todo mandato preliminar emitido con arreglo a lo previsto en el presente párrafo expirará al término de un plazo de veinte días contado a partir de la fecha en que el tribunal arbitral lo haya emitido. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá emitir una medida cautelar por la que se apruebe o modifique el mandato preliminar, una vez que se haya notificado el mandato a la parte afectada y se le haya dado la oportunidad de hacer valer sus argumentos".

Apartado g)

La caución como condición suspensiva

59. Se sugirió reformular el texto del apartado g) a fin de condicionar la emisión, por el tribunal arbitral, de un mandato preliminar a que el demandante del mandato deposite una caución apropiada.

60. Sin embargo, se expresó cierta inquietud de que la rigidez de dicha regla creara dificultades en la práctica. El Grupo de Trabajo recordó que ya se había examinado la cuestión del depósito de una caución por el demandante de un mandato preliminar (véanse párrafos 35 a 38 de A/CN.9/569 y 69 y 70 de A/CN.9/545) y se había acordado que, para dar las salvaguardias requeridas en el supuesto de toda medida cautelar dictada *ex parte*, el apartado g) debía indicar que el tribunal arbitral estaba obligado a considerar la conveniencia de exigir una caución, pero que la decisión de exigirla debía dejarse al arbitrio de dicho tribunal.

Momento en que procedería exigir una caución

61. El Grupo de Trabajo recordó que en su 41º período de sesiones se expresó la inquietud de que no se hubiera definido claramente el momento en el que se había de exigir caución (véase párrafo 38 de A/CN.9/569). Se sugirió que esta falta de precisión era apropiada, ya que daba al tribunal arbitral margen para actuar con flexibilidad, por ejemplo, en todo supuesto en el que el demandante requiriera algo de tiempo para depositar una caución, pero necesitara urgentemente el amparo del mandato preliminar.

"*caución apropiada*"

62. Se afirmó que la utilización, en la versión inglesa, de los términos "appropriate security" e "inappropiate" en el apartado g) inducía a confusión. En respuesta, se propuso que se eliminara el término "appropriate" o se sustituyera por el término "adequate" (traducible por: "suficiente").

"s*alvo que el tribunal arbitral estime que es innecesario o que no procede exigirla*"

63. Se propuso que la frase final "salvo que el tribunal arbitral estime que es innecesario o que no procede exigirla" podía ser eliminado totalmente, ya que permitía expresamente que un tribunal arbitral decidiera no exigir una caución. Sin embargo, esta propuesta fue criticada ya que, en algunas circunstancias excepcionales, podía no ser apropiado exigir una caución, por ejemplo, si un demandante había sido privado de bienes, que le hubieran permitido depositar una caución, por algún acto del demandado.

64. El Grupo de Trabajo acordó mantener el texto del apartado g) suprimiendo el adjetivo "apropiada" referente a la caución.

Apartado h)

Remisiones a los apartados c) y e)

65. Se propuso, y el Grupo de Trabajo aceptó, que se suprimieran las remisiones a los apartados c) y e) puesto que ya no eran necesarias.

Interrelación entre el apartado h) y el párrafo 5) del artículo 17

66. Se preguntó si la obligación enunciada en el apartado h) no resultaba redundante a la luz de la obligación de divulgar todo cambio enunciada en el párrafo 5) del proyecto de artículo 17. Se respondió que la obligación enunciada en el apartado h) difería de la enunciada en el párrafo 5) del proyecto de artículo 17, por exigirse en este último que se dé a conocer todo cambio importante de las circunstancias que motivaron la demanda, mientras que el apartado h) exigía que se diera a conocer todo hecho que pudiera ser pertinente, incluso aquellos que no sirvieran de fundamento para la demanda del mandato preliminar. Se explicó que el motivo de que se exigiera esta divulgación completa era que, por tratarse de un mandato preliminar, el tribunal arbitral no tendría la oportunidad de escuchar a ambas partes y, por consiguiente, debía imponerse al demandante la carga adicional de dar a conocer hechos que podrían no servir de soporte a sus argumentos, pero que podrían influir en la decisión del tribunal arbitral.

"*la parte que vaya a verse afectada por el mandato*"

67. Se propuso sustituir en la versión inglesa el texto "la parte contra la que va dirigido el mandato" (en la versión española actual: "la parte que vaya a ser afectada por el mandato") por "la parte contra la que se haya demandado el mandato preliminar" para aclarar que la obligación de informar que corresponde al demandante existía desde el momento en que se presentaba la demanda de un mandato preliminar, y no únicamente desde el momento en que el tribunal arbitral se pronunciara al respecto. Dicha propuesta fue aceptada.

Nota relativa al apartado h)

68. Se observó que la nota relativa al apartado h) se había incluido para tener en cuenta el hecho de que el derecho interno de muchos países no admitía que se obligara a una parte a presentar información contraria a sus intereses, por ser ello contrario a los principios generales de su derecho procesal (A/CN.9/569 párr. 68). El Grupo de Trabajo acordó que se eliminara la nota debido a que era innecesaria y a que la mención de unas "condiciones menos onerosas" era poco afortunada cuando se aplicaba a una obligación de informar.

Documentación explicatoria

69. Al término de las deliberaciones sostenidas en relación con el párrafo 7) del proyecto de artículo 17 se intercambiaron opiniones acerca de la posibilidad de elaborar material explicativo sobre las nuevas disposiciones que preparaba el Grupo de Trabajo para añadir a la Ley Modelo y, en caso afirmativo, qué forma podría

adoptar ese material. Por el momento, el Grupo de Trabajo solamente convino en que era necesario dar explicaciones para facilitar la incorporación al derecho interno y utilización de esas nuevas disposiciones. Habida cuenta de que éstas formarían parte de la Ley Modelo, que venía acompañada de una "Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI", incluida en la publicación de las Naciones Unidas que contenía el texto de la Ley Modelo (Núm. de venta S.95.V.18), se convino en que las explicaciones relativas a las nuevas disposiciones modelo podían figurar en una versión revisada de esa nota explicativa.

IV. Proyecto de disposición sobre el reconocimiento y la fuerza ejecutoria de las medidas cautelares (para su inserción como nuevo artículo de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, renumerado provisionalmente artículo 17 bis)

70. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 17 bis, que figura en el párrafo 46 del documento A/CN.9/WG.II/WP.131.

Párrafo 1

71. El Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 1) sin cambios.

Apartado a) del párrafo 2) - Encabezamiento

72. Se propuso que se modificara el apartado a) del párrafo 2) con objeto de facultar tanto a la parte afectada por la medida como a todo tercero interesado para solicitar al foro judicial que denegara el reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar. Con ese fin se propuso que se añadiera la expresión "o en nombre" después de la frase "al actuar a instancia". A fin de aliviar la inquietud suscitada por la posibilidad de que se interpretara la expresión "en nombre de" como referida únicamente a los representantes de las partes y no a terceros, por lo que dicha expresión no serviría para amparar plenamente los derechos de terceros, se propuso también insertar el siguiente texto en el párrafo 2): "Nada de lo dispuesto en la presente disposición menoscabará el derecho de cualquier tercero interesado a invocar toda excepción de la que disponga con arreglo a la ley del foro". Contra dicha propuesta, se adujo que los artículos 17 y 17 bis sólo eran aplicables a las partes en el arbitraje, no a los terceros, y que esa modificación haría innecesariamente compleja la disposición. Sin embargo, habida cuenta de que en la práctica podían verse involucrados terceros en la ejecución de una medida cautelar (por ejemplo, el depositario de los bienes de la parte afectada por la medida), se decidió volver a examinar la cuestión en el contexto del proyecto de artículo 17 ter.

Carga de la prueba

73. Se expresó la preocupación de que en el apartado a) del párrafo 2) no quedaba claro sobre quién recaía la carga de la prueba en el caso de que fuese necesario convencer al tribunal arbitral de que existía una cuestión de fondo suscitada por algún motivo de denegación o de que dicha denegación estaba justificada. Se señaló que el criterio que se seguía para abordar la cuestión de la carga de la prueba era

diferente del adoptado en el apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo. Se señaló también que, si el Grupo de Trabajo decidía no modificar el apartado a) del párrafo 2) para que fuera compatible con aquél, sería necesario dar las explicaciones del caso para evitar confusiones o distintas interpretaciones en lo que respecta a asignar la carga de la prueba. A eso se respondió que en la formulación del encabezamiento y en el apartado a) del párrafo 2) se había tenido en cuenta una decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones anteriores en el sentido de que no se previera disposición alguna en lo tocante a la asignación de la carga de la prueba y de que ese asunto se dejara al arbitrio de la ley aplicable (A/CN.9/524, párrs. 35, 36, 42, 58 y 60).

Incisos i) y ii) del apartado a)

"[Existe una cuestión de fondo suscitada por alguno de los motivos de denegación] [Dicha denegación está justificada por alguno de los motivos]"

74. Se recordó que el primer texto que figuraba entre corchetes se había incluido para tener en cuenta la opinión de que resultaría difícil valorar de forma concluyente, en la etapa preliminar en que se fuera a dictar una medida cautelar, los motivos a los que se hace referencia en el inciso i) del apartado a). Se indicó que el primer texto, daba más flexibilidad, habida cuenta de que la decisión del foro judicial relativa a la ejecución de la medida cautelar tal vez habría de reconsiderarse en la etapa final del procedimiento. En cambio, el segundo texto entre corchetes elevaba, sin duda, el umbral de los motivos requeridos para justificar la denegación y aclaraba más que el reconocimiento y la ejecución debían ser la regla y no la excepción. Sobre esa base, el Grupo de Trabajo convino en que se mantuviera la formulación del segundo texto y en que se combinaran los incisos i) y ii) de la siguiente manera: "Tal denegación está justificada por algún motivo enunciado en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36; o".

Inciso iii) del apartado a)

75. Se propuso que se suprimiera el inciso iii) sobre la base de una decisión anterior del Grupo de Trabajo en el sentido de que la caución mencionada en el párrafo 4) del proyecto de artículo 17 no sería, en todos los supuestos, un requisito previo para que se otorgara una medida cautelar y de que en el párrafo 5) del proyecto de artículo 17 bis ya se facultaba al foro judicial para ordenar al demandante de la medida cautelar que prestara una caución adecuada. No obstante, se consideró, en términos generales, que cabía retener esa disposición porque constituía una salvaguardia importante para la parte contra la que se dictara la medida. Se observó también que el inciso iii) era necesario porque el párrafo 5) del proyecto de artículo 17 bis únicamente se aplicaba si el tribunal arbitral no había exigido caución, en tanto que el inciso iii) abordaba el supuesto de que el tribunal arbitral ya se hubiera pronunciado al respecto, pero no se hubiese cumplido su decisión.

76. Se indicó que en el inciso iii) únicamente preveía el supuesto de que se hubiera incumplido una orden de prestar una caución adecuada, sin tener en cuenta el hecho de que el tribunal arbitral podía no exigir caución alguna, o de que podía exigir una caución, cuyo depósito se hubiera aplazado. A fin de abarcar mejor esas situaciones, se propuso enmendar el inciso iii) reemplazando la frase "No se ha

cumplido el requisito" por la frase "No se ha cumplido ninguno de los requisitos", o reemplazando la frase "el requisito de prestar la caución" por la frase "la orden del tribunal arbitral relativa al depósito de la caución". Se sugirió que en lugar de utilizar el término "orden" se utilizara el término "decisión" con objeto de admitir la posibilidad de que la caución se exigiera por medio de un laudo. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó el fondo de esas propuestas y pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada.

Inciso iv) del apartado a)

77. Se propuso que se suprimiera el inciso iv) por considerarse innecesario abordar la cuestión de la suspensión o revocación de una medida cautelar por un tribunal arbitral, habida cuenta de que no se podía invocar motivo alguno para el reconocimiento o la ejecución de una medida de esa índole. Se indicó también que no era necesario contar con una disposición especial relativa a la suspensión o revocación de una medida cautelar por parte de un foro judicial, ya que en muchos ordenamientos jurídicos esa suspensión o revocación no estaba permitida. No se apoyó la supresión propuesta.

[o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó] [se tramite el procedimiento de arbitraje]

78. El Grupo de Trabajo examinó los textos que figuraban entre corchetes en el inciso iv). Se observó que el primero de ellos estaba redactado en términos análogos a los del inciso v) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 de la ley Modelo y el artículo V de la Convención de Nueva York, y que dicho texto había sido objeto de interpretaciones divergentes en diversos foros judiciales, en particular en lo que respecta a si el término "derecho" se refería al derecho procesal o al derecho sustantivo del Estado del foro. No obstante, se consideró preferible mantener cierta coherencia de lenguaje.

79. Para que el inciso iv) fuese compatible con la disposición análoga de la Ley Modelo mencionada en el párrafo anterior, se propuso la opción de conservar los dos textos que figuraban entre paréntesis, pero invirtiendo el orden. Tras un debate, el Grupo de Trabajo aceptó esa propuesta.

Anular

80. En consonancia con el lenguaje del artículo 36, se propuso que después del término "suspendida" se añadiera el término "anulada", ya que en algunos ordenamientos jurídicos el término "anulación" tenía un significado diferente del de "revocación". Se respondió recordando que el propósito del proyecto de artículo 17 bis era sentar las reglas para el reconocimiento y la ejecución de las medidas cautelares, no reproducir con exactitud lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Modelo. Con miras a evitar hacer referencia a la "anulación", se propuso que se suprimieran las frases "o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un foro judicial del Estado en donde [o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó] [se tramite el procedimiento de arbitraje]". El Grupo de Trabajo tomó nota de esas dos propuestas.

Nueva disposición

81. Se propuso añadir una disposición para abordar expresamente el supuesto de que la ley del país en que se efectuara el arbitraje o la ley en virtud de la cual se hubiera dictado la medida cautelar no permitiera que un tribunal arbitral dictara medidas de esa índole, o en que las partes hubiesen excluido la competencia del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares. Al respecto se propuso el siguiente texto: "El tribunal arbitral carece de competencia para dictar la medida cautelar". Se indicó, sin embargo que ese supuesto ya estaba previsto en el inciso i) del proyecto de artículo 17 2) a), cuyo texto hacía remisión al inciso iii) del párrafo 1) del artículo 36. El Grupo de Trabajo no aprobó esa propuesta.

Inciso i) del apartado b)

82. Se sugirió que se suprimiera la frase "que la ley le confiere", ya que se podía interpretar erróneamente en el sentido de que un foro judicial podía actuar con arreglo a otra ley que no fuera la ley del foro. El Grupo de Trabajo aceptó esa propuesta.

Inciso ii) del apartado b)

83. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido del inciso ii) del apartado b).

Párrafo 3)

84. Se propuso añadir la siguiente oración al párrafo 3): "De invocarse alguna de las excepciones previstas en el párrafo 2) para oponerse a la ejecución de una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral, nada impedirá que el foro judicial ante el cual se haya demandado la ejecución o todo otro foro judicial competente dicte, con arreglo a las facultades que la ley del foro le confiera, medidas esencialmente idénticas a las dictadas por el tribunal arbitral". Se señaló que se había de añadir ese texto, o su parecido, para no anular la posibilidad de que, en virtud de la ley que le sea aplicable, un foro judicial pueda dictar una medida cautelar similar, que sirva para ejecutar la medida dictada por el tribunal arbitral, y evitar así que su actuación tropiece con las condiciones más restrictivas resultantes de la segunda oración del párrafo 3). Se propuso como posible variante que, a fin de impedir que una parte demande ante un foro judicial una medida cautelar que no consiga obtener del tribunal arbitral, al final del párrafo 3) se añadiera el siguiente texto: "Nada impedirá que el foro judicial otorgue, con arreglo a la ley del foro, medidas esencialmente idénticas a las dictadas por el tribunal arbitral". Como variante a esas dos propuestas, se sugirió colocar el texto propuesto en algún comentario que se hiciera del proyecto de artículo 17 bis. El Grupo de Trabajo tomó nota de la propuesta y decidió seguirla examinando en el contexto del proyecto de artículo 17 ter.

Párrafo 4)

85. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 4), sin cambio alguno.

Párrafo 5)

86. A fin de dejar en claro la intención de que el foro judicial podrá exigir del demandante que preste una caución si el foro es de la opinión de que la caución es

oportuna y el tribunal arbitral no la haya exigido ya o cuando esa caución sea necesaria para amparar los derechos de terceros, se sugirió que se volviera a redactar el párrafo 5) en la forma siguiente: "El foro judicial del Estado ante el que sea demandado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir del demandante que preste una caución adecuada, cuando el tribunal arbitral no haya exigido ya dicha caución o cuando esa caución sea necesaria para proteger los derechos de terceros". Se sugirió también que la expresión "haya exigido" se modificara para que dijese "haya exigido expresamente", a fin de indicar al tribunal que deberá considerar expresamente la conveniencia de exigir una caución, aún si decide finalmente no exigirla. Se propuso que la referencia hecha en el texto inglés a "order", que aparece dos veces en el párrafo 5), se sustituyera por el verbo "*require*" o por el sustantivo "*decision*", a fin de no limitar el efecto de la disposición a las providencias procesales. Se pidió a la Secretaría que tuviera esas propuestas en cuenta al preparar un proyecto revisado del párrafo 5).

Párrafo 6

El Mandato preliminar y su fuerza ejecutoria

87. Conforme a su decisión anterior de que un mandato preliminar no sería ejecutable por vía judicial, el Grupo de Trabajo convino en suprimir el párrafo 6). El Grupo de Trabajo pasó luego a examinar la cuestión de si el proyecto de artículo 17 bis debería disponer expresamente que sus disposiciones no se aplicaban a los mandatos preliminares. Se expresó el reparo de que la inclusión de una declaración explícita de que los mandatos preliminares no eran ejecutables podría tener un efecto negativo en esos mandatos (en el sentido de que podría poner en duda su carácter vinculante) y, por esa razón, tal vez fuese preferible indicar simplemente que el artículo 17 bis sólo se aplicaba a las medidas cautelares *inter partes*.

88. Se señaló que una declaración explícita de esa índole era innecesaria en vista de que en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 2) del artículo 17 bis autorizaba ya la denegación de la ejecución basándose en las razones expuestas en el inciso ii) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 36, que se refería a la situación en que la parte contra la cual se invoca la medida, entre otras cosas, "no ha podido hacer valer sus derechos". A ese respecto, se respondió que el hecho de que un mandato preliminar no fuese ejecutable se debería hacer constar explícitamente y no dejar su interpretación a merced de una aplicación críptica del proyecto de disposiciones. Además, se hizo notar que tanto el artículo 36 como el proyecto de artículo 17 bis preveían la discreción de denegar la ejecución y que, por consiguiente, seguiría siendo posible que el foro judicial dispusiera la ejecución de un mandato preliminar.

89. Se señaló que ese riesgo era aun mayor si se tenía en cuenta la nota de pie de página relativa al párrafo 1) del artículo 17 bis, que permitía a un Estado prever menos supuestos en los que pudiera denegarse la ejecución. Por esa razón, hubo acuerdo general en que sería preferible disponer expresamente que un mandato preliminar no podría ser objeto de ejecución a fin de que el asunto quede fuera de toda duda. Se decidió que la Secretaría preparase un proyecto de párrafo, para su inclusión en el artículo 17 bis, en el que se enunciara el principio de que las medidas cautelares dictadas *ex parte* no eran ejecutorias por vía judicial, pero procurando encontrar una fórmula que no menoscabe la índole vinculante del mandato preliminar.

V. Proyecto de disposición sobre la facultad del foro judicial para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje (para su inserción como nuevo artículo de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, numerado provisionalmente como artículo 17 ter)

90. El Grupo de Trabajo procedió a examinar dos variantes de texto (según figuran en A/CN.9/WG.II/WP.125, párr. 42) relativas a la facultad del foro judicial para dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje.

Variantes 1 y 2

91. Se expresó la opinión de que la variante 1 facultaba al foro judicial en términos que le dotaban de una mayor flexibilidad para dictar medidas cautelares al permitirle remitirse a sus propias normas y procedimientos, en tanto que la variante 2 exigía que esa competencia se ejerciera "de conformidad con los requisitos enunciados en el artículo 17". Por esa razón, se prefirió la variante 1.

Relación entre los artículos 17 bis y 17 ter

92. Se formuló la propuesta de que el comienzo de la variante 1 se redactase de nuevo de modo que dijera "Salvo lo previsto en el artículo 17 bis, el foro judicial tendrá", a fin de aclarar que el foro judicial no deberá admitir una demanda de que otorgue una medida cautelar cuando la medida solicitada haya sido ya denegada por un tribunal de arbitraje. Se dijo, no obstante, que no cabía impedir que el foro judicial competente entrara a examinar, a instancia de la parte interesada, los fundamentos del caso, aun cuando dicho foro se hubiera pronunciado ya con arreglo a lo previsto en el proyecto de artículo 17 bis.

Relación entre el proyecto de artículo 17 ter y el artículo 9 de la Ley Modelo

93. En cuanto a la relación existente entre lo dispuesto en el artículo 9 y en el artículo 17 ter, se observó que el alcance de uno y otro artículo era distinto, ya que el artículo 9 se ocupaba del derecho de un tercero interesado a demandar una medida cautelar ante el foro judicial, mientras que el artículo 17 ter facultaba expresamente al foro judicial competente para otorgar medidas cautelares en apoyo de un procedimiento arbitral.

Terceros

94. Se sugirió también que al final de la segunda oración de la variante 1 se insertara un texto del siguiente tenor: "en el entendimiento de que las restricciones enunciadas en el artículo 17 bis no son aplicables a las objeciones oponibles por terceros frente a las medidas cautelares". Si bien el Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que se analizara más a fondo todo lo referente al amparo de terceros, dicha sugerencia no obtuvo apoyo. En todo caso, se estimó en general que sería preferible abordar la cuestión del amparo de terceros en el marco del proyecto de artículo 17 bis en vez de en el marco del artículo 17 ter (véase párrafo 72 *supra*).

95. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en adoptar la variante 1 del artículo 17 ter, tal como figuraba en el documento A/CN.9/WGII/WP.125, párrafo 42.

VI. Posible inclusión de la Convención de Nueva York en la lista de instrumentos internacionales a los que sería aplicable el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

96. El Grupo de Trabajo recordó sus deliberaciones anteriores acerca del proyecto de convención que actualmente prepara el Grupo de Trabajo IV, así como acerca de su relación con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y de su finalidad de instituir un régimen uniforme que regule la utilización de las comunicaciones electrónicas en la formación y el cumplimiento de los contratos internacionales (A/CN.9/569, párr. 73). Hubo apoyo general a favor de que se insertara en el proyecto de convención una referencia a la Convención de Nueva York, que sirviera para aclarar el requisito de la forma escrita, enunciado en el párrafo 2 del artículo II de dicha Convención, y otros requisitos prescritos para las comunicaciones escritas en el texto de la Convención de Nueva York. Se reiteraron diversas opiniones, inquietudes y preguntas formuladas en el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/569, párrs. 75, 76 y 78). Se insistió en que la inserción en el texto del proyecto de convención de esa referencia a la Convención de Nueva York, no debería restar valor a ninguna deliberación ulterior que se hiciera en el Grupo de Trabajo acerca de las cuestiones suscitadas por la interpretación del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York.

97. Respecto de la formulación exacta de las disposiciones del proyecto de convención concernientes a la interpretación de la Convención de Nueva York, se reiteraron también las propuestas ya formuladas en el anterior período de sesiones (A/CN.9/569, párr. 77). Se sugirió, en particular, que se aclarara si la noción de "contrato" utilizada en el proyecto de convención era aplicable a un acuerdo de arbitraje. Se expresó también el parecer de que tal vez debiera aclararse cómo habría de aplicarse el criterio de la equivalencia funcional, enunciado en el proyecto de convención, a las nociones de "original debidamente autenticado de la sentencia" o "copia de ese original" que se enuncian en el apartado a) del párrafo 1) del artículo IV de la Convención de Nueva York. Se alentó a las delegaciones a que entablaran consultas y presentaran sus observaciones a la Secretaría para la preparación de las deliberaciones de la Comisión, en su 38º período de sesiones (que se celebrará en Viena del 4 al 15 de julio de 2005), durante el cual se finalizará el texto del proyecto de convención.

VII. Otros asuntos

98. Respecto del curso futuro de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo recordó que, además de las cuestiones señaladas en el actual período de sesiones respecto del proyecto de artículo 17 bis (véanse párrafos 70 a 89, *supra*), se habrían de considerar las propuestas formuladas en su anterior período de sesiones respecto de los párrafos 1 a 6 bis del proyecto de artículo 17 (véase A/CN.9/569, párr. 22). Se

recordó además que seguían sin resolverse algunas de las cuestiones suscitadas respecto del proyecto de artículo 17 bis en la nota de la Secretaría, y en particular en el párrafo 51 del documento A/CN.9/WG.II/WP.131. Con miras a finalizar su examen de los proyectos de artículo 17, 17 bis y 17 ter, así como su labor sobre el proyecto de artículo 7 de la Ley Modelo y sobre la interpretación del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York, el Grupo de Trabajo convino en que se solicitara a la Comisión que le asignara tiempo para celebrar dos períodos adicionales de sesiones antes del 39º período de sesiones de la Comisión (2006), en el que estaba previsto que la Comisión examinara y aprobara el texto de esos proyectos de disposición. Se observó que, a reserva de su aprobación por la Comisión, se tenía previsto celebrar el 43º período de sesiones del Grupo de Trabajo en Viena, del 3 al 7 de octubre de 2005.

99. En cuanto a la relación entre el texto actual de la Ley Modelo y el texto de los proyectos de artículo revisados, se pidió a la Secretaría que examinara la cuestión de la forma en la que cabría presentar las disposiciones actuales y las revisadas, con sus posibles variantes, para ser examinadas por el Grupo de Trabajo en un futuro período de sesiones.

100. El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia de que, al planificar su futura labor, se diera prioridad al examen de las cuestiones concernientes a la arbitrabilidad de las controversias en el seno de una misma empresa y a otras cuestiones de arbitrabilidad, por ejemplo, la arbitrabilidad de cuestiones concernientes a los bienes inmuebles, a la insolvencia, o a la competencia desleal. Se sugirió además que tal vez procediera examinar las cuestiones suscitadas por la solución en línea de controversias y la necesidad eventual de que se revise el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Se invitó a la Secretaría a que considerara si alguna de esas cuestiones podía servir de base para que se presentaran propuestas concretas al examen del Grupo de Trabajo en un ulterior período de sesiones.

E. Nota de la Secretaría sobre la solución de controversias comerciales: medidas cautelares, presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 42º período de sesiones

(A/CN.9/WG.II/WP.134) [original: inglés]

1. En su 41º período de sesiones (Viena, 13 a 17 de septiembre de 2004), el Grupo de Trabajo examinó el texto del párrafo 7) del proyecto de artículo 17, basándose en el proyecto preparado por la Secretaría, que figuraba en el documento A/CN.9/WG.II/WP.131, y en una propuesta de una delegación, que se recogía en el informe del Grupo de Trabajo sobre su 41º período de sesiones (A/CN.9/569, párr. 22). Se tomó nota de que la Comisión, en su 37º período de sesiones (Nueva York, 14 a 25 de junio de 2004), había reiterado que la cuestión de las medidas cautelares *ex parte* (a instancia de 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. Con todo, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo no había dedicado mucho tiempo al examen de esa cuestión en sus últimos períodos de sesiones y expresó la esperanza de que el Grupo de Trabajo pudiera llegar a un consenso sobre el tema en su siguiente período de sesiones (A/59/17, párr. 58).

2. El Grupo de Trabajo recordó que en deliberaciones anteriores se había deliberado sobre la inclusión de las medidas cautelares *ex parte* en la Ley Modelo (véanse A/CN.9/468, párr. 70; A/CN.9/485, párrs. 89 a 94; A/CN.9/487, párrs. 69 a 76; A/CN.9/508, párrs. 77 a 79; A/CN.9/523, párrs. 15 a 76; A/CN.9/545, párrs. 49 a 92; A/CN.9/547, párrs. 109 a 116; y A/CN.9/569, párrs. 12 a 72).

3. Para facilitar la reanudación de los debates al respecto, en la presente nota se recoge un nuevo texto revisado del párrafo 7) del proyecto de artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional ("el proyecto revisado"), que se ha preparado teniendo en cuenta las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo en su 41º período de sesiones.

Texto revisado del párrafo 7) del 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

"7) a) [Salvo acuerdo en contrario de las partes,][Si las partes lo acuerdan expresamente,] una parte podrá presentar su demanda de medida cautelar sin notificar a la otra parte, junto con una solicitud de mandato preliminar por el que se ordene a la otra parte que se abstenga de adoptar medidas que puedan hacer fracasar el objetivo de la medida cautelar solicitada.

b) Las disposiciones de los párrafos 3), 5), 6) y 6 bis) del presente artículo serán aplicables a todo mandato preliminar que el tribunal arbitral pueda emitir con arreglo al presente párrafo.

c) El tribunal arbitral sólo podrá emitir un mandato preliminar cuando considere que existen motivos justificados para temer que la medida cautelar

demandada no podrá surtir el efecto deseado antes de que se haya escuchado a todas las partes interesadas.

d) Inmediatamente después de que el tribunal arbitral se haya pronunciado sobre la procedencia del mandato solicitado, se notificará a la parte que vaya a verse afectada por tal mandato la demanda de la medida cautelar, la solicitud del mandato preliminar, el mandato prelimitar en sí, en caso de ser éste otorgado, así como toda otra comunicación intercambiada al respecto entre alguna de las partes y el tribunal arbitral [, a no ser que el tribunal arbitral determine que tal notificación debe postergarse hasta que el foro judicial decida si da o no fuerza ejecutoria al mandato preliminar, o hasta que dicho mandato expire, de suceder esto antes].

e) El tribunal arbitral deberá dar a la parte afectada por el mandato preliminar la oportunidad de presentar sus argumentos

Variante A: en un plazo que no exceda de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que se le haya dado la notificación o en un plazo más largo, en el supuesto de que dicha parte lo solicite [en función de las circunstancias del caso].

Variante B: en el plazo más breve posible tras haberse cursado la notificación [en función de las circunstancias del caso].

f) El tribunal arbitral podrá dictar una medida cautelar por la que confirme, prorrogue o modifique el mandato preliminar, o lo deje sin efecto, una vez que se haya notificado al respecto a la parte afectada por el mandato preliminar que ésta haya tenido la oportunidad de hacer valer sus argumentos. Cualquiera que sea el caso, todo mandato preliminar que dicte el tribunal arbitral con arreglo al presente párrafo expirará a los veinte días de la fecha de su emisión.

g) El tribunal arbitral exigirá una caución apropiada a todo demandante de un mandato preliminar, salvo que el tribunal arbitral estime que es innecesario o que no procede exigirla.

h) En tanto que la parte que vaya a verse afectada por el mandato no haya podido exponer sus argumentos ante el tribunal arbitral con arreglo al apartado e) del párrafo 7), el demandante estará en todo momento obligado a comunicar al tribunal arbitral toda nueva circunstancia que éste pueda considerar pertinente a la hora de decidir si otorgará o no un mandato preliminar con arreglo al apartado c) del párrafo 7)*."

Opciones

4. En su 41º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que tal vez sería preciso estudiar diversas opciones antes de dar por concluida la elaboración de un conjunto de disposiciones legales modelo encaminadas a regular un

* Habida cuenta de que las condiciones enunciadas en el presente apartado tienen por fin establecer un máximo de requisitos, el hecho de que un Estado previera condiciones menos onerosas no iría en contra del objeto de armonización que trata de promover la Ley Modelo.

reconocimiento limitado de las medidas cautelares *ex parte*. Se recuerda en particular que ya se habían examinado, respecto del párrafo 7), posibles opciones (véase A/CN.9/569, párrs. 18 a 21 y párr. 70), a saber:

- acuerdo entre las partes por el que se adhieran al régimen de las medidas cautelares *ex parte* o se desvinculen de él o lo excluyan:
    - Si el Grupo de Trabajo opta por una disposición en que se enuncie el criterio de adhesión, deberán mantenerse en el texto las palabras "[Si las partes lo acuerdan expresamente,]". Además, a fin de preservar la autonomía de las partes para celebrar acuerdos cuyas disposiciones legales rijan de otro modo las medidas cautelares *ex parte*, cabría agregar a la opción enunciada en el apartado b) palabras del siguiente tenor: "A reserva de lo dispuesto en los párrafos 3), 5), 6) y 6 bis) del presente artículo, las partes tendrán libertad para convenir en un procedimiento por el que faculten al tribunal arbitral para otorgar un mandato preliminar. En ausencia de tal acuerdo, se aplicará lo dispuesto en el párrafo 7) del presente artículo.".
    - Si el Grupo de Trabajo opta por una disposición basada en el criterio de la desvinculación o exclusión, deberán mantenerse en el texto las palabras "[Salvo acuerdo en contrario de las partes,]".
- adhesión o desvinculación según lo determine el Estado promulgante:
    - Cabría enunciar un criterio de adhesión insertando el párrafo 7) como nota de pie de página del texto revisado del artículo 17, nota cuya frase introductoria (basada en el artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional) dijera:

      "Los Estados que deseen adoptar una disposición relativa a los mandatos preliminares podrían incorporar en su respectiva ley el siguiente texto:"
    - Cabría enunciar un criterio de desvinculación o exclusión manteniendo como tal el párrafo 7) en el texto principal de la versión revisada del artículo 17, aunque agregándole una nota de pie de página (basada en el criterio seguido en el párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo que dijera:

      "El párrafo 7 tiene por fin definir el procedimiento aplicable a los mandatos preliminares. El hecho de que un Estado decidiera no incluir el presente párrafo en su legislación no iría en contra del objetivo de armonización que trata de promover la Ley Modelo.".

5. Si el Grupo de Trabajo opta por la solución de dejar en manos de los legisladores de cada país la adopción del régimen de adhesión o del de desvinculación, tal vez convenga explicar si, en ausencia de disposiciones concretas que regulen las medidas cautelares *ex parte*, deberá entenderse que el texto permite a los tribunales arbitrales dictar tales medidas o que no los autoriza a ello.

Apartado a)

6. En el texto del proyecto revisado se ha tenido en cuenta la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 41º período de sesiones de que se diferenciaran las

funciones de las medidas cautelares de las de los mandatos preliminares y de que se circunscribiera aún más la finalidad de un mandato preliminar (A/CN.9/569, párrs. 30 y 31).

Apartado b)

Remisión a los párrafos 3), 5), 6) y 6 bis)

7. En el texto del proyecto revisado se ha aplicado la decisión del Grupo de Trabajo de mantener en el apartado b) la remisión a los párrafos 3), 5), 6) y 6 bis) (A/CN.9/569, párr. 34).

Apartado c)

8. El texto del proyecto revisado del apartado c) se ajusta a las decisiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/569, párrs. 39 a 43) conforme a las cuales se debía:

- formular esa disposición en sentido afirmativo, en vez de negativo;
- destacar el carácter excepcional del mandato preliminar y redactar el texto del apartado c) de modo que complemente el texto del apartado a), en vez de reiterar lo ya enunciado. Mientras que el apartado a) regula el procedimiento que deberá seguirse para solicitar un mandato preliminar, en el apartado c) se aborda la cuestión ocupándose de las facultades del tribunal arbitral, al que se da orientación sobre las consideraciones que deberá tener en cuenta al dictar dicho mandato;
- redactar el texto del proyecto de disposición de modo que no pudiera impedirse que la medida demandada surtiera el efecto deseado y que dicha medida sólo se dictara cuando fuera procedente hacerlo.

Apartado d)

Notificación

9. Conforme al criterio seguido en otros artículos de la Ley Modelo (por ejemplo, en el párrafo 2) del artículo 24), en el proyecto revisado de apartado d) se especifica a quién corresponderá dar la notificación (A/CN.9/569, párr. 44). Además, según lo convenido por el Grupo de Trabajo, se han agregado al apartado d) las palabras “la demanda de la medida cautelar,” a fin de que no quepa duda de que el apartado d) exige que se notifique toda solicitud de un mandato preliminar (A/CN.9/569, párr. 45).

Aplazamiento de la notificación y ejecutabilidad judicial

10. Se recuerda que en el Grupo de Trabajo no se había llegado a un consenso sobre si, en el marco del proyecto revisado de artículo 17, debía regularse o no la cuestión de la ejecutabilidad judicial de todo mandato preliminar. Se decidió mantener entre corchetes la parte final del apartado d) con objeto de reexaminarlo en un ulterior período de sesiones (A/CN.9/569, párr. 51).

Apartado e)

11. Conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo y a fin de dejar claro que el tribunal arbitral estará obligado a dar al demandado la oportunidad de exponer sus argumentos, la primera frase de este apartado se ha redactado con el verbo en voz activa (A/CN.9/569, párr. 53).

12. El Grupo de Trabajo puntualizó que, independientemente del modo en que se exprese la obligación de dar a la parte afectada por el mandato preliminar la oportunidad de exponer sus argumentos, convendría evitar que se interpretara erróneamente que se imponía a tal parte la obligación de reaccionar en un plazo de cuarenta y ocho horas (A/CN.9/569, párrs. 54 y 55). Las variantes A y B propuestas en el proyecto revisado de párrafo 7) son fruto de las deliberaciones que tuvieron lugar en el Grupo de Trabajo sobre si convenía o no fijar un plazo para que la parte afectada presentara sus argumentos.

13. En la variante A se concede a la parte demandada un plazo de cuarenta y ocho horas para exponer sus argumentos. Algunas delegaciones estimaron que ese límite temporal constituía una salvaguardia fundamental. La finalidad de esta variante es prever expresamente la posibilidad de que la parte demandada disponga de un plazo más largo para exponer sus argumentos y permitirle expresamente solicitar tal prórroga, en vez de dejar que la cuestión quede totalmente a la discreción del tribunal arbitral y que éste decida en función de las circunstancias del caso (A/CN.9/569, párr. 59).

14. En la variante B no se prevé plazo alguno ni la posibilidad de que la parte demandada solicite una prórroga del plazo para la presentación de sus argumentos.

15. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de combinar las variantes A y B de modo que el texto diga: “en el plazo más breve posible, pero que no exceda de las cuarenta y ocho horas, contadas a partir del momento de la notificación, o en un plazo más largo, si dicha parte solicita tal prórroga [en función de las circunstancias del caso].”.

Apartado f)

16. Según lo convenido por el Grupo de Trabajo, en el nuevo proyecto de párrafo 7) se plantea la posibilidad de que un tribunal arbitral pueda modificar todo mandato preliminar previamente emitido (A/CN.9/569, párr. 62).

17. En el proyecto revisado se plasma la decisión del Grupo de Trabajo de que el apartado f) disponga inequívocamente que un mandato preliminar tendrá una vigencia máxima de veinte días y se refuerza el principio de que un tribunal arbitral no podrá prorrogar más allá del límite de veinte días la fase del procedimiento en la que actúe a instancia de parte. Con ese fin se ha insertado en el apartado f) el siguiente texto: “Cualquiera que sea el caso, todo mandato preliminar que dicte el tribunal arbitral con arreglo al presente párrafo expirará a los veinte días de la fecha de su emisión” (A/CN.9/569, párrs. 63 y 64).

Apartado g)

18. El proyecto revisado de apartado g) se atiene a la decisión del Grupo de Trabajo de dar más margen de maniobra al tribunal arbitral a la hora de decidir si el demandante debe prestar caución. Al final del apartado g) se ha agregado lo

siguiente: “, salvo que el tribunal arbitral estime que es innecesario o que no procede exigirla” (A/CN.9/569, párr. 65).

Apartado h)

19. Conforme a lo decidido por el Grupo de Trabajo, se ha agregado al texto del apartado h) una nota de pie de página basada en el párrafo 2) del artículo 35 de la Ley Modelo, en que se ha tenido en cuenta el hecho de que en los ordenamientos jurídicos de muchos Estados no se impone a ninguna parte la obligación de presentar argumentos que le sean desfavorables y que tal obligación incluso contraviene a los principios generales de derecho procesal. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar esa propuesta (A/CN.9/569, párr. 68), teniendo presente que habrá de decidir si la totalidad del párrafo 7) figurará como disposición que los legisladores de cada país podrán hacer suya (adhesión) o de la que podrán desvincularse (exclusión) (véase el párrafo 4 *supra*).

IV. DERECHO DEL TRANSPORTE

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte acerca de la labor de su 14º período de sesiones (Viena, 29 de noviembre a 10 de diciembre de 2004)

(A/CN.9/572) [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	10-157
	Proyecto de artículo 14. Base de la responsabilidad	10-80
	Debate general	10-11
	Párrafo 1 del proyecto de artículo 14	12-19
	Párrafo 2 del proyecto de artículo 14	20-26
	Debate general	21
	Apartados a) y b) del párrafo 2	22
	Apartado c) del párrafo 2	23-26
	Primera revisión propuesta de los párrafos 1 y 2	27-30
	Segunda revisión propuesta de los párrafos 1 y 2	31-33
	Párrafo 3 del proyecto de artículo 14	34-66
	Párrafo 4 del proyecto de artículo 14: “causas concurrentes”	67-74
	Revisión propuesta de los párrafos 3 y 4	75-80
	Autonomía contractual de las partes (proyectos de artículo 1, 2, 88 y 89)	81-104
	Ámbito de aplicación	83-90
	Los terceros	91-96
	Acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (proyecto de artículo xx)	97-104
	Revisión de las disposiciones relativas al ámbito de aplicación	105-109
	Vía judicial	110-150
	Debate general	110-113
	Artículo 72	114-136

Artículo 73 137-139
Artículo 74 140-141
Artículo 75 142-144
Artículo 75 bis 145-150
Arbitraje 151-157
III. Otros asuntos 158-166
Cuestiones relativas al comercio electrónico 158-162
Programación de los períodos de sesiones 15º y 16º 163-164
Planificación de la labor futura 165-166

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 acerca de 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 recopilación más reciente de antecedentes legislativos del proyecto de instrumento figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.38.

2. El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 14º período de sesiones en Viena del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2004. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Brasil, Camerún, Canadá, China, Croacia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, India, Italia, Japón, Lituania, México, Nigeria, República Checa, República de Corea, Rwanda, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía y Venezuela (República Bolivariana de).

3. También asistieron observadores de los siguientes Estados: Antigua y Barbuda, Arabia Saudita, Cuba, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Grecia, Indonesia, Kuwait, Letonia, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Perú, República Democrática del Congo, Rumania, Senegal y Yemen.

[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.

4. Asistieron, además, observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) **Sistema de las Naciones Unidas**: Comisión Económica para Europa (CEPE) y Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD);

b) **Organizaciones intergubernamentales invitadas por la Comisión**: Comisión Europea;

c) **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 y del Báltico (BIMCO), Federación Internacional de Asociaciones de Expedidores de Carga, Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización 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 ante sí los siguientes documentos:

a) Programa provisional (A/CN.9/WG.III/WP.38);

b) Una nota preparada por la Secretaría en la que figuraba una primera revisión del proyecto de instrumento (A/CN.9/WG.III/WP.32);

c) Una 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) y en su 13º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.39);

d) Observaciones de Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia (los países nórdicos) relativas a la autonomía contractual (A/CN.9/WG.III/WP.40);

e) Observaciones de la Secretaría de la UNCTAD (A/CN.9/WG.III/WP.41);

f) Una propuesta de los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.III/WP.42).

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 el examen del proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías ("el proyecto de instrumento") tomando como base los siguientes documentos:

- El texto que figura en el anexo de la 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 (A/CN.9/WG.III/WP.36) y en su 13º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.39);

9. Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, preparara un proyecto revisado de varias disposiciones. Las 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

Proyecto de artículo 14. Base de la responsabilidad

Debate general

10. El Grupo de Trabajo recordó que su examen más reciente del proyecto de artículo 14 había tenido lugar durante su 12º período de sesiones (véase A/CN.9/544, párrafos 85 a 144), y que en su 13º período de sesiones había examinado los artículos conexos, a saber, el artículo 22, relativo a la responsabilidad del porteador en lo que respecta al transporte marítimo, y el artículo 23, sobre desviación (véase A/CN.9/552, párrafos 92 a 99 y 100 a 102, respectivamente).

11. El Grupo de Trabajo escuchó un breve informe del grupo encargado de celebrar consultas oficiosas (véase A/CN.9/552, párrafo 167) con objeto de proseguir las deliberaciones entre los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo a efectos de acelerar el intercambio de opiniones, la formulación de propuestas y la creación de consenso en lo relativo a la preparación del proyecto de instrumento. Se le informó de que el grupo había intercambiado ideas con respecto al proyecto de artículo 14 a fin de mejorar la formulación de la disposición.

Párrafo 1 del proyecto de artículo 14

12. El Grupo de Trabajo examinó el texto del párrafo 1 del proyecto de artículo 14 que figuraba en los párrafos 7 y 8 del documento A/CN.9/WG.III/WP.36. Se propuso mantener el principio general de que el porteador debía ser responsable de toda pérdida inexplicada, si bien se sugirieron ciertas modificaciones para mejorar la formulación del párrafo. Se propuso insertar entre corchetes la frase "la índole y la cuantía de la pérdida y" entre las palabras "demuestra" y "que", al final de la frase inicial del proyecto de párrafo. Se sugirió también que se pusiera entre corchetes la frase "lo que haya causado la pérdida, el daño o el retraso, o lo que haya contribuido a tales hechos no es culpa suya ni de ninguna otra persona mencionada en el artículo 14 bis", y se insertara la siguiente frase entre corchetes a continuación como variante: "el hecho que haya causado la pérdida, el daño o el retraso, o que

haya contribuido a ellos, no es imputable a su falta ni a la de ninguna de las personas mencionadas en el artículo 14 bis".

13. Se indicó que, tanto el texto del párrafo 1 que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36 como el texto propuesto en el párrafo 3 *supra*, eran demasiado complejos y se debían simplificar y aclarar. Como variante se propuso el siguiente texto:

> "1. El porteador será responsable de toda pérdida o daño de las mercancías y del retraso en su entrega que haya tenido lugar durante el período de responsabilidad del porteador, definido en el capítulo 3, a menos que demuestre, y no se pruebe lo contrario, que no hubo error ni negligencia de su parte, ni de parte de ninguna de las personas mencionadas en el artículo 14 bis, que haya causado la pérdida, el daño o el retraso o que haya contribuido a ellos. La carga de la prueba acerca de la índole y la cuantía de la pérdida recaerá en el demandante."

14. Se expresaron reservas en el sentido de que el texto propuesto en el párrafo anterior tal vez no abordaba efectivamente y con claridad cuestiones complejas e importantes como la de asignar la carga de la prueba a efectos de determinar la responsabilidad. El Grupo de Trabajo decidió proseguir el examen del párrafo 1 del proyecto de artículo 14 sobre la base del texto que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36 y considerar los cambios que se propusiera introducir en ese texto a medida que se fueran planteando.

"la índole y la cuantía de la pérdida y"

15. Se indicó que el texto del párrafo 1, tal como estaba redactado, podía dar a entender que el demandante tenía que demostrar la pérdida, el daño o el retraso en la entrega, pero no la cuantía de la pérdida resultante de esos hechos. Para abordar esa cuestión se sugirió, como se indica en el párrafo 12 *supra*, incluir la expresión "la índole y la cuantía de la pérdida". Si bien esa propuesta recibió cierto apoyo, fue retirada debido a que planteaba la cuestión de la estimación de los daños, que no se consideraba procedente en el contexto del régimen de la responsabilidad enunciado en el párrafo 1.

"demandante"

16. El Grupo de Trabajo reiteró su opinión de que el término "demandante" era más apropiado que el término "cargador" para identificar a la parte que reclamara una indemnización al porteador (véase A/CN.9/544, párrafos 105 y 133). Sin perjuicio de la sugerencia que figuraba en la nota 26 del documento A/CN.9/WG.III/WP.36, en el sentido de que el Grupo de Trabajo tal vez deseara considerar la conveniencia de incluir una definición de "demandante" en el proyecto de artículo 63, relativo a los derechos de acción o procesales, se propuso incluir una definición al respecto en el proyecto de artículo 1. Se advirtió que, como el término "demandante" figuraba en otras disposiciones del proyecto de instrumento, por ejemplo, en los proyectos de artículo 19, 65, 68, 75 y 78, la definición debía ser compatible con el significado que se daba al término en las demás disposiciones.

"o que haya contribuido a"

17. El Grupo de Trabajo convino en que se quitaran los corchetes de las frases "o que contribuyó a uno de esos percances" y "o que haya contribuido a tales hechos". Se indicó que esas frases eran necesarias en el caso de que existieran causas concurrentes de la pérdida, el daño o el retraso, conforme a lo previsto en el párrafo 4. Se observó que esas frases podían ser problemáticas en algunos idiomas y que había que examinarlas desde ese punto de vista.

"y en la medida en que"

18. Se propuso que se suprimiera la expresión "y en la medida en que", que figuraba entre corchetes, ya que podía entrar en conflicto con el párrafo 4, en lo concerniente a las causas concurrentes de la pérdida, el daño o el retraso, si el Grupo de Trabajo decidía que todas las cuestiones atinentes a determinar el alcance de la responsabilidad del porteador en caso de que existieran causas concurrentes quedaran al arbitrio del tribunal ante el cual se hubiese entablado la demanda. No obstante, se sugirió que era necesario retener la expresión con objeto de aclarar que la carga de la prueba, en el caso de que existieran causas concurrentes, recaería en el porteador. El Grupo de Trabajo decidió suprimir la expresión "y en la medida en que", habida cuenta de la preocupación expresada con respecto a la carga de la prueba cuando existían causas concurrentes.

Conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo respecto del párrafo 1

19. Al término de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo convino en remitir a un grupo de redacción oficioso las siguientes conclusiones que habrían de tenerse en cuenta al preparar la revisión del texto (véanse los párrafos 27, 28 y 31 a 33 *infra*):

- En el párrafo 1 del artículo 14 debe figurar el término "demandante", pero la definición correspondiente ha de ser compatible con el uso que se dé a ese término en otras disposiciones del proyecto de instrumento;
- Se deben suprimir los corchetes que rodean las frases "o que contribuyó a uno de esos percances" y "o que haya contribuido a tales hechos";
- Debe suprimirse la expresión "y en la medida en que".

Párrafo 2 del proyecto de artículo 14

20. Se informó al Grupo de Trabajo de que el texto del párrafo 2 del proyecto de artículo 14 que figuraba en el párrafo 7 del documento A/CN.9/WG.III/WP.36 se consideraba fiel reflejo de las opiniones de sus integrantes con respecto al traspaso de la carga de la prueba una vez que el demandante había establecido la legitimidad de su reclamación conforme a lo dispuesto en el párrafo 1. No obstante, se señaló que el texto era engorroso y de difícil lectura. A fin de corregir los problemas observados y al mismo tiempo tratar de respetar el criterio general enunciado en ese documento, se propuso una variante en los siguientes términos:

> "2. Si el porteador, en vez de probar que está exento de culpa, como se dispone en el párrafo 1, demuestra que la pérdida, el daño o el retraso se produjo a causa de uno de los hechos enumerados en el párrafo 3, el porteador

será considerado responsable de tal pérdida, daño o retraso únicamente si el demandante demuestra que:

a) el hecho que el porteador invoca en virtud del presente párrafo se produjo por culpa del porteador o de una persona mencionada en el artículo 14 bis [tras lo cual se determinará la responsabilidad de conformidad con el párrafo 1];

b) un hecho que no sea ninguno de los enumerados en el párrafo 3 contribuyó a la pérdida, el daño o el retraso [tras lo cual se determinará la responsabilidad de conformidad con el párrafo 4]; o

[c) el buque se encontraba en estado de innavegabilidad, o insuficientemente dotado de tripulación, equipamiento o avituallamiento, o la bodega u otras partes del buque en que se colocan las mercancías (incluidos los contenedores en los cuales o sobre los cuales se transportan las mercancías, cuando los suministre el porteador) no eran aptas ni seguras para la recepción, el transporte y la preservación de las mercancías [tras lo cual el porteador no será responsable si demuestra que cumplió su obligación de actuar con la debida diligencia, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 13, o que el hecho de que no haya actuado con la debida diligencia no contribuyó a la pérdida, el daño o el retraso]; o]

[c) la pérdida, el daño o el retraso fue causado por:

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 transportan las mercancías, cuando los suministre el porteador) no eran aptas ni seguras para la recepción, el transporte y la preservación de las mercancías,

tras lo cual el porteador será responsable con arreglo al párrafo 1, a menos que demuestre que cumplió su obligación de actuar con la debida diligencia, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 13."

Debate general

21. Se informó al Grupo de Trabajo de que se habían modificado los apartados i) y ii) del párrafo 2 del proyecto de artículo 14 que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36 y habían pasado a ser los apartados a) y b) en el texto propuesto, y que también se había modificado el párrafo 3 del proyecto de artículo 14 que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36 con objeto de tener en cuenta las dos variantes del apartado c) del párrafo 2. Las dos variantes propuestas para ese apartado estaban relacionadas con la carga de la prueba que recaía en el demandante en el supuesto de innavegabilidad del buque y se examinan más a fondo más adelante (véanse los párrafos 23 a 25 *infra*). El Grupo de Trabajo convino en utilizar el texto propuesto del párrafo 2 enunciado en el párrafo 20 *supra* como base de sus ulteriores deliberaciones sobre ese proyecto de disposición.

Apartados a) y b) del párrafo 2

22. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo, en general, con el texto propuesto para los apartados a) y b) del párrafo 2. Se sugirió suprimir el texto que figuraba entre corchetes al final del apartado a), ya que era innecesario, particularmente en vista de la salvedad que se hacía en la frase inicial del párrafo 2 en el sentido de que el porteador tenía que presentar pruebas "en vez de probar que está exento de culpa, como se dispone en el párrafo 1". También se sugirió suprimir el texto que figuraba entre corchetes al final del apartado b) por considerarse innecesario, y se indicó que, en todo caso, habría que remitirse al párrafo 1 del proyecto de artículo 14, relativo a determinar la responsabilidad en relación con el otro hecho, y no al párrafo 4, relativo a las causas concurrentes. Las dos sugerencias fueron bien acogidas, aunque también hubo quienes apoyaron la idea de conservar el texto que figuraba al final del apartado b) sin los corchetes. El Grupo de Trabajo decidió pedir a un grupo de redacción oficioso que examinara el texto de los apartados a) y b) del párrafo 2 a la luz de esas sugerencias, con miras a preparar un nuevo proyecto encaminado a aclarar el texto.

Apartado c) del párrafo 2

Las dos variantes propuestas

23. El Grupo de Trabajo examinó las dos variantes del texto del apartado c) del párrafo 2, en relación con la carga de la prueba que pesaba sobre el demandante en el caso de innavegabilidad del buque. Se observó que en la primera variante se exigía al demandante que demostrara únicamente la innavegabilidad del buque o el hecho de que el porteador no lo había dotado debidamente de tripulación, equipamiento o avituallamiento, o de que la bodega u otras partes del buque no eran aptas ni seguras, con objeto de invertir la carga de la prueba para que recayera sobre el porteador, en tanto que en la segunda variante se obligaba al demandante a demostrar que la pérdida, el daño o el retraso habían sido causados realmente por el porteador. Se expresaron preocupaciones en relación con la carga que entrañaría para el demandante tener que demostrar las causas, impuesta por la segunda variante. También se expresó preocupación con respecto a la carga que entrañaría para el porteador, en la primera variante, tener que probar la innavegabilidad y la causa de la pérdida. Se opinó que la primera variante retrotraería el régimen a la época anterior a las Reglas de La Haya, con una obligación absoluta de navegabilidad, de modo que no sería necesario que la innavegabilidad hubiera causado la pérdida para que la demanda prosperara. Se expresó apoyo en favor de las dos variantes propuestas.

Posibles fórmulas de transacción

24. El Grupo de Trabajo escuchó una propuesta en el sentido de que podía obtenerse una fórmula de transacción entre las dos variantes que se venían examinando en relación con el apartado c) del párrafo 2 si se reducía la carga que pesaba sobre el demandante en lo que respecta a probar las causas de la pérdida. Al respecto, se sugirió que se exigiera al demandante que demostrara la innavegabilidad del buque y que ésta había causado, o se podría considerar razonablemente que había causado, la pérdida o el daño. Esa solución intermedia recibió apoyo. Se expresó la preocupación de que tal vez los tribunales de los países

la podrían considerar negativamente como un intento de regular el procedimiento de determinación de la carga de la prueba. También era motivo de preocupación que el hecho de utilizar una cláusula condicional pudiera crear ambigüedad y dar lugar a otro litigio. Se opinó también que, si se adoptaba esa solución intermedia, debía tenerse en cuenta al considerar el equilibrio global de derechos y responsabilidades en el proyecto de instrumento.

25. Se sugirió una segunda fórmula de transacción. Se observó que en el párrafo 4 del artículo 20 del proyecto de instrumento se exigía a las partes en la reclamación o controversia que se dieran todas las facilidades razonables para inspeccionar las mercancías y acceso a los expedientes y documentos relativos al transporte de las mercancías, en el contexto de la notificación en caso de pérdida, daño o retraso. Se sugirió utilizar una disposición análoga en la segunda variante a efectos de ayudar al demandante que tuviera dificultades prácticas para obtener acceso a la información necesaria a fin de demostrar que la innavegabilidad del buque había causado la pérdida o el daño. Se apoyó esa posición.

Conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo respecto del párrafo 2 del proyecto de artículo 14

26. Al término de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió pedir a un grupo de redacción oficioso que preparara una nueva versión del párrafo 2 del proyecto de artículo 14 (véanse los párrafos 29 a 33 *infra*) teniendo en cuenta:

- El deseo de aclarar el texto de los apartados a) y b) del párrafo 2;
- El propósito de encontrar una fórmula de transacción con respecto al apartado c) del párrafo 2, en consonancia con las opiniones expresadas en los párrafos 24 y 25 *supra*.

Primera revisión propuesta de los párrafos 1 y 2

27. Un grupo de redacción oficioso integrado por varias delegaciones preparó una revisión de los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 14 sobre la base de las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo (véanse los párrafos 12 a 26 *supra*).

Debate general sobre el párrafo 1

28. Se informó al Grupo de Trabajo de que únicamente se habían modificado las cinco últimas líneas del párrafo 1 y que el texto se había aclarado y se había dividido en las dos oraciones siguientes: “se produjo durante el período de responsabilidad del porteador definido en el capítulo 3. El porteador quedará exonerado de responsabilidad si demuestra que el hecho que ha causado la pérdida, el daño o el retraso o que ha contribuido a ellos no es imputable a un error suyo ni de ninguna de las personas mencionadas en el artículo 14 bis”. En la versión inglesa se había cambiado la frase “shall be liable” por la frase “is liable” con objeto de adoptar una formulación más moderna.

Debate general sobre el párrafo 2

29. Respecto de los apartados a) y b) del párrafo 2, se comunicó al Grupo de Trabajo que se había suprimido el texto que figuraba entre corchetes al final de cada uno de ellos. Se había aclarado el significado del apartado b) insertando después de

las palabras "a la pérdida, el daño o el retraso" el siguiente texto basado en el párrafo 1: ", a menos que el porteador demuestre que ese hecho no es imputable a un error suyo ni de ninguna de las personas mencionadas en el artículo 14 bis". El grupo de redacción oficioso había escogido la segunda variante propuesta para el apartado c) del párrafo 2, enunciada en el párrafo 20 *supra,* siguiendo las instrucciones del Grupo de Trabajo, y como fórmula de transacción se había insertado la frase "o pudieron haber sido" entre las palabras "fueron" y "causados". Además, se insertó la expresión "total o parcialmente," entre las palabras "causados" y "por" en la frase introductoria del apartado c), antes del inciso i).

30. Si bien en general el texto revisado fue bien acogido, se plantearon ciertas dudas con respecto a los efectos que tendría la frase "contribuyó a la pérdida" de la segunda línea del encabezamiento del apartado b) del párrafo 2, ya que se consideraba que si el porteador demostraba que la pérdida o el daño había sido causado únicamente en parte por uno de los peligros exceptuados que figuraban en la lista, podría quedar exonerado de toda responsabilidad o, por lo menos, podría invertir la carga de la prueba para que recayera una vez más en el demandante, y se cuestionó que eso fuera compatible con el propósito del párrafo 4. Además, se reiteró la opinión de que el porteador no debía ser considerado responsable de pérdidas inexplicadas, si bien también se expresó la opinión contraria, así como la de que esa formulación de los párrafos 1 y 2 constituía una aclaración de la norma vigente de que los porteadores eran responsables de las pérdidas inexplicadas. Se prefirió, en cierta medida, la frase "pudo haber sido razonablemente causado, en su totalidad o en parte, por" en lugar de la frase "pudo haber sido causado, total o parcialmente, por" en la primera línea del apartado c) del párrafo 2, ya que la segunda parecía imponer una mayor carga en cuanto a la prueba y se consideraba que podía dar lugar a confusión en los países en que el régimen de la carga de la prueba estaba basado "en el cálculo de probabilidades". No obstante, se recordó al Grupo de Trabajo que la frase escogida entrañaba una fórmula de transacción encaminada a lograr que se aceptara la totalidad del artículo 14.

Segunda revisión propuesta de los párrafos 1 y 2

31. Sobre la base de las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo acerca de la primera revisión propuesta de los párrafos 1 y 2 (véanse los párrafos 27 a 30 *supra*), un grupo de redacción oficioso integrado por varias delegaciones preparó una segunda revisión. El texto de la segunda revisión de los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 14 sometido a consideración del Grupo de Trabajo fue el siguiente:

> "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 demuestra que:
>
> 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 definido en el capítulo 3. El porteador quedará exonerado total o parcialmente de responsabilidad si demuestra que la causa o una de las causas de la pérdida, el

daño o el retraso no es imputable a un error suyo ni de ninguna de las personas mencionadas en el artículo 14 bis.

2. Si el porteador, en vez de probar que está exento de culpa en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1, demuestra que la pérdida, el daño o el retraso se produjo, en su totalidad o en parte, a causa de uno de los hechos enumerados en el párrafo 3, quedará exonerado total o parcialmente de responsabilidad, excepto en los siguientes casos:

a) si el demandante demuestra que el porteador o una de las personas mencionadas en el artículo 14 bis causó o contribuyó a causar el hecho que el porteador invoca, este último será responsable, total o parcialmente, de la pérdida, el daño o el retraso.

b) si el demandante demuestra que un hecho distinto de los enumerados en el párrafo 3 contribuyó a la pérdida, el daño o el retraso y el porteador no puede demostrar que ese hecho no es imputable a un error suyo ni de ninguna de las personas mencionadas en el artículo 14 bis, el porteador será responsable de una parte de la pérdida, el daño o el retraso.

c) si el demandante demuestra que la pérdida, el daño o el retraso fue o pudo haber sido causado, total o parcialmente, por:

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 transportan las mercancías, cuando los suministre el porteador) no eran aptas ni seguras para la recepción, el transporte y la preservación de las mercancías;

y el porteador no puede demostrar que:

A) cumplió su deber de obrar con la debida diligencia, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 13; o

B) la pérdida, el daño o el retraso no fue causado por ninguna de las circunstancias mencionadas en los incisos i), ii) y iii) *supra*;

el porteador será responsable total o parcialmente de la pérdida, el daño o el retraso."

32. Se expresó la preocupación de que esta segunda revisión propuesta de los párrafos 1 y 2 daría la posibilidad al porteador de quedar exonerado "total o parcialmente de responsabilidad" demostrando que hubo por lo menos una causa, aunque sea incidental, de la pérdida, el daño o el retraso que no fue culpa suya, aun cuando la pérdida, el daño o el retraso, en su totalidad, no habría ocurrido si no hubiera mediado culpa del porteador. Se respondió que cabía interpretar que las disposiciones se referían a causas jurídicamente significativas y que se podía confiar en que los tribunales de cada país las interpretaran de esa manera y distribuyeran la responsabilidad en relación con esos hechos jurídicamente significativos en consecuencia.

Conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo respecto de los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 14

33. El Grupo de Trabajo convino en que el texto de la segunda revisión propuesta de los párrafos 1 y 2, que figura en el párrafo 31 *supra*, era aceptable en términos generales.

Párrafo 3 del proyecto de artículo 14

Debate general

34. El Grupo de Trabajo examinó el texto del párrafo 2 del proyecto de artículo 14 que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36. Se indicó que la redacción del artículo 14 quedaría mejor y más clara si la lista de peligros exceptuados se enunciara en un nuevo proyecto de párrafo 3, en vez de formar parte del párrafo 2. Otra opción que se sugirió, en aras de la coherencia, fue que la lista de peligros exceptuados se limitara a los peligros que documentaran la falta de culpa del porteador, y que los demás peligros, como la excepción por incendio, se enunciaran en otras disposiciones. El Grupo de Trabajo tomó nota de estas propuestas, y decidió examinar el fondo de cada uno de los peligros basándose en el texto enunciado en el párrafo 8 del documento A/CN.9/WG.III/WP.36. El Grupo de Trabajo decidió dejar en manos de un grupo de redacción oficioso las cuestiones generales de redacción que se le plantearan durante el examen de la lista de peligros exceptuados (véanse los párrafos 75 a 80 *infra*).

Retención en el texto de la lista de "peligros exceptuados" y lugar de inserción de peligros concretos

35. Durante todo el examen de la lista de peligros exceptuados se sugirió la supresión de algunos de los peligros enunciados por estimarse que tales hechos ya quedaban regulados en la disposición sobre responsabilidad general que figuraba en el párrafo 1 del proyecto de artículo 14. Concretamente, se sugirió la supresión de los apartados a), b), g) y de la excepción por incendio. No obstante, se recordó que el Grupo de Trabajo ya había decidido que mantener en el texto del proyecto la lista de peligros exceptuados, especialmente si se enunciaban en términos similares a los de las Reglas de La Haya-Visby, sería muy valioso a los efectos de la seguridad jurídica del texto, aun cuando pudiera argumentarse que, por lógica, resultara innecesario (véanse los documentos A/CN.9/525, párrafos 38 y 39, y A/CN.9/544, párrafos 117 y 118). Por otra parte, una delegación consideró que tal vez algunos de los peligros enunciados no se ajustaban a la intención con la que se había redactado el proyecto de artículo 14, de que en la lista de peligros se especificaran las situaciones obvias en que no mediara culpa del porteador. Esta cuestión se planteó particularmente en relación con los apartados a) e i) y la excepción por incendio. El Grupo de Trabajo decidió dejar también en manos de un grupo de redacción oficioso todo lo relativo al lugar idóneo del proyecto de texto en que deberían insertarse los peligros enunciados.

"a) [Fuerza mayor], guerra, hostilidades, conflicto armado, piratería, terrorismo, motines y tumultos civiles"

36. Se sugirió que se suprimiera, en el apartado a), la expresión "fuerza mayor", para contribuir así al objetivo de modernización del derecho del transporte y para ajustarse a la lógica del proyecto de artículo 14. Sin embargo, se opinó que, debido a su tradicional importancia, sería útil mantener en el texto la excepción por fuerza mayor, particularmente porque su supresión podría malinterpretarse y considerarse una decisión no carente de importancia. Algunas de las delegaciones se declararon partidarias de que la expresión "fuerza mayor" siguiera figurando entre corchetes, y otras delegaciones propusieron que esas palabras se trasladaran, con o sin corchetes, a un nuevo apartado, ya que, según se opinó, no se ajustaban a la lógica en que se fundamentaba el proyecto de artículo 14. También se sugirió que se sustituyera "fuerza mayor" por otras palabras, como, por ejemplo, "fenómenos naturales". No obstante, hubo delegaciones partidarias de mantener en el apartado las palabras "fuerza mayor" y de suprimir los corchetes.

37. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en encomendar a un grupo de redacción oficioso que formulara el apartado conforme a las siguientes directrices:

- Mantener en el apartado la expresión "fuerza mayor", pero sin corchetes;
- Regular aparte dicha expresión introduciéndola, como disposición independiente, en un nuevo proyecto de apartado.

"b) Restricciones de cuarentena; injerencia de gobiernos, autoridades públicas, dirigentes o particulares [incluida la injerencia mediante incoación de un proceso judicial o mediante los efectos de tal proceso] o impedimentos creados por tales autoridades o personas]"

38. Algunas delegaciones se declararon partidarias de mantener en el texto las palabras que figuraban entre corchetes, pero se expresó inquietud por estimarse que el texto entre corchetes se apartaba del texto de la letra g del artículo IV.2. de las Reglas de la Haya-Visby, a saber, "la incautación en virtud de un proceso judicial", que se sugirió que se introdujera en el texto a fin de mantener la jurisprudencia. Se sugirió además que, si con el texto entre corchetes se pretendía ampliar el significado del texto de las Reglas de La Haya-Visby, más allá del embargo preventivo del buque, se agregara la palabra "inmovilización" después de "apresamiento". Se señaló que, para algunos, el texto de la Haya-Visby era difícil de entender, y que podían darse situaciones en que el buque fuera inmovilizado por alguna falta cometida por el porteador, el cual no debería, por tanto, quedar exento de responsabilidad. Se observó que la inmovilización del buque podría producirse también por motivos que no fueran culpa del porteador. Se sugirió que tal vez se evitarían tales situaciones vinculando las injerencias a actos de gobiernos o de autoridades. No obstante, se expresaron reservas sobre esa propuesta, dado que los magistrados que declararan ejecutables las reclamaciones contra el porteador podían ser considerados autoridades.

39. Se observó que en general el Grupo de Trabajo estaba de acuerdo con el objetivo que pretendía darse al apartado, de que el porteador debería beneficiarse de una exención cuando el embargo preventivo o la inmovilización del buque no se debieran a una falta suya, pero que cuando sí hubiera cometido una falta, no podría quedar exento de responsabilidad.

40. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en encargar a un grupo de redacción oficioso la formulación de la siguiente decisión:

- Las delegaciones en general hicieron suyo el principio de que el porteador debería beneficiarse de este motivo de exención cuando el embargo preventivo o la inmovilización del buque no se debieran a una falta suya, pero estimaron que debía formularse esa idea con mayor claridad.

"c) Acto u omisión del cargador, de la parte controladora o del consignatario"

41. Se formuló la propuesta de que ese apartado no afectara únicamente al "cargador", sino también a las personas que actuaran por cuenta de aquél, en particular las que se enuncian en el artículo 32 del proyecto de instrumento, para que así el porteador no pudiera ser tenido por responsable de actos realizados por partes que no estuvieran bajo su control. Se sugirió asimismo que el enunciado de este apartado se armonizara con el del proyecto de apartado h) (véanse los párrafos 57 y 58 *infra*).

42. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Dejar en manos de un grupo de redacción oficioso la cuestión de si en el apartado debe o no hacerse referencia a las partes que actúen en nombre del cargador.

"d) Huelgas, cierre patronal, interrupción del trabajo o reducción voluntaria del ritmo laboral"

43. Si bien las palabras "reducción voluntaria del ritmo laboral" ya figuraban en la letra j del artículo IV.2. de las Reglas de La Haya-Visby, se expresaron reservas sobre su posible interpretación y, en particular, sobre su aplicación a los diversos tipos de huelga, entre los que podrían figurar las huelgas imputables a una falta del porteador. Se observó también que, si bien el significado preciso del concepto no estaba del todo claro, era preferible mantenerlo en el texto, pues era evidente que tenía mayor alcance que las huelgas y los cierres patronales. Se propuso, además, que la expresión "reducción voluntaria del ritmo laboral" se sustituyera por un concepto más moderno del derecho laboral, como "acciones laborales". No obstante, a fin de poder regirse por la jurisprudencia existente, se estimó que convendría dejar los mismos términos que en las Reglas de La Haya-Visby, a menos que hubieran creado ambigüedad.

44. El Grupo de Trabajo convino en mantener sin cambios el texto del apartado d).

"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"

45. El Grupo de Trabajo convino en que el texto del apartado e) se ajustaba a las prácticas comerciales establecidas y decidió mantenerlo en el texto sin introducir cambio alguno.

"f) Insuficiencia o estado defectuoso del embalaje o del marcado"

46. Se sugirió que se suprimiera este apartado por considerarse que era redundante, habida cuenta del contenido del apartado c) antes examinado, o que, al

final del apartado f), se agregaran las palabras "que fueran obra del cargador" (véase A/CN.9/WG.III/WP.36, nota 49 de pie de página). Se replicó que no deberían revisarse las Reglas de La Haya-Visby para regular una cuestión que no parecía haber planteado problemas. Se observó también que en el proyecto de instrumento ya quedaba claro que el cargador tenía la obligación de entregar al porteador las mercancías en condiciones aptas para su embarque, lo cual suponía que la carga estuviera bien embalada y marcada. Se sugirió que, para modernizar el texto del futuro convenio, se reconocieran las prácticas modernas de carga y, en particular, la tendencia cada vez mayor a recurrir a empresas de servicios logísticos.

47. Se sugirió que se aclarara el enunciado del apartado agregando al final las palabras ", salvo cuando esas operaciones sean efectuadas por el porteador o en su nombre".

48. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en encomendar a un grupo de redacción oficioso lo siguiente:

- Modificar el texto del apartado, agregando al final las palabras ", salvo cuando esas operaciones sean efectuadas por el porteador o en su nombre".

"g) Defectos ocultos del buque que no puedan descubrirse actuando con la diligencia debida"

49. Se objetó que las palabras "que no puedan descubrirse actuando con la diligencia debida" eran redundantes, pues ya estaban implícitas en los términos "defectos ocultos". Además, algunas delegaciones apoyaron la opinión de que las palabras "del buque" se apartaban del texto de la letra p del artículo IV.2. de las Reglas de La Haya-Visby, y que, por lo tanto, deberían suprimirse a fin de promover una interpretación uniforme. Se opinó que los defectos ocultos de los cuales el porteador no debería ser considerado responsable también podían ser causados por operaciones realizadas fuera del buque, por ejemplo, durante la manipulación de las mercancías con máquinas como las grúas. También se sugirió que se suprimiera el apartado g) en su totalidad y que, en su lugar, se aplicara la regla general de exención de responsabilidad si no se ha cometido una falta, conforme al párrafo 1 del artículo 14.

50. Dado que las variantes propuestas no habían obtenido un apoyo suficiente, el Grupo de Trabajo decidió no introducir modificaciones en el texto.

"h) Manipulación, carga, estibado o descarga de las mercancías por el cargador, la parte controladora o el consignatario o en nombre de uno de ellos"

51. Se objetó que se daba un alcance excesivo a la disposición al englobar las personas que actuaran en nombre del cargador, y se sugirió que el apartado se limitara a enunciar los supuestos en que el cargador ejerciera algún tipo de control real de la operación efectuada en su nombre. Se recordó al Grupo de Trabajo que este apartado debería examinarse teniendo presente el párrafo 2 del proyecto de artículo 11, relativo a las cláusulas FIO (franco de carga y descarga) y FIOS (franco de carga estibada y descarga), en virtud de las cuales algunas de las obligaciones del porteador, incluido el estibado, pueden realizarse en nombre del cargador. Se señaló asimismo que, para aclarar el contenido del apartado g), convendría examinar el proyecto de artículo 32 y el apartado c) (véanse los párrafos 41 y 42 *supra*).

52. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en encomendar a un grupo de redacción oficioso que modificara el texto del apartado introduciendo los siguientes cambios:

- Eliminar toda referencia a que las mencionadas operaciones puedan ser realizadas en nombre del cargador;
- Poner entre corchetes la palabra "estibado" en espera de las conclusiones a que se llegue en el examen del párrafo 2 del proyecto de artículo 11.

"*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"*

Relación con el artículo 12 y con el párrafo 2 del artículo 13

53. Se sugirió que el examen del apartado i), relativo a las mercancías peligrosas, se aplazara hasta que se hubieran examinado y adoptado definitivamente el artículo 12 y el párrafo 2 del artículo 13. A este respecto se comentó que los términos empleados en el apartado i) no coincidían del todo con los de los proyectos de artículo 12 y 13.2.

Lugar en que debe insertarse el apartado i)

54. Se sostuvo que el apartado i) era de un carácter totalmente diferente al de los apartados anteriores a) a h). Se observó que en esos apartados figuraban presunciones en cuanto a la falta de culpa del porteador, mientras que el apartado i) podía verse como una justificación de los actos del porteador, permitiéndole destruir las mercancías; por lo tanto, no encajaba bien con las disposiciones que sentaban las bases de la ausencia de culpa o falta. Asimismo, se destacó que, mientras que los apartados a) a h) se habían insertado en su debido lugar en el artículo 14, porque guardaban relación con la carga de la prueba de la culpa, el apartado i) creaba una excepción que afectaba a todo el artículo 14, al excluir *a priori* la responsabilidad. En vista de ello, se sugirió que se modificara el apartado de modo que dispusiera expresamente que estaba sujeto a lo dispuesto en los artículos 12 y 13.2. Se sugirió también que el apartado i) dejara de figurar en el artículo 14.

Avería gruesa

55. Frente a la opinión de que el apartado i) podría afectar a la legislación sobre la avería gruesa, se recordó al Grupo de Trabajo que el tema de la avería gruesa se regulaba en el capítulo 17 del proyecto de instrumento, donde se decía que el proyecto de texto no impedía la aplicación de cláusulas del contrato de transporte ni de disposiciones legislativas nacionales que rigieran la avería gruesa. Se declaró que el proyecto de instrumento no pretendía permitir al porteador actuar discrecionalmente para que las mercancías dejaran de ser un peligro sin incurrir en responsabilidad conforme al artículo 14. A este respecto, se señaló que los artículos 12 y 13.2 también estaban sujetos al artículo 14.

Conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo respecto del proyecto de apartado i)

56. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en encomendar a un grupo de redacción oficioso que modificara el apartado conforme a las siguientes directrices:

- El apartado deberá mantenerse entre corchetes para poner de relieve que deberá volver a examinarse su contenido y el lugar en que deberá insertarse en el proyecto de instrumento, una vez que se haya adoptado el texto definitivo de los artículos 12 y 13.2;
- El apartado no deberá poder interpretarse en el sentido de que afecta a la reglamentación de la avería gruesa;
- Deberá estudiarse el lugar del proyecto de instrumento que sea más apropiado para insertar el apartado i).

"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."

57. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió suprimir este apartado por considerarlo redundante, puesto que su contenido ya se había plasmado en el párrafo 1 del artículo 14 (véanse los párrafos 12 a 18 *supra*).

"un incendio en el buque, a menos que haya sido causado por culpa del porteador o con su conocimiento"

58. El Grupo de Trabajo recordó que recientemente, en su 13º período de sesiones, se había examinado la inclusión en la lista de los peligros exceptuados de una excepción por motivo de incendio (A/CN.9/552, párrafos 94 y 95), y en aquella ocasión se había decidido mantener esa excepción en el proyecto de texto para examinarla de nuevo en el marco del proyecto de artículo 14. El texto de la excepción en el que el Grupo de Trabajo basó sus deliberaciones era el siguiente: "un incendio en el buque, a menos que haya sido causado por culpa del porteador o con su conocimiento" (véase el proyecto de artículo 22, en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32, reiterado en el párrafo 9 del documento A/CN.9/WG.III/WP.36 y en el párrafo 11 del documento A/CN.9/WG.III/WP.39). Se señaló que aún no se había determinado la disposición del proyecto de instrumento en que se insertaría tal excepción, pero que, de conformidad con una decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 13º período de sesiones (A/CN.9/552, párrafo 99), esta cuestión volvería a examinarse en el contexto del proyecto de artículo 14, y que existía la posibilidad de que fuera incorporada, como nuevo apartado, a la lista de "peligros exceptuados".

59. Para la excepción por motivo de incendio se habían propuesto tres opciones:

- Suprimir la excepción concreta y regular el riesgo de incendio mediante la regla general enunciada en el proyecto de artículo 14 con el criterio de que el porteador era quien mejor podía determinar las causas de un incendio;
- Como fórmula de transacción con respecto a la opción anterior, introducir en la lista de peligros exceptuados la excepción por incendio, pero únicamente

las palabras “un incendio en el buque”, y suprimir las palabras restantes del texto propuesto;

- Incorporar la totalidad del texto propuesto, no en la lista, sino como exoneración, con lo cual el proyecto se ajustaría más a las Reglas de La Haya-Visby.

60. Hubo delegaciones partidarias de suprimir la excepción por motivo de incendio y otras que propugnaron la introducción de dicha excepción en la lista por los motivos expuestos anteriormente ante el Grupo de Trabajo (véase, de modo general, el documento A/CN.9/552, párrafos 94 y 95). Otro argumento que se adujo en pro de la supresión de la excepción era el de que no sería equitativo introducir la excepción para los buques en un instrumento de transporte multimodal y de que resultaría además inapropiado, dado que la excepción no era aplicable a otros modos de transporte. En pro de que se introdujera el texto completo de la excepción por incendio enunciado en las Reglas de La Haya-Visby, se argumentó que constituía una regla muy implantada en la jurisprudencia y en la práctica.

61. Si bien se expresaron en general con la misma vehemencia las opiniones a favor o en contra de la introducción de la excepción por incendio, varias delegaciones estimaron que también podría ser aceptable una solución de transacción. El texto de avenimiento fue la segunda de las opciones enunciadas en el párrafo 59 *supra*.

Conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo respecto de la excepción por incendio

62. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió encomendar a un grupo de redacción oficioso que se ocupara de lo siguiente:

- Como solución de avenencia aceptable, introducir la excepción por incendio, posiblemente como apartado j) de la lista de peligros exceptuados en el proyecto de artículo 14, limitándola a las palabras “un incendio en el buque” y suprimiendo la frase siguiente.

Otros peligros exceptuados

63. El Grupo de Trabajo examinó la propuesta de agregar cuatro nuevos apartados a la lista de peligros exceptuados. El texto de esos apartados se había extraído del proyecto de artículo 22 (véase A/CN.9/WG.III/WP.39, párrafo 11), donde se sugería que se reincorporaran al proyecto de artículo 14, conforme a lo decidido por el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/552, párrafos 93 y 99).

64. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió encomendar a un grupo de redacción oficioso la preparación de un texto revisado de la lista de peligros exceptuados que se enunciaban en el proyecto de artículo 14, teniendo en cuenta la posibilidad de si había que incorporar a la lista el siguiente texto:

“k) Salvamento o tentativa de salvamento de vidas en el mar;

l) Toda medida que sea razonable para salvar o intentar salvar bienes en el mar;

m) Toda medida que sea razonable para no causar daños al medio ambiente o para intentar no causarlos;

n) Riesgos, peligros o accidentes en el mar o en otras aguas navegables."

Error del piloto

65. Se afirmó que, pese a la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de suprimir el error de navegación como motivo de excepción respecto de la responsabilidad del porteador (A/CN.9/525, párrafo 36), debería reintroducirse el error del piloto en la lista de peligros exceptuados incorporando a ella el siguiente nuevo apartado: "acto, negligencia u omisión imputable al piloto en la navegación del buque". Esta propuesta se justificó con tres razones: el error de pilotaje no abarcaba necesariamente el puro error de navegación del porteador o de sus empleados; el error de pilotaje no entraba en el régimen de la responsabilidad general previsto en el párrafo 1 del proyecto de artículo 14 y tampoco estaba comprendido en la excepción por "peligros en la mar". En el Grupo de Trabajo se expresaron opiniones a favor y en contra de la inclusión de la excepción que eran similares a las que había suscitado, en anteriores períodos de sesiones, el debate sobre la cuestión del error del piloto y la del pilotaje obligatorio (véase A/CN.9/525, párrafo 43). Se sostuvo también que el error del piloto ya entraba en el ámbito del proyecto de instrumento; concretamente, en caso de pilotaje obligatorio, el porteador podía demostrar su falta de culpa en virtud del proyecto de artículo 14, mientras que en caso de pilotaje no obligatorio, el piloto actuaba como agente del porteador y éste debería responder, por lo tanto, de los actos del piloto. No obstante, suscitó algunas reservas la posibilidad de que el error del piloto quedara regulado, de este modo, por el proyecto de artículo 14.

66. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- El error de pilotaje no será reintroducido en el proyecto de instrumento como motivo de exención de la responsabilidad del porteador.

Párrafo 4 del proyecto de artículo 14: "causas concurrentes"

67. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el texto del párrafo 4 del proyecto de artículo 14 que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36, relativo a las causas concurrentes de la pérdida, el daño o el retraso. Se recordó que ese párrafo ya había sido objeto de deliberaciones en el seno del Grupo de Trabajo (véanse A/CN.9/525, párrafos 46 a 56, y A/CN.9/544, párrafos 135 a 144).

Ámbito de aplicación del párrafo y relación con el resto del proyecto de artículo 14

68. Se opinó que podía haber tres casos de concurrencia de causas, y respecto de cada uno de ellos el tribunal debía asignar la responsabilidad con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 4:

- El caso en que cada hecho pudiera haber causado la totalidad de la pérdida, el daño o el retraso, independientemente de las demás causas;
- El caso en que cada hecho hubiera causado únicamente una parte del daño;

- Y el caso en que cada hecho no hubiera bastado para causar independientemente el daño, sino que lo causó en combinación con otros hechos.

69. Se recordó que el Grupo de Trabajo había convenido en que el párrafo 4 no regulara la cuestión de la responsabilidad, ya que esa cuestión se abordaba en los párrafos 1 y 2 (A/CN.9/544, párrafo 142), sino que se limitara a regular la distribución de la pérdida entre varias partes en relación con todos los casos de concurrencia de causas. También se recordó que en anteriores deliberaciones el Grupo de Trabajo había convenido en el principio de que, cuando hubiese varias causas de la pérdida, el daño o el retraso, se dejara al arbitrio del tribunal la decisión de distribuir la responsabilidad por la pérdida en función de las causas.

70. Se planteó la duda de si el párrafo 4 se aplicaría alguna vez, ya que en el párrafo 1 al parecer se exoneraba de responsabilidad al porteador si demostraba un hecho que hubiera contribuido a la pérdida. Hubo quien opinó que el párrafo 4 únicamente abarcaba las situaciones en que cada causa había ocasionado parte del daño; por lo demás, el porteador resultaba plenamente responsable en virtud del párrafo 1. Se sugirió que se añadiera una disposición sobre negligencia comparativa. También se expresó preocupación con respecto a la manera de invocar el párrafo 4 en casos de innavegabilidad. Para aclarar el punto, se dijo que el párrafo 4 se aplicaría cuando un hecho del cual fuera responsable el porteador, incluso uno de los hechos mencionados en el párrafo 3 o el estado de innavegabilidad del buque, hubiera contribuido a la pérdida, y también cuando hubiera contribuido a ésta un hecho del cual el porteador no fuera responsable.

Carga de la prueba

71. Se indicó que en el párrafo 4 no quedaba claro cuál de las partes debía demostrar la existencia de causas concurrentes y el alcance de éstas y que no se aclaraba lo suficiente esa cuestión respecto de cada uno de los posibles casos de concurrencia de causas. Se propuso reincorporar la frase “y en la medida en que” en el párrafo 1 con objeto de aclarar que la carga de la prueba debía recaer en el porteador. También se expresó preocupación con respecto a la manera de asignar la carga de la prueba en el supuesto de innavegabilidad.

72. En atención a esas observaciones, se indicó que la intención era que la cuestión de probar las causas concurrentes se abordara, respecto de todas las situaciones concebibles, en los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 14. Así pues, la carga de la prueba recaería en primer lugar en el demandante, que debería establecer la presunción mencionada en el párrafo 1 y, en virtud del párrafo 2, recaería en el porteador, que debería demostrar que había existido una causa que lo exoneraba de responsabilidad, y en el demandante, que debería demostrar que había existido una causa concurrente de la cual el porteador era responsable. En ese momento se invocaría el párrafo 4 para que el tribunal distribuyera la responsabilidad en función de las causas. En el caso de innavegabilidad, el proyecto de artículo actuaría de tal manera que, cuando se probara que ésta había causado parte de la pérdida, se invocaría el párrafo 4 y el porteador sería responsable de la parte de la pérdida imputable a la innavegabilidad, no de la parte de la pérdida que no hubiera sido culpa suya.

"[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.]"

73. Se recordó que durante el examen anterior del proyecto de párrafo se había puesto esa oración entre corchetes y se había considerado una base para ulteriores deliberaciones (véase A/CN.9/544, párrafo 143). En consonancia con las deliberaciones anteriores del Grupo de Trabajo en lo que respecta a su decisión de que en ese párrafo únicamente se regulara la distribución de la pérdida entre varias personas, se sugirió que la disposición fuese lo más sencilla posible con objeto de abarcar todos los casos de concurrencia de causas y dar a los tribunales suficiente libertad para determinar la responsabilidad. Por esa razón, según se indicó, esa oración entre corchetes no era apropiada, ya que podía interpretarse en el sentido de que alentaba a los tribunales a tomar por norma la distribución de la responsabilidad por partes iguales, o de que coartaba innecesariamente la discrecionalidad judicial. Otra opinión fue que el propósito de la oración final era alentar a los tribunales a que asignaran la responsabilidad con exactitud, y que únicamente la distribuyeran por partes iguales como último recurso.

Conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo respecto del párrafo 4

74. Al término de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo convino en que en la nueva versión deberían tenerse en cuenta las siguientes conclusiones (véanse los párrafos 75 a 80 *infra*):

- La intención del proyecto de párrafo era encomendar a los tribunales la tarea de asignar la responsabilidad cuando existieran causas concurrentes que hubieran dado lugar a la pérdida, el daño o el retraso, y únicamente algunas de ellas fuesen imputables al porteador;
- Era necesario examinar y aclarar toda ambigüedad que pudiera existir en la aplicación de los párrafos 1, 2 y 4 del proyecto de artículo 14;
- Debía suprimirse el texto que figuraba entre corchetes al final del párrafo 4.

Revisión propuesta de los párrafos 3 y 4

75. Un grupo de redacción oficioso integrado por varias delegaciones preparó una revisión de los párrafos 3 y 4 sobre la base de las deliberaciones sostenidas por el Grupo de Trabajo (véanse los párrafos 34 a 74 *supra*). El texto de la revisión que se sometió a consideración del Grupo de Trabajo fue el siguiente:

"3. Los hechos mencionados en el párrafo 2 son:

a) Fuerza mayor;

b) Riesgos, peligros y accidentes en el mar o en otras aguas navegables;

c) Guerra, hostilidades, conflicto armado, piratería, terrorismo, motines y tumultos civiles;

d) Restricciones de cuarentena; injerencia de gobiernos, autoridades públicas, dirigentes o particulares, lo que incluye la inmovilización, el embargo preventivo o la incautación del buque que no sea imputable al porteador ni a ninguna de las personas mencionadas en el artículo 14 bis*, o impedimentos creados por esas autoridades o personas;

e) Huelgas, cierre patronal, interrupción del trabajo o reducción voluntaria del ritmo laboral;

f) Un incendio en el buque;

g) Defectos ocultos del buque que no puedan descubrirse actuando con la debida diligencia;

h) Acto u omisión del cargador o de cualquiera de las personas mencionadas en el artículo 32**, de la parte controladora o del consignatario;

i) Manipulación, carga [,estibado] o descarga de las mercancías [realizada efectivamente] por el cargador o cualquiera de las personas mencionadas en el artículo 32***, la parte controladora o el consignatario;

j) Pérdida de volumen o peso o cualquier otra pérdida o daño que se deba a la calidad de las mercancías o a un defecto o un vicio inherente a éstas;

k) Insuficiencia o estado defectuoso del embalaje o del marcado, si éste no fue efectuado por el porteador [ni se efectuó en su nombre];

l) Salvamento o tentativa de salvamento de vidas en el mar;

m) Toda medida que sea razonable para salvar o intentar salvar bienes en el mar;

n) Toda medida que sea razonable para no causar daños al medio ambiente o para intentar no causarlos;

[o) 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.]

4. Cuando el porteador quede exonerado de una parte de su responsabilidad en virtud de lo dispuesto en los párrafos anteriores del presente artículo, será responsable únicamente de la parte de la pérdida, el daño o el retraso que sea imputable al hecho o percance del cual sea responsable con arreglo a los párrafos anteriores, y la responsabilidad se distribuirá a partir de lo establecido en ellos."

76. Se indicó que el grupo de redacción oficioso había incorporado en ese texto revisado las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo con respecto al párrafo 3 del proyecto de artículo 14 (véanse los párrafos 34 a 66 *supra*). Se opinó que los apartados h) e i) eran reiterativos, de modo que se podía suprimir el apartado i) y su

---

* Cabe examinar más a fondo si es necesario remitirse al artículo 14.

** Cabe examinar más a fondo si es necesario remitirse al artículo 32.

*** Cabe examinar más a fondo si es necesario remitirse al artículo 32.

contenido quedaría comprendido en el apartado h). No obstante, se opinó también que en el apartado i) se hacía referencia a hechos físicos que no quedaban comprendidos necesariamente en el apartado h). Se recordó que el Grupo de Trabajo había convenido en aplazar la decisión final con respecto al apartado i) hasta que hubiese examinado el párrafo 2 del proyecto de artículo 11 y se convino en añadir una nota de pie de página en el sentido de que el texto final del apartado i) del párrafo 3 dependería de los resultados de las deliberaciones del Grupo de Trabajo en relación con el párrafo 2 del proyecto de artículo 11.

77. Se señaló que el hecho de modificar la formulación del párrafo 4 del proyecto de artículo 14 no significaba que el Grupo de Trabajo se retractara de su decisión de dejar al arbitrio del tribunal la determinación de la responsabilidad.

78. El Grupo de Trabajo examinó el texto revisado del párrafo 4 del proyecto de artículo 14 que figura en el párrafo 75 *supra* y lo consideró aceptable.

79. El Grupo de Trabajo expresó su reconocimiento al Profesor Berlingieri (Italia) por la manera en que había dirigido la labor relativa a esta cuestión.

Conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo respecto de los párrafos 3 y 4 del proyecto de artículo 14

80. El Grupo de Trabajo concluyó que:

- El texto de los párrafos 3 y 4 del proyecto de artículo 14 era aceptable, si bien cabía añadir una nota de pie de página relativa al apartado i) del párrafo 3 para indicar que su texto final dependería de los resultados de las deliberaciones sobre el párrafo 2 del proyecto de artículo 11.

Autonomía contractual de las partes (proyectos de artículo 1, 2, 88 y 89)

81. Se recordó al Grupo de Trabajo que el examen más reciente de los proyectos de artículo 1 y 2 había tenido lugar en su 12º período de sesiones (véase A/CN.9/544, párrafos 51 a 84), y el de los proyectos de artículo 88 y 89, en su 11º período de sesiones (véase A/CN.9/526, párrafos 203 a 218).

82. El Grupo de Trabajo escuchó un breve informe del grupo encargado de celebrar consultas oficiosas, establecido con objeto de proseguir las deliberaciones entre sus períodos de sesiones (véase A/CN.9/552, párrafo 167, y el párrafo 11 *supra*). Se comunicó al Grupo de Trabajo que el grupo había intercambiado opiniones sobre los proyectos de artículo 1, 2, 88 y 89 con miras a lograr un consenso sobre el mejor modo de regular las cuestiones referentes a la autonomía contractual. Para analizar esas cuestiones, el Grupo de Trabajo decidió subdividirlas en tres temas, a saber, el ámbito de aplicación, la protección de terceros y los acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (OLSA), y pasar a examinarlos por separado.

Ámbito de aplicación

83. Se señaló que la cuestión del ámbito de aplicación entrañaba la necesidad de decidir qué tipos de situaciones y de contratos quedarían sujetos o no a las disposiciones imperativas del proyecto de instrumento, o qué disposiciones del

proyecto de instrumento no serían imperativas, y en qué circunstancias. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 2 que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36, particularmente su párrafo 3. Se sostuvo que la definición del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento podía abordarse conforme a tres criterios, cada uno de los cuales tenía ventajas e inconvenientes.

Criterio documental

84. El primer criterio, que es el que se siguió en las Reglas de La Haya-Visby, se basa en una prueba documental, es decir, se exigiría que existiera un conocimiento de embarque o un documento similar para que el instrumento fuera aplicable. Una de las ventajas que tiene ese criterio es que, una vez expedido el documento, quedará automáticamente sujeto al régimen imperativo de la responsabilidad. Se argumentó también que tenía la ventaja de ser muy conocido, pues llevaba mucho tiempo aplicándose. No obstante, se consideró que este criterio tenía el inconveniente de que en el comercio moderno no se utilizaban necesariamente conocimientos de embarque o documentos similares y de que, además, en el futuro tal vez se utilizarían nuevos documentos que quizá no entrarían en ninguna de las definiciones concebidas conforme a ese criterio. Sin embargo, se sugirió que, para paliar ese inconveniente relativo a la definición, se enunciara una lista no exhaustiva de los documentos que habrían de regirse imperativamente por el proyecto de instrumento, seguida de una categoría genérica final. Se objetó que con la inclusión de una categoría genérica final no se resolvería necesariamente el problema, ya que con ello podría crearse incertidumbre. Se argumentó también que el criterio documental era obsoleto y que no encajaría fácilmente en el enfoque que se sigue en el proyecto de instrumento.

Criterio contractual

85. El segundo criterio, que se había seguido en las Reglas de Hamburgo y que se enunciaba en el párrafo 3 del proyecto de artículo 2 en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36, tenía una base contractual, es decir, se exigiría que hubiera un contrato de transporte de mercancías para que el instrumento fuera aplicable. Se sostuvo que ciertos tipos de contratos habrían de quedar al margen del ámbito de aplicación del proyecto de convención, pese a ser contratos de transporte; éstos serían, por ejemplo, las pólizas de fletamento para viajes, o los contratos de transporte especializados, como los contratos por volumen o las pólizas de espacio o de plazas en contenedores, los contratos de cargas muy pesadas y los contratos de remolque, que también podrían crear problemas con las definiciones. No obstante, se estimó también que muchos de los contratos que quedarían excluidos en el enfoque contractual entraban en el ámbito del comercio no efectuado por buques de línea y que, por consiguiente, quedarían también excluidos si se adoptaba el criterio comercial.

Criterio comercial

86. El tercer criterio se fundamentaba en las operaciones comerciales y, conforme a él, el proyecto de instrumento habría de aplicarse con carácter imperativo a todos los contratos de comercio por buques de línea regular, pero no a los relativos a buques de línea no regular o especialmente fletados (“tramp”). Este enfoque tenía la ventaja de que era el más implantado en las prácticas de comercio y de que obviaba

la necesidad de definir con exactitud todos los tipos posibles de contratos que entrarían en el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento. No obstante, este criterio podría también plantear problemas en la definición jurídica de las categorías pertinentes, así como en lo relativo a la protección de terceros.

Contratos libremente negociados

87. Se señaló asimismo que otro aspecto de interés para el ámbito de aplicación era la cuestión de si un determinado contrato de transporte había sido negociado libremente por las partes. Se sostuvo que el instrumento debería aplicarse de manera no imperativa a los contratos que se hubieran negociado libremente, con la excepción de ciertas obligaciones que no deberían poder modificarse de común acuerdo, como la navegabilidad del buque; en cambio, los contratos que no hubieran sido negociados libremente deberían regirse de manera imperativa por el instrumento. A este respecto, se expresó también preocupación por la situación de los pequeños cargadores, que no tenían tanto poder de negociación y podían resultar perjudicados al negociar contratos a los que el instrumento no fuera aplicable imperativamente.

Carácter imperativo de determinadas disposiciones del proyecto de instrumento

88. Otro de los aspectos que debía examinar el Grupo de Trabajo en esa ocasión era el de determinar si alguna de las disposiciones del proyecto de instrumento debería tener carácter imperativo y, en caso afirmativo, cuál o cuáles de ellas.

Conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo respecto del ámbito de aplicación

89. Al cabo de las deliberaciones surgió un amplio consenso con respecto a la aplicabilidad imperativa del instrumento a los transportes tradicionales con los habituales conocimientos de embarque o cartas de porte marítimo y a los transportes que se rigieran por documentos electrónicos equivalentes. Además, una gran mayoría de delegaciones se declaró partidaria de que las pólizas de fletamento tradicionales, los contratos por volumen ocupado en el comercio con buques que no fueran de línea regular, el fletamento de plazas en contenedores de buques de línea regular y los contratos de remolque y de transporte de mercancías muy pesadas quedaran excluidos del ámbito de aplicación del instrumento. La mayoría de las delegaciones fue partidaria del criterio contractual. Sin embargo, se consideró que se podía llegar a una fórmula intermedia en que se combinaran los tres criterios. También podían tenerse en cuenta otros factores al tratar de determinar la imperatividad de la aplicación del instrumento, como la cuestión de si un contrato se había negociado libremente o no y si algunas disposiciones deberían ser siempre imperativas.

90. El Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Encomendar a un grupo de redacción oficioso que preparara una disposición sobre el ámbito de aplicación que se basara en las opiniones esbozadas en el párrafo anterior y que, en cualquier caso, tomara en consideración el texto enunciado en el párrafo 3 del proyecto de artículo 2 del documento A/CN.9/WG.III/WP.36 (véanse los párrafos 105 a 109 *infra*).

Los terceros

91. Se recordó que el Grupo de Trabajo había convenido en abordar en la segunda parte de su análisis de la autonomía contractual el carácter imperativo del régimen del proyecto de instrumento en lo que concierne a la protección de los terceros que gozaran de derechos en virtud de sus disposiciones (A/CN.9/544, párrafo 81). Si bien el Grupo de Trabajo tenía ante sí un proyecto de texto relativo a los terceros, a saber, el párrafo 4 del proyecto de artículo 2 del documento A/CN.9/WG.III/WP.36, en que se exigía un título de transporte negociable o un registro electrónico negociable, se propusieron las dos variantes siguientes:

> "Variante 1: Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, si se expide un título de transporte o un registro electrónico en virtud de una póliza de fletamento, un contrato de fletamento, un contrato por volumen o un acuerdo análogo, las disposiciones del presente instrumento se aplicarán a ese título de transporte, documento electrónico o registro electrónico en la medida en que éste regule la relación entre el porteador y toda persona designada como consignador o consignatario o toda persona que sea el tenedor del documento, siempre y cuando la persona no sea el fletador ni otra de las partes en el contrato mencionado en el párrafo 1.
>
> Variante 2: Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, las disposiciones del presente instrumento regirán las relaciones entre el porteador y un tercero al que confieran derechos u obligaciones respecto del porteador, siempre y cuando esa persona no sea el fletador ni otra de las partes en el contrato mencionado en el párrafo 1."

92. Se informó al Grupo de Trabajo de que esas variantes se habían preparado en atención a la necesidad de dar amparo con carácter imperativo a los derechos de los terceros, si bien esa protección no debía estar relacionada con ningún título de transporte negociable como el conocimiento de embarque. En la primera variante se seguía exigiendo que hubiera un vínculo entre el tercero y un documento o un registro electrónico, aunque ya no se exigía que éste fuera negociable, en tanto que en la segunda variante se omitía toda referencia a un título de transporte o a un registro electrónico de ninguna clase.

Definición de "terceros"

93. Se opinó que en la segunda variante se daba más protección a los terceros, si bien se advirtió que esa variante podía ser demasiado amplia y amparar involuntariamente a otras partes, por ejemplo, a un asegurador o un acreedor. También se planteó la cuestión de que en la segunda variante la expresión "derechos u obligaciones respecto del porteador" planteaba la posibilidad de imponer obligaciones a terceros. Se apoyó la primera variante porque en ella se exigía que hubiese cierta vinculación entre el tercero y un documento o un registro electrónico y porque se aclaraba más quién podía invocar esa disposición. También recibió cierto apoyo otra propuesta que consistía en limitar la definición de terceros a los consignadores, los consignatarios, las partes controladoras, los tenedores de los documentos, las personas mencionadas en el proyecto de artículo 31 y la "parte a la que se ha de dar aviso". Se indicó que las categorías de consignador, consignatario y tenedor del documento tal vez ya abarcaban a las partes controladoras y la parte a la que se ha de dar aviso, lo que haría innecesario incluirlas expresamente.

Cuestión de basar o no la protección en un documento, negociable o no negociable

94. Se apoyó la opinión de que la imposibilidad de vincular la identidad del tercero a un documento haría difícil establecer los límites de la categoría y podía imponer una pesada carga al porteador al tener que determinar él mismo quiénes eran los terceros. Se opinó también que la relación entre el porteador y los terceros debía estar regida por normas imperativas con objeto de normalizar el texto del documento y reducir los gastos de la operación, especialmente en el caso de los créditos documentarios. Se sugirió que las normas imperativas de protección no se hicieran extensivas con ese fin a los terceros que no dispusieran de un documento o de un registro electrónico. Se consideró necesario que los terceros dispusieran de algún documento a fin de poder acogerse a las medidas de amparo. No obstante, se sugirió que sólo en los documentos o los registros electrónicos que transferían derechos se debía exigir la protección de los terceros, ya que en otros casos las partes podían negociar su propia protección en el contrato de compraventa y demás acuerdos comerciales. Se planteó la posibilidad de aplicar ese razonamiento a los cesionarios del derecho de control cuando no se hubiera expedido documento alguno, si bien, de todos modos, esa cuestión había de tenerse en cuenta en las deliberaciones futuras sobre el derecho de control.

Otras consideraciones

95. Se recordó que el Grupo de Trabajo debía considerar la cuestión de los terceros al determinar qué disposiciones del proyecto de instrumento debían ser de carácter imperativo, con objeto de garantizar que el amparo de aquéllos no fuera una mera fórmula. También se sugirió la posibilidad de que hubiera que amparar a otros terceros, razón por la cual aún no se debía considerar agotada esa categoría. Se advirtió que había que actuar con prudencia al reconocer derechos a los terceros sobre la base de documentos que no fueran de titularidad. Asimismo, se sugirió que el término “terceros” tuviera un significado compatible con el que se le daba en las disposiciones relativas a los acuerdos de transporte por servicio de línea (OLSA) y en los contratos de fletamento.

Conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo respecto de los terceros

96. El Grupo de Trabajo convino en que:

- En el proyecto de instrumento se debían amparar los derechos de los terceros;
- Los terceros debían determinarse sobre la base del criterio documental enunciado en la variante 1;
- La categoría de los terceros cuyos derechos había que amparar debía establecerse claramente, si bien aún no había de considerarse agotada;
- Era necesario tener en cuenta la protección de los terceros al determinar qué disposiciones del proyecto de instrumento debían ser de carácter imperativo;
- El término “terceros” debía tener un significado compatible con el que se le daba en otras disposiciones del proyecto de instrumento, especialmente las relativas a los acuerdos OLSA y a los contratos de fletamento.

Acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (proyecto de artículo xx)

97. Se recordó que el Grupo de Trabajo había convenido en que el tercer aspecto que abordaría en su análisis de la autonomía contractual sería la aplicación del proyecto de instrumento a los acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (OLSA) (véanse los documentos A/CN.9/WG.III/WP.42, y A/CN.9/WG.III/WP.34, párrafos 18 a 29 y párrafos 34 y 35), tema que ya se había presentado en el 12º período de sesiones (véase A/CN.9/544, párrafo 78).

Presentación de la propuesta

98. El Grupo de Trabajo escuchó la presentación de una disposición relativa a los acuerdos OLSA, que en principio se regirían por el proyecto de instrumento, si bien en determinadas circunstancias podrían excluir la aplicación de algunas de sus disposiciones. Se dijo también que los acuerdos OLSA promoverían los objetivos del proyecto de instrumento al ofrecer una solución flexible en función del mercado que atendería, además, a las futuras necesidades del comercio. Se sostuvo que el proyecto de artículo xx, enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.42, tenía por objeto compaginar de forma equilibrada los intereses de los cargadores, los porteadores y los intermediarios, y proteger al mismo tiempo a las partes con menor peso o influencia. Se añadió que esos objetivos se lograrían, en particular, adoptando los principios de igualdad de trato de las empresas de transporte marítimo que no explotan buques y las que sí lo hacen, transparencia en cuanto a las excepciones, excepciones negociadas libremente, objetividad, aplicación automática del proyecto de instrumento, a falta de excepciones expresas, y protección de los terceros.

Debate general

99. El Grupo de Trabajo estudió la propuesta sobre los acuerdos OLSA y observó que el efecto principal de la disposición propuesta consistía en permitir que los porteadores se sustrajeran a la aplicación del proyecto de instrumento, lo cual representaría una excepción importante a su régimen imperativo. Se dijo que esto constituiría un motivo de especial preocupación, habida cuenta del gran volumen de operaciones comerciales que se regirían por acuerdos OLSA. Se sugirió que esos acuerdos se definieran con criterios amplios como contratos para el transporte futuro de un determinado volumen de mercancías en varias remesas durante determinado período en buques de línea regular, modalidad bien conocida en el ramo de los transportes marítimos.

100. Se expresaron reservas generales acerca de los acuerdos OLSA. Se sostuvo que las partes en esos acuerdos no deberían poder desvincularse de determinadas disposiciones imperativas del proyecto de instrumento. Se afirmó también que el establecimiento de un régimen especial para los acuerdos OLSA podría crear problemas relacionados con la competencia en el mercado. No obstante, se consideró que en la práctica comercial había quedado demostrado que en los acuerdos OLSA tanto los porteadores como los cargadores podían obtener ventajas comerciales al excluir la aplicación del régimen general de la responsabilidad y, además, que la mayoría de las demandas relativas a la carga eran presentadas por terceros que no se verían afectados por esa excepción aplicable entre las partes en los acuerdos OLSA. Se planteó también el problema de la protección de los

pequeños cargadores con escasa influencia o escaso poder de negociación, que con los acuerdos OLSA podrían verse perjudicados por los porteadores. No obstante, se señaló que en la práctica los pequeños cargadores en general preferían recurrir a los acuerdos de tarifas, que no eran contratos de transporte pero garantizaban una tarifa máxima sin especificar el volumen, en vez de celebrar contratos por volumen, y que el hecho de que los acuerdos de tarifas resultaran más atractivos, combinado con los efectos de las fuerzas del mercado, reduciría al mínimo los riesgos de que los cargadores fueran perjudicados por los porteadores si se aplicaba el régimen propuesto para los acuerdos OLSA. Muchas delegaciones apoyaron la inclusión de disposiciones sobre los acuerdos OLSA en el proyecto de instrumento, siempre y cuando se tuvieran en cuenta esas y otras cuestiones.

Definición de acuerdo OLSA

101. Se estimó que la definición de acuerdo OLSA que se daba en los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo xx era excesivamente detallada. Se respondió que se habían hecho esas precisiones para evitar que se hicieran excepciones fortuitas o involuntarias al proyecto de instrumento. Se observó, además, que el requisito de prestar "un servicio que de otra forma no estarían obligados a prestar" era relativamente vago y podía dar lugar a abusos por parte de los porteadores que trataran de eludir las disposiciones imperativas del proyecto de instrumento, al no haber ningún criterio relativo a la importancia del servicio suplementario. También se formularon reservas sobre la utilización de las palabras "mutuamente negociado", por estimarse que podían plantear problemas probatorios sobre la auténtica autonomía contractual de las partes. Algunas delegaciones apoyaron la propuesta de que se paliara esa dificultad imponiendo al porteador la obligación de demostrar que el cargador había dado realmente su consentimiento. Sin embargo, frente a este argumento se sostuvo que, habida cuenta del carácter de los acuerdos OLSA, las partes en ellos eran profesionales experimentados que entendían el alcance de sus actos, sin necesidad de que se previeran otras salvaguardias de procedimiento.

Elección del foro

102. Uno de los aspectos de la propuesta relativa a los acuerdos OLSA radicaba en que, en aras de la certidumbre comercial, la disposición vinculante sobre la elección del foro en los acuerdos OLSA se debía hacer extensiva a los terceros que recibieran notificación por escrito del foro designado, siempre y cuando se cumplieran ciertas condiciones, como la existencia de un vínculo apropiado con el foro elegido (véanse los documentos A/CN.9/WG.III/WP.34, párrafo 35, y A/CN.9/WG.III/WP.42, nota 3). Sobre esta propuesta se formularon reservas motivadas por el hecho de que se aplicara la disposición relativa al foro a terceros que desconocieran el acuerdo, por tratarse de una cuestión muy delicada y porque se puso en duda que fuera procedente enunciarla en un instrumento internacional, en particular habida cuenta de la jurisprudencia existente sobre la cuestión de hacer extensivas a terceros las cláusulas sobre jurisdicción.

Transporte multimodal

103. Se expresó cierta inquietud por los efectos que podría tener el régimen propuesto en relación con los acuerdos OLSA en el sistema de redes de transporte multimodal. Se argumentó que el texto propuesto no afectaba al funcionamiento que

se pretendía dar al sistema de redes en el artículo 8 del proyecto de instrumento, dado que los acuerdos contractuales no podían excluir la aplicación de las disposiciones imperativas del régimen de la responsabilidad de los convenios de transporte unimodal. No obstante, se observó asimismo que en el proyecto de artículo sobre los acuerdos OLSA no se especificaba la relación del régimen contractual con la legislación nacional de carácter imperativo, lo cual podría crear ambigüedad.

Conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo respecto del proyecto de artículo xx

104. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- No oponerse a que se insertara en el proyecto de instrumento una disposición relativa a los acuerdos OLSA, a reserva de que se aclararan las cuestiones relativas, en general, a la aplicación del proyecto de instrumento a los contratos por volumen;
- Prestar especial atención a la definición de los acuerdos OLSA y a la protección de los intereses de los pequeños cargadores y de los terceros y volver a tratar la cuestión de determinar qué disposiciones del proyecto de convenio, si las hubiera, deberían ser de aplicación imperativa en los acuerdos OLSA;
- Estudiar también cuál sería el lugar óptimo del proyecto de instrumento para insertar una disposición relativa a los acuerdos OLSA;
- Se invitó a los proponentes originales de la propuesta relativa a los acuerdos OLSA a trabajar con otras delegaciones interesadas para afinar la definición pertinente.

Revisión de las disposiciones relativas al ámbito de aplicación

105. Por solicitud del Grupo de Trabajo (véanse los párrafos 83 a 96 *supra*), un grupo de redacción oficioso integrado por varias delegaciones preparó una revisión de las disposiciones relativas al ámbito de aplicación. Al presentarse la revisión, se indicó que en el texto se utilizaba un criterio "híbrido", ya que se incorporaban elementos de los tres posibles planteamientos. El texto revisado se basaba en el amplio consenso expresado por el Grupo de Trabajo, como consta en los párrafos 83 a 96 *supra*, y se inspiraba en el apartado a) del proyecto de artículo 1 y en el proyecto de artículo 2 del texto que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36. El texto que se sometió a consideración del Grupo de Trabajo fue el siguiente:

"Artículo 1

a) Por "contrato de transporte" se entenderá un contrato en virtud del cual un porteador, a cambio del pago del flete, se compromete a transportar mercancías de un lugar a otro. Ese compromiso debe abarcar el transporte de mercancías por mar y puede abarcar el transporte de mercancías por otros medios antes o después del transporte por mar. [Se considerará contrato de transporte todo contrato que prevea la opción de transportar las mercancías por mar, siempre y cuando las mercancías se transporten efectivamente por mar.]

[(...) Por "servicio de línea" se entenderá un servicio de transporte marítimo que

i) se pone a disposición del público en general mediante anuncios publicitarios o de otra manera; y

ii) se realiza con regularidad entre determinados puertos conforme a calendarios o fechas de partida anunciados.]

[(--) Por "servicio distinto del servicio de línea" se entenderá todo servicio de transporte marítimo que no sea un servicio de línea.]

Artículo 2

1. A reserva de lo dispuesto en los artículos 3 a 5, el presente instrumento se aplicará a los contratos de transporte en que el lugar de recepción [especificado en el contrato] y el lugar de entrega [especificado en el contrato] estén en Estados diferentes, y en que el puerto de carga [especificado en el contrato] y el puerto de descarga [especificado en el contrato] estén situados en Estados diferentes, si

a) el lugar de recepción [especificado en el contrato] [o el puerto de carga [especificado en el contrato]] está en un Estado Contratante, o

b) el lugar de entrega [especificado en el contrato] [o el puerto de descarga [especificado en el contrato]] está en un Estado Contratante, o

c) [el lugar en que se realiza efectivamente la entrega es uno de los lugares facultativos de entrega [especificados en el contrato] y está en un Estado Contratante, o]

d) en el contrato de transporte se estipula que dicho contrato se regirá por el presente instrumento o por la legislación de cualquier Estado que le dé efecto.

[Por lugares y puertos [especificados en el contrato] se entenderá los lugares y puertos previstos en el contrato de transporte o en los datos 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.]

Artículo 3

1. El presente instrumento no se aplicará

a) a reserva de lo dispuesto en el artículo 5, a las pólizas de fletamento, independientemente de que se utilicen o no en relación con servicios de línea; y

b) a reserva de lo dispuesto en el artículo 4, a los contratos por volumen, los contratos de fletamento y contratos análogos en que se prevea el transporte futuro de mercancías en una serie sucesiva de remesas, independientemente de que se utilicen o no en relación con servicios de línea; y

(c) a reserva de lo dispuesto en el párrafo 2, a otros contratos relativos a servicios que no sean de línea.

2. El presente instrumento se aplicará a los contratos de transporte relativos a servicios que no sean de línea en virtud de los cuales el porteador expida un título de transporte o un documento electrónico que

a) sirva de comprobante de que el porteador o una de las partes ejecutantes ha recibido las mercancías; y

b) sirva de comprobante del contrato de transporte o contenga dicho contrato,

salvo en lo que respecta a la relación entre las partes en un contrato de fletamento o acuerdo análogo.

Artículo 4

Si en un contrato se dispone el transporte futuro de mercancías en una serie sucesiva de remesas, el presente instrumento se aplicará a cada una de ellas de conformidad con lo previsto en el artículo 2 y en los apartados a) y c) del párrafo 1 y el párrafo 2 del artículo 3.

Artículo 5

Si un título de transporte o un documento electrónico se expide de conformidad con un contrato de fletamento o un contrato previsto en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 3, dicho título de transporte o documento electrónico deberá regirse por las disposiciones del presente instrumento y éstas se aplicarán al contrato probado por ese instrumento a partir del momento en que rija las relaciones entre el porteador y la persona que goce de derechos en virtud del contrato de transporte, siempre y cuando esa persona no sea un fletador ni una de las partes en un contrato previsto en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 3."

106. Se informó al Grupo de Trabajo de que el grupo de redacción oficioso no había tenido suficiente tiempo para examinar los acuerdos OLSA ni los proyectos de artículo 88 y 89. Se señaló, además, que no había diferencias sustanciales entre el texto revisado de la definición de "contrato de transporte" del artículo 1 y el texto original que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36, salvo por el traslado del requisito relativo al tramo marítimo internacional al artículo 2 de la revisión. En la parte del proyecto de artículo 1 relativa a las definiciones se proponía incluir las definiciones de "servicio de línea" y "servicio distinto del servicio de línea". En el artículo 2 de la revisión figuraba prácticamente todo el texto original del proyecto de artículo 2, pero se había añadido el requisito "doble" de que tanto el contrato de transporte en general como el propio transporte fueran de carácter internacional, se utilizaba la expresión "especificado en el contrato" entre corchetes para definir mejor los términos y se había colocado el párrafo 2 entre corchetes. En el párrafo 1 del artículo 3 de la revisión se procuraba establecer un paralelismo entre la cláusula de exclusión del párrafo 3 del artículo 2 original, en que se mencionaban en primer lugar las pólizas de fletamento y luego los contratos por volumen, los contratos de fletamento y los contratos análogos, con el apartado c) de la revisión, a fin de ayudar a determinar los "contratos análogos". Así pues, en el párrafo 2 del artículo 3 de la revisión se utilizaban elementos combinados de la definición de "título de

transporte" que figuraba en el apartado k) del proyecto de artículo 1 original a efectos de tener en cuenta ciertos contratos relativos a servicios distintos de los servicios de línea que no se debían excluir del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento. El artículo 3 de la revisión era complejo, pero servía para garantizar que las operaciones previstas en las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby siguieran quedando comprendidas en el proyecto de instrumento. Se dijo que el artículo 4 de la revisión era esencialmente similar al párrafo 5 del proyecto de artículo 2 original. Por último, el artículo 5 de la revisión tenía por objeto amparar los derechos de los terceros en los términos del párrafo 4 del proyecto de artículo 2 original, aunque se había utilizado el criterio de "documento no negociable" esbozado en el párrafo 94 *supra*.

107. Si bien el Grupo de Trabajo reconoció la necesidad de seguir examinando el texto revisado antes de adoptar una posición concreta al respecto, se formularon varias observaciones generales. Se dudaba de que en la revisión se abordara de manera adecuada el carácter internacional del tramo marítimo del transporte. Se dijo que en la revisión se exigía un carácter internacional "doble", ya que el párrafo 1 del artículo 2 disponía que los lugares de recepción y de entrega estuvieran en distintos Estados y que los puertos de carga y de descarga también estuvieran en distintos Estados.

108. Se planteó la duda de si cabía aclarar lo que se entendía por "contratos por volumen" y "contratos de fletamento" en el apartado b) del párrafo 2. Se sugirió definir esas expresiones para garantizar una interpretación uniforme. Al respecto, se observó que la intención del apartado b) del párrafo 2 era ayudar a normalizar la interpretación de esas expresiones explicando que los "contratos análogos" eran aquellos "en que se prevea el transporte futuro de mercancías en una serie sucesiva de remesas, independientemente de que se utilicen o no en relación con servicios de línea". Se expresaron reservas con respecto a la inclusión de toda otra definición de esas expresiones, en particular debido a los diversos usos que se les daba en los distintos países.

109. El Grupo de Trabajo convino en que la revisión se podía tomar como una buena base para las futuras deliberaciones relativas al ámbito de aplicación, una vez que se hubiese reflexionado y se hubiesen celebrado consultas al respecto.

Vía judicial

Debate general

110. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el proyecto de capítulo 15, relativo a la vía judicial, que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32 y consiste en una variante A y una variante B, y observó que la diferencia entre las dos variantes radicaba en que en la variante A se incluía el proyecto de artículo 75, relativo a la litispendencia (véanse los párrafos 142 a 144 *infra*). El Grupo de Trabajo escuchó un breve informe redactado por el grupo de consultas oficiosas que se estableció con objeto de proseguir las deliberaciones entre sus períodos de sesiones (véase A/CN.9/552, párrafo 167, y los párrafos 11 y 82 *supra*). El grupo de consultas había sostenido un intercambio de opiniones no sólo acerca de las disposiciones del proyecto de capítulo 15, sino también respecto de principios más amplios, como la

conveniencia de incluir o no disposiciones relativas a la jurisdicción o a la vía judicial, y sobre la forma que podrían revestir dichas disposiciones.

111. En general el Grupo de Trabajo se declaró partidario de que se introdujera en el texto un capítulo referente a la vía judicial. Según algunas delegaciones, el tema de la competencia jurisdiccional debería dejarse totalmente en manos de las partes en el contrato de transporte. Además, se temía que las negociaciones sobre este complejo tema acabaran impidiendo que se llegara a un consenso sobre las disposiciones del proyecto de instrumento; también se temía que con las disposiciones en materia de jurisdicción que figuran en el proyecto de instrumento, que se basan en las Reglas de Hamburgo, se impusieran obstáculos a los Estados deseosos de ratificar el instrumento. Se planteó asimismo la cuestión de si, en caso de que el Grupo de Trabajo conviniera en insertar en el texto un capítulo relativo a la competencia jurisdiccional o a la vía judicial, habría que suprimir el apartado d) del párrafo 1 del proyecto de artículo 2, relativo al ámbito de aplicación del proyecto de instrumento (véase A/CN.9/WG.III/WP.36, nota 18 de pie de página).

112. Se explicó también al Grupo de Trabajo que la Comunidad Europea había introducido reglas comunes en materia de competencia jurisdiccional, que figuraban en el artículo 1 del Reglamento de Bruselas (Reglamento (CE) Núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil) y que no impedirían a los Estados miembros que hubieran suscrito dichas reglas negociar normas para el proyecto de instrumento que, de ser necesario, se apartaran del Reglamento de Bruselas.

Conclusiones del Grupo de Trabajo

113. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en incluir en el proyecto de instrumento un capítulo relativo a la jurisdicción o a la vía judicial.

Artículo 72

Vía judicial limitada a los Estados Contratantes

114. Muchas delegaciones estuvieron de acuerdo en que las palabras “ante un tribunal” tenían un alcance excesivo que debería limitarse agregándoles las palabras “de un Estado Contratante”. Otro problema conexo que se planteó era la cuestión de si sería apropiado que se recurriera al derecho interno del Estado del foro para determinar el tribunal competente en procedimientos judiciales, como se indica en la introducción del proyecto de artículo 72. A este respecto, se hizo referencia al párrafo 1 del artículo 33 del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (“el Convenio de Montreal”), que, según se afirmó, permitía recurrir a tribunales tanto nacionales como internacionales para determinar la competencia. No obstante, se apoyó la opinión de que era apropiado y habitual recurrir al derecho interno en los convenios de transporte.

Conclusiones del Grupo de Trabajo

115. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que en la introducción del proyecto de artículo 72 se agregaran a las palabras “ante un tribunal” las palabras “de un Estado Contratante”.

Partes a las que deberían ser aplicables las normas

116. Si bien se opinó que las disposiciones relativas a la competencia debían abarcar todas las cuestiones contractuales, el Grupo de Trabajo prosiguió su examen partiendo de la premisa de que, en general, las disposiciones del proyecto de artículo 72 eran útiles como base de las deliberaciones sobre la competencia judicial para entender en demandas entabladas por la parte reclamante de la carga contra el porteador contratante. Sin embargo, se consideró que en las acciones judiciales incoadas contra una parte ejecutante marítima no serían apropiados los factores de conexión enunciados a la sazón en el proyecto de artículo 72 a efectos de determinar la competencia para entender en acciones judiciales contra el porteador contratante. Además, se estimó que, por lo menos para dos tipos de partes ejecutantes marítimas, habría que enunciar factores de conexión distintos a fin de que estuviera debidamente justificada la jurisdicción sobre dichas partes; así, el estibador o la empresa de una terminal de transporte debería estar sujeto a una jurisdicción limitada al criterio del establecimiento principal o del lugar en que se prestara un servicio, mientras que sería razonable disponer que la jurisdicción sobre el porteador marítimo se determinara en función del puerto de carga o del puerto de descarga. Esta opinión recibió apoyo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo

117. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en lo siguiente:

- La lista de factores de conexión enunciada en el proyecto de artículo 72 sólo sería adecuada en lo que respecta a las acciones judiciales entabladas por la parte reclamante de la carga contra el porteador contratante;
- Las demandas incoadas contra la parte ejecutante marítima deberían estar sujetas a factores de conexión distintos.

“demandante”

118. Se señaló que tal vez no era apropiada la utilización que se hacía del término “demandante” en la introducción del proyecto de artículo 72 para denotar la persona que tiene derecho a elegir el foro. Al respecto se observó que un porteador demandado por la pérdida de la carga o por los desperfectos sufridos por ésta podría realmente evitar que se le impusiera el tribunal elegido por el demandante entablando, a su vez, una acción judicial para obtener una declaración de exención de responsabilidad. A fin de evitar esta situación, se sugirió que en la introducción del proyecto de artículo se empleara un término que dejara claro que la elección del foro correspondía únicamente a la parte reclamante de la carga. A tal efecto, se propuso que se sustituyera el término “demandante” por “la parte reclamante” y que

el concepto de "parte reclamante" se definiera del modo siguiente: "la persona que entabla una acción judicial contra el porteador".

Conclusiones del Grupo de Trabajo

119. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se sustituyera el término "demandante" por una expresión más apropiada por la que se entendiera claramente que se hacía referencia a "la parte reclamante de la carga", y no al porteador.

Concurso de acciones - Concentración de demandas en un único foro

120. Se planteó la cuestión de si, en el capítulo sobre la jurisdicción, convendría que todas las demandas entabladas a raíz de un mismo incidente se concentraran en un único foro. Si bien no se llegó a ningún acuerdo concreto al respecto, se sugirió que se incluyeran en el proyecto de artículo 72, como factores de conexión, el puerto de carga y el puerto de descarga (véase el párrafo 128 *infra*); se argumentó que de este modo las diversas partes reclamantes de la carga tendrían un interés común obvio e importante sobre cuya base elegirían lógicamente el foro. Se expresó cierta preferencia por que se adoptara un conjunto de normas que facilitaran la concentración de las acciones judiciales en un único foro, en vez de redactar una regla específica con tal fin. Se observó también que el artículo I del Reglamento de Bruselas contenía una regla que podría ser muy instructiva al respecto.

Conclusiones del Grupo de Trabajo

121. El Grupo de Trabajo no llegó a ningún acuerdo concreto sobre esta cuestión.

Apartado a) - El lugar del establecimiento principal o de residencia habitual del demandado

122 El Grupo de Trabajo apoyó, en general, el apartado a). Se observó que si bien en él se hacía referencia al establecimiento principal del demandado, en el artículo 34 del proyecto de instrumento, relativo a los datos del contrato, se exigía simplemente el nombre y la dirección del porteador. Se preguntó si esos datos debían tenerse por el establecimiento principal, o si habría que especificar ese requisito. Se comentó que, en caso de que se suprimiera el apartado b), podría aclararse el enunciado del apartado a), tal vez haciendo referencia al domicilio legal del demandado. Al plantearse la cuestión de si había realmente alguna diferencia entre el domicilio y el establecimiento principal, una delegación se remitió al artículo 34 del Convenio de Montreal, que designaba "el tribunal competente en el domicilio del porteador o de su establecimiento principal por conducto del cual se haya celebrado el contrato".

123. A raíz de este debate, se convino en que la expresión "establecimiento principal" figurara en adelante entre corchetes para ser reexaminada, y tal vez definida, ulteriormente, y que al final del apartado se insertaran las palabras "su domicilio" entre corchetes.

Conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo respecto del apartado a)

124. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino lo siguiente:

- Poner entre corchetes las palabras “establecimiento principal”;
- Insertar entre corchetes, al final del párrafo, las palabras “su domicilio”.

Apartado b) - Lugar de celebración del contrato

125. Se apoyó con vehemencia la supresión del apartado b). De conformidad con las notas de pie de página 223 y 30 del documento A/CN.9/WG.III/WP.32, las delegaciones coincidieron en que, en la práctica moderna del ramo de los transportes, el lugar de celebración del contrato de transporte no tenía prácticamente ninguna importancia para su ejecución y, dado que en el proyecto de instrumento no se hacía ninguna distinción entre los documentos sobre papel y los documentos electrónicos, podía resultar difícil, cuando no imposible, determinar el lugar de celebración del contrato. Se sugirió que se diera cierta importancia a la filial de la empresa por conducto de la cual se hubiera celebrado el contrato, como factor de conexión en las demandas judiciales entabladas contra una parte que no fuera el porteador contratante. Se sugirió tener presente esta propuesta en ulteriores deliberaciones.

Conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo respeto del apartado b)

126. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Suprimir el apartado b);
- Tener presente en futuras deliberaciones la cuestión de si la filial por conducto de la cual se celebró un contrato podía considerarse un factor de conexión importante en las acciones judiciales entabladas contra partes ejecutantes marítimas.

Apartado c) - Lugar de recepción o de entrega

127. Las delegaciones apoyaron, en general, que se mantuviera en el texto del proyecto el lugar de recepción y de entrega de las mercancías como factores de conexión para la determinación del foro. Una delegación argumentó que no quedaba claro si las palabras “el lugar de recepción o el lugar de entrega” correspondían al lugar de recepción y entrega de las mercancías conforme al contrato o al lugar en que se hubieran producido realmente la recepción y la entrega. Se sugirió que se aclarara este matiz.

128. Se sugirió que, tal como se proponía en el párrafo 30 del documento A/CN.9/WG.III/WP.34, se agregaran al apartado otros dos lugares, a saber, el puerto de carga y el puerto de descarga. Se sostuvo que era conveniente especificar esos dos lugares para conseguir que todas las acciones judiciales entabladas a raíz de un accidente se ejercitaran en un mismo foro. No obstante, algunas delegaciones consideraron que, si se añadían esos otros dos lugares, existía el riesgo de que se crearan factores de conexión excesivamente amplios para determinar la jurisdicción, lo que era innecesario y complicaría el asunto. Se expresó la opinión de que toda necesidad de prever otros lugares ya estaba resuelta con el apartado d), que permitía al demandante elegir cualquier otro lugar.

Conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo respecto del apartado c)

129. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Añadir entre corchetes una referencia al puerto de carga y al puerto de descarga;
- Redactar el apartado en los siguientes términos: "El lugar [efectivo] de recepción o de entrega de las mercancías [previsto en el contrato]".

Apartado d) - Lugar designado al efecto en el título de transporte y las cláusulas sobre jurisdicción

130. Con respecto al apartado d) se manifestaron tres opiniones. Un punto de vista fue que la competencia exclusiva debería ser la norma, de forma que el apartado d) constituiría el único fundamento en la materia, y el tribunal convenido en el contrato de transporte, estuviese previsto o no en el proyecto de instrumento, sería el único foro competente. Se expresó cierto apoyo a la opinión de que las partes contratantes deberían ser libres para elegir la jurisdicción, y se señaló que eso aportaría certidumbre en el ámbito comercial.

131. Otro punto de vista fue que el apartado d) debería permitir la elección exclusiva de la jurisdicción por las partes contratantes, pero solo si optaban por uno de los lugares enumerados en los apartados a) y c). Como explicación se apuntó que, si bien las partes reclamantes de la carga son negociantes avezados, una libertad total en la elección de jurisdicción podría dar lugar a abusos por parte del porteador. Por tal razón, se sugirió que el apartado d) sólo permitiera elegir entre lugares que tuvieran objetivamente una vinculación real con la operación y solo lugares situados en un Estado Contratante.

132. Una tercera opinión fue que el foro designado en el título de transporte se considerase simplemente una base jurisdiccional más que se sumaría a la lista de posibles jurisdicciones entre las cuales la parte reclamante de la carga pudiera elegir en el proyecto de artículo. Se opinó que eso le daba más opciones, además de los lugares ya enunciados en los apartados a) y c), y no la limitaba a aceptar el foro especificado en la cláusula sobre jurisdicción.

133. El Grupo de Trabajo no llegó a un consenso en cuanto a la opinión que debería prevalecer con respecto a las cláusulas del contrato de transporte relativas a la jurisdicción.

Conclusiones del Grupo de Trabajo

134. El Grupo de Trabajo convino en seguir examinando este asunto a la luz de las deliberaciones y no llegó a un acuerdo concreto.

Acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (acuerdos OLSA)

135. Seguidamente, el Grupo de Trabajo escuchó una propuesta (véase A/CN.9/WG.III/WP.34, párrafos 34 y 35) de introducir, con respecto a los acuerdos OLSA, dos excepciones a las reglas generales relativas a la jurisdicción enunciadas

en el artículo 72. Se propuso dar a las partes en un acuerdo OLSA la posibilidad de sustraerse a los términos del proyecto de instrumento, incluso a las disposiciones sobre la elección del foro, y que la elección de foro prevista en el acuerdo OLSA fuera exclusiva. Se señaló que las condiciones y los criterios exigidos para que un acuerdo se denominara OLSA ofrecerían una salvaguardia adecuada a las partes en el contrato. Una segunda excepción conexa sería que, cuando las partes en un acuerdo OLSA designaran un foro para las demandas relativas a la carga, esa elección debería ser vinculante para los terceros, siempre y cuando se les hubiese notificado por escrito dónde podría ejercitarse la acción y el lugar elegido tuviese una vinculación razonable con ésta. Se dijo que, puesto que la elección del foro era importante, por cuanto aseguraba previsibilidad a las partes, también era importante que la elección fuese vinculante para los terceros cuyos derechos dimanasen del acuerdo OLSA. Además se señaló que ese enfoque podía verse como una fórmula de transacción entre las tres opiniones expresadas acerca de las cláusulas sobre jurisdicción, pues si bien la elección de foro prevista en los acuerdos OLSA sería exclusiva, por otra parte tendría que recurrirse a la lista de lugares enunciados en el proyecto de instrumento.

136. El Grupo de Trabajo no examinó concretamente la propuesta relativa a los acuerdos OLSA en relación con la jurisdicción, si bien se expresaron preocupaciones, en general, con respecto a la necesidad de incluir una cláusula sobre la competencia jurisdiccional en lo que respecta a esos acuerdos.

Artículo 73

137. El Grupo de Trabajo examinó el texto de la variante A del proyecto de artículo 73 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32. Se indicó que se habían omitido por inadvertencia una parte del apartado a) del párrafo 2 del artículo 21 de las Reglas de Hamburgo y la totalidad del apartado b) de la misma disposición, y que, hasta que se corrigiera esa omisión, deberían tenerse presentes esas disposiciones de las Reglas de Hamburgo.

Debate general

138. Se formularon reservas sobre la inserción de una disposición sobre el embargo preventivo del buque en el capítulo del proyecto de instrumento relativo a la jurisdicción. Se sostuvo que determinar el foro en función del lugar del embargo preventivo del buque podía causar problemas con el Convenio internacional relativo al embargo preventivo de buques destinados a la navegación marítima de 1952 y el Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques de 1999 (en adelante llamados “los convenios sobre embargo preventivo”). También se sostuvo que no abordar la relación del proyecto de instrumento con los convenios sobre embargo preventivo podía crear incertidumbre en cuanto a la posibilidad de invocar lo dispuesto en ellos con respecto a la competencia en el caso de demandas relacionadas con el instrumento. Esta argumentación recibió apoyo y varias delegaciones consideraron también que, antes de adoptar una decisión al respecto, el Grupo de Trabajo debería examinar más detenidamente la relación entre el proyecto de artículo 73 y los convenios sobre embargo preventivo.

Conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo respecto del proyecto de artículo 73

139. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que todo el proyecto de artículo 73 figurara entre corchetes hasta que se evaluara más a fondo su relación con los convenios sobre embargo preventivo.

Artículo 74

140. El Grupo de Trabajo examinó el texto de la variante A del proyecto de artículo 74 que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32. El artículo 74 se había redactado como fórmula de transacción entre los intereses de la parte reclamante de la carga y los del porteador, de modo tal que la primera pudiera elegir el foro judicial ante el que entablaría su demanda de conformidad con el proyecto de artículo 72 y el segundo no pudiera denegar el acceso a ninguno de los foros enumerados. No obstante, también se observó que el proyecto de artículo 74 era el reverso de la moneda, ya que la parte reclamante de la carga solo podría elegir un foro que figurara en dicha lista. Si bien algunas delegaciones argumentaron que la segunda oración del proyecto de artículo 74, que hacía referencia a las medidas cautelares, podría entrar en conflicto con los convenios sobre embargo preventivo, otras delegaciones consideraron que esa oración tenía justamente la finalidad de evitar limitaciones de las medidas cautelares y, por consiguiente, no entraría en conflicto con lo dispuesto en los mencionados convenios. Se manifestó apoyo general al proyecto de artículo 74.

Conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo respecto del proyecto de artículo 74

141. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en mantener el texto del proyecto de artículo 74, pero también decidió estudiar las repercusiones que podría tener la segunda oración del artículo cuando se examinara la interacción entre el proyecto de artículo 73 y los convenios sobre embargo preventivo.

Artículo 75

Conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo respecto del proyecto de artículo 75

144. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en poner entre corchetes la variante A del proyecto de artículo 75, a reserva de ulteriores deliberaciones.

Artículo 75 bis

145. El Grupo de Trabajo examinó el texto de la variante A del proyecto de artículo 75 bis que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32. Se respaldó la opinión de que las circunstancias previstas en esa disposición, en que las partes podían elegir el foro de común acuerdo después de que hubiera surgido un litigio, difería notablemente de las previstas en las cláusulas sobre la elección del foro, que entraban a regir antes de que existiera un daño o una pérdida. En general se aceptó el principio enunciado en la variante A, si bien también se observó que, si en última instancia se aprobaba una cláusula de competencia exclusiva, ese proyecto de artículo podría ser redundante. Además, se expresaron las dudas que figuran a continuación con respecto a la claridad del texto del proyecto de artículo.

"todo acuerdo"

146. Se expresaron dudas en cuanto a la forma del acuerdo que sería aceptable en virtud del proyecto de disposición, en particular, si debía ser un acuerdo expreso o podía ser un acuerdo implícito.

"celebrado por las partes"

147. También se pidió que se aclarara si el término "partes" se aplicaba en esa disposición a las partes en el contrato de transporte o a las partes en la controversia surgida a raíz de la pérdida o el daño. Algunas delegaciones apoyaron la opinión de que la intención era referirse a las partes en la controversia y no a las partes en el contrato de transporte. Se sugirió que se aclarara esa idea en el texto de la disposición.

"después de presentada una reclamación basada en el contrato de transporte"

148. También se planteó la duda de si el acuerdo podía concertarse únicamente después de que se hubiera entablado una demanda con respecto a la pérdida o el daño, o si, por el contrario, en el texto se hacía referencia al momento en que se había producido la pérdida o el daño. Se apoyó la opinión de que la intención era referirse a los acuerdos concertados después de haberse producido la pérdida o el daño. Otra opinión fue que debería ser el momento en que las partes se enteraran de la pérdida o el daño. El Grupo de Trabajo convino en poner esa frase entre corchetes a reserva de ulteriores deliberaciones.

Cuestiones relativas al concurso de acciones

149. Recibió cierto apoyo la opinión de que el problema del concurso de acciones examinado en general con respecto a la competencia (véanse los párrafos 120 y 121 *supra*) también podía surgir con respecto al proyecto de artículo 75 bis, ya que podía haber demandas contra el porteador contratante y las partes ejecutantes marítimas al mismo tiempo, lo que tal vez complicaría la cuestión de ponerse de acuerdo sobre la competencia. Se sugirió tener en cuenta ese problema en futuras deliberaciones.

Conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo respecto del proyecto de artículo 75 bis

150. Al término de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo convino en:

- Poner entre corchetes la frase "después de presentada una reclamación basada en el contrato de transporte" a fin de indicar la necesidad de aclarar más ese aspecto;
- Considerar si había que hacer más aclaraciones con respecto a la forma del acuerdo necesario y a la identidad de las partes.

Arbitraje

151. El Grupo de Trabajo procedió a examinar el capítulo 16, sobre arbitraje, que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32 y consiste en una variante A y una variante B, cuyas diferencias radican en que la primera contiene los proyectos de

artículo 78 y 80, relativos a la sede del arbitraje y a las disposiciones imperativas en materia de arbitraje, respectivamente. Con referencia a la nota 225 del documento A/CN.9/WG.III/WP.32, se informó al Grupo de Trabajo de que, en consonancia con el criterio seguido en las Reglas de Hamburgo, en la variante A se reproducían las disposiciones sobre arbitraje de dichas Reglas, mientras que la variante B estaba en consonancia con la decisión adoptada en 1999 por el Subcomité Internacional sobre la Uniformidad del Derecho de Transporte Marítimo del CMI. Se comunicó al Grupo de Trabajo que el CMI había examinado esa decisión de 1999 en su 38ª Conferencia Internacional, celebrada en junio de 2004, y había adoptado el principio expresado en el proyecto de artículo 76, y que, si bien se había expresado también apoyo al proyecto de artículo 79, no se había creado un consenso general sobre el capítulo relativo al arbitraje.

152. El Grupo de Trabajo escuchó un breve informe del grupo encargado de celebrar consultas oficiosas, establecido para proseguir las deliberaciones entre sus períodos de sesiones (véase A/CN.9/552, párrafo 167, y los párrafos 11, 82 y 110 *supra*). Se comunicó que el grupo había intercambiado opiniones acerca de la inserción de reglas de arbitraje en el proyecto de instrumento y acerca de los diversos aspectos que pudieran dimanar de dichas reglas.

Relación con la práctica general del arbitraje internacional

153. Se señaló que el proyecto de capítulo 16 se había tomado de las Reglas de Hamburgo, que se redactaron en 1978, antes de que recibieran amplia aceptación las normas uniformes de arbitraje internacional. Se sugirió que el proyecto de instrumento debería armonizarse, en particular, con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (la Ley Modelo) y con la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958 (la Convención de Nueva York), y que apartarse de esas normas solo debería tomarse en consideración si hubiera razones concretas de política para hacerlo. En este contexto, se declaró asimismo que era preciso examinar atentamente tres puntos en particular:

- El requisito previsto en el proyecto de artículo 76 de que los acuerdos de arbitraje constaran por escrito posiblemente debería coordinarse con la labor en curso de la CNUDMI sobre el artículo 7 de la Ley Modelo, encaminada a liberalizar el requisito de forma;

- El requisito previsto en el proyecto de artículo 77 con respecto a incorporar el acuerdo de arbitraje en el título de transporte o el documento electrónico posiblemente debería coordinarse con la norma general de arbitraje relativa a la incorporación por remisión;

- El proyecto de artículo 79, que podría interpretarse como una restricción de la posibilidad de arbitraje *ex aequo et bono* (con equidad y justicia, es decir, con primacía sobre la letra estricta de un precepto legal, si es necesario), tal vez debería reconsiderarse, en vista de que en algunos países ese tipo de arbitraje se practica también en la esfera del derecho marítimo.

Debate general

154. Se expresó la opinión de que el principio de recurrir libremente al arbitraje era un concepto profundamente arraigado, tanto en la Ley Modelo como en la Convención de Nueva York, por lo que no se debería incluir disposición alguna al respecto en el proyecto de instrumento. Se manifestó también que las cláusulas de arbitraje tenían amplia aplicación en los servicios de línea no regular, y que las partes en las operaciones comerciales no aceptarían injerencia alguna en la práctica existente de recurrir al arbitraje con total libertad. Asimismo, se dijo que los servicios de línea no regular, que solían incorporar las Reglas de La Haya-Visby en sus contratos de fletamento, no estarían dispuestos a incorporar en futuros contratos de fletamento el proyecto de instrumento si éste contenía reglas sobre arbitraje. Además, se manifestó que los procedimientos de arbitraje eran fundamentales en el comercio internacional, como también lo eran los centros de arbitraje y las reglas sobre arbitraje ya existentes, por lo que insertar reglas de arbitraje en el proyecto de instrumento podría crear incertidumbre en el ámbito comercial. Se expresó apoyo a esta opinión.

155. Ahora bien, también se sugirió que sería ventajoso reglamentar con suficiente minuciosidad las cuestiones relacionadas con el arbitraje, posiblemente en los términos de las Reglas de Hamburgo.

156. Una tercera postura fue que el proyecto de instrumento debería contener solo disposiciones básicas sobre arbitraje, de forma que no perturbara el régimen internacional correspondiente, pero que garantizase la aplicación de las disposiciones imperativas del proyecto de instrumento. En particular se dijo que no debería ser posible que simplemente recurriendo al arbitraje se soslayaran las normas sobre jurisdicción, que se consideraban útiles para evitar la aplicación abusiva del proyecto de instrumento. También se expresó apoyo a ese criterio. En este contexto, se indicó que la presencia de una cláusula de arbitraje en un contrato no afectaba al derecho del demandante a litigar en los lugares previstos en el proyecto de instrumento, con la siguiente excepción: si uno de esos lugares se hubiese elegido para el procedimiento de arbitraje, en ese lugar no se podría litigar, sino únicamente recurrir al arbitraje. Para litigar se debería recurrir a los otros lugares.

Conclusiones

157. Tras un debate general, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Todo el capítulo 16 figurase entre corchetes;
- Las palabras “por un acuerdo que conste por escrito” del proyecto de artículo 76 figurasen entre corchetes;
- El proyecto de artículo 79 figurase entre corchetes;
- Se pidiese a la Secretaría que estudiase los posibles conflictos entre el proyecto de instrumento y la práctica uniforme del arbitraje internacional, tal como la recogen los instrumentos y leyes modelo de la CNUDMI;
- Se considerase la elaboración de una fórmula para impedir que se soslayaran las posibles normas imperativas del proyecto de instrumento recurriendo al arbitraje.

III. Otros asuntos

Cuestiones relativas al comercio electrónico

158. El Grupo de Trabajo recordó que la Comisión, tras haber terminado de elaborar su Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, en 2001, había pedido al Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) que examinara tres temas que podían ser objeto de su labor futura: la preparación de un instrumento internacional relativo a la contratación por vía electrónica; un estudio completo de los obstáculos jurídicos presentes en las convenciones y acuerdos comerciales uniformes vigentes que podían oponerse al desarrollo del comercio electrónico, y la cuestión de la negociabilidad y la transferencia de derechos sobre bienes por medios electrónicos.

159. El Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico había llegado a la conclusión de que, como la negociabilidad y la transferencia de derechos era un ámbito jurídico delicado que exigía soluciones muy específicas, no debía abordarse en el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (anexo al documento A/CN.9/571). La preparación de esa convención y el estudio relativo a los instrumentos internacionales vigentes se habían emprendido simultáneamente, y el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico había terminado de preparar el proyecto de convención en su 44º período de sesiones.

160. Se indicó que el proyecto de convención contenía dos disposiciones que revestían interés en el contexto de la labor en curso del Grupo de Trabajo. En el párrafo 2 del proyecto de artículo 2 se excluía expresamente todo "documento o título transferible (incluso los conocimientos de embarque) que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero". En el párrafo 2 del proyecto de artículo 19 se disponía que el régimen del proyecto de convención se aplicaría "a las comunicaciones electrónicas relativas a la formación o el cumplimiento de un contrato o acuerdo al que sea aplicable otra convención, tratado o acuerdo internacional, ... salvo que dicho Estado haya declarado ... que no quedará obligado por el presente párrafo". Se observó que, sin perjuicio de la exclusión prevista en el párrafo 2 del proyecto de artículo 2, en virtud del párrafo 2 del artículo 19 un contrato de transporte, que no era un título propiamente dicho, podría estar regulado por el régimen del proyecto de convención. Se invitó al Grupo de Trabajo a que examinara las consecuencias de esa disposición.

161. Si bien el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico aún no había tenido la oportunidad de examinar oficialmente el capítulo relativo a las comunicaciones electrónicas y demás disposiciones conexas del proyecto de instrumento que se estaba preparando, varias delegaciones integrantes de ese Grupo de Trabajo habían formulado opiniones a título oficioso sobre esos aspectos. Se había expresado preocupación acerca del concepto de "documento electrónico negociable de transporte" utilizado en el proyecto de instrumento, habida cuenta de las dificultades de lograr la equivalencia funcional entre los escritos y sus equivalentes electrónicos y, en particular, de garantizar la unicidad de los registros electrónicos. Otros aspectos que cabría examinar más a fondo eran las disposiciones sobre la

autenticación de las comunicaciones entre las partes, en particular en vista del carácter transfronterizo del proyecto de instrumento.

162. Se sugirió que, habida cuenta de las esferas complementarias y de interés mutuo del proyecto de convención y el proyecto de instrumento, los dos grupos de trabajo celebraran, en el intervalo entre los períodos de sesiones, una reunión oficiosa de expertos en materia de comercio electrónico y derecho del transporte, lo que redundaría en beneficio de la labor de ambos. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con esa sugerencia.

Programación de los períodos de sesiones 15º y 16º

163. El Grupo de Trabajo observó que su 15º período de sesiones se celebraría en Nueva York del 18 al 28 de abril de 2005. Tomó nota con reconocimiento de la decisión adoptada por la Comisión en su 37º período de sesiones en el sentido de que se le asignaran dos semanas para proseguir su labor (véase A/59/17, párrafo 136).

164. Se observó que, a reserva de la aprobación de la Comisión en su 38º período de sesiones, el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebraría en Viena del 28 de noviembre al 9 de diciembre de 2005 (véase A/59/17, párrafo 137).

Planificación de la labor futura

165. Con miras a estructurar las deliberaciones sobre las disposiciones restantes del proyecto de instrumento, el Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa provisional para sus dos períodos de sesiones siguientes:

15º período de sesiones (Nueva York, 18 a 28 de abril de 2005)

- Comercio electrónico
- Documentos de transporte
- Derecho de control
- Transferencia de derechos
- Continuación de las deliberaciones sobre la autonomía contractual, incluidos los acuerdos OLSA y el ámbito de aplicación
- Continuación de las deliberaciones sobre competencia jurisdiccional y arbitraje

16º período de sesiones (Viena, 28 de noviembre a 9 de diciembre de 2005, a reserva de la aprobación de la Comisión)

- Obligaciones del cargador
- Entrega de las mercancías
- Niveles de limitación
- Demanda judicial y plazo para su presentación
- Cuestiones pendientes

Mesa redonda sobre comercio electrónico, derecho de control y transferencia de derechos

166. El Grupo de Trabajo tomó nota de la iniciativa de varias delegaciones que integraban el grupo encargado de celebrar consultas oficiosas en el sentido de proseguir las deliberaciones entre los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo con miras a acelerar el intercambio de opiniones, la formulación de propuestas y el surgimiento de consenso en torno a la preparación de la tercera y última lectura del proyecto de instrumento (véase A/CN.9/552, párrafo 167). El grupo de consultas pasaría a abordar las cuestiones que se examinarían en Nueva York en abril de 2005 y se había previsto celebrar, posiblemente en Londres, los días 24 y 25 de febrero de 2005, una mesa redonda oficiosa sobre cuestiones relativas al comercio electrónico, el derecho de control y la transferencia de derechos en la que podrían participar todos los miembros y observadores interesados. Se informó al Grupo de Trabajo de que el grupo encargado de celebrar consultas oficiosas estaba abierto a la participación de todas las delegaciones y que sus integrantes podían hacer propuestas en todos los idiomas oficiales, ya que la labor del grupo se regía por el principio del multilingüismo. Se indicó también que las actuaciones pasadas y futuras del grupo se archivarían en un sitio *web* protegido, si así lo deseara el Grupo de Trabajo.

B. Nota de la Secretaría sobre la preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Versión provisional revisada de los artículos del proyecto de instrumento examinados en el informe del Grupo de Trabajo III sobre la labor realizada en su 13º período de sesiones (A/CN.9/552), presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 14º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.39) [original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
	Introducción	1
I.	Capítulo 5: Responsabilidad del porteador (continuación)	2-10
	A. Responsabilidad de toda parte ejecutante (proyecto de artículo 15, continuación)	2
	B. Retraso (proyecto de artículo 16)	3
	C. Interpretación del instrumento (proyecto de artículo 2 bis)	4
	D. Cálculo de la indemnización (proyecto de artículo 17)	5
	E. Límites de la responsabilidad (proyecto de artículo 18)	6
	F. Enmienda de los límites fijados (proyecto de artículo 18 bis)	7
	G. Pérdida del derecho a limitar la responsabilidad (proyecto de artículo 19)	8
	H. Notificación en caso de pérdida, daño o retraso (proyecto de artículo 20)	9
	I. Reclamaciones extracontractuales (proyecto de artículo 21)	10
II.	Capítulo 6: Disposiciones suplementarias relativas al transporte por mar	11-13
	A. Responsabilidad del porteador (proyecto de artículo 22)	11
	B. Desvío de ruta (proyecto de artículo 23)	12
	C. Carga sobre cubierta (proyecto de artículo 24)	13
III.	Capítulo 7: Obligaciones del cargador	14-22
	A. Entrega de las mercancías listas para el transporte (proyecto de artículo 25)	14
	B. Obligación del porteador de facilitar información e instrucciones (proyecto de artículo 26)	15
	C. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos (proyecto de artículo 27)	16
	D. Proyecto de artículo 28	17
	E. Fundamento de la responsabilidad del cargador (proyectos de artículo 29 y 30) y de la responsabilidad del porteador por no facilitar información e instrucciones (proyecto de artículo 13 bis)	18
	F. Reglas especiales relativas a las sustancias peligrosas (nuevo proyecto de artículo 30)	19

G. Declaración falsa de un cargador (proyecto de artículo 29 bis) 20
H. Asunción de los derechos y obligaciones del cargador (proyecto de artículo 31) 21
I. Responsabilidad por la actuación de sus subcontratistas, empleados y agentes (proyecto de artículo 32) 22
IV. Capítulo 9: Flete 23

Introducción

1. Durante su 13º 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 figura en el anexo de la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.32). Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de las disposiciones examinadas, a la luz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, durante su 13º período de sesiones, y de las conclusiones recogidas en el informe de dicho período de sesiones (A/CN.9/552). La versión provisional revisada de dichos artículos puede verse a continuación, en las secciones I a IV del presente documento.

I. Capítulo 5: Responsabilidad del porteador (continuación)

A. Responsabilidad de toda parte ejecutante (proyecto de artículo 15, continuación)

2. El Grupo de Trabajo examinó los párrafos 5 y 6 del proyecto de artículo 15 a la luz de lo dicho en los párrafos 10 a 17 del informe A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, la versión provisional revisada de los párrafos 5 y 6 del proyecto de artículo 15 diría lo siguiente:

Artículo 15 bis[1]

"1.[2] Si la responsabilidad por la pérdida de las mercancías, por el daño sufrido por éstas o por el retraso en su entrega recae en el porteador y en una o más partes ejecutantes marítimas[3], su responsabilidad será mancomunada y

[1] Conforme se decidió en el párrafo 17 de A/CN.9/552, se extrajo del proyecto de artículo 15 el texto de sus párrafos 5 y 6 para formar una disposición aparte numerada, de momento, artículo 15 bis.

[2] Esta disposición, corresponde al párrafo 6 del proyecto de artículo 15 (en A/CN.9/WG.III/WP.32), que fue renumerado como párrafo 5 del mismo artículo (véase párrafo 12, A/CN.9/WG.III/WP.36) y se presenta ahora como párrafo 1 del proyecto de artículo 15 bis.

[3] En la nota 82 de A/CN.9/WG.III/WP.36, se observó que la regla de este artículo debería ser únicamente aplicable a las partes ejecutantes de algún tramo marítimo de la operación de transporte. Puesto que este párrafo figura ahora en un artículo aparte, se ha sustituido, en aras de la claridad, la frase "Si la responsabilidad ... recae en más de una parte ejecutante marítima" por

solidaria [, siendo cada una de esas partes responsable de la totalidad del importe de la pérdida, del daño o de la demora, sin perjuicio de toda acción de repetición que pueda haber entre las partes solidariamente responsables,][4], pero dentro de los límites fijados en los artículos 16, 24 y 18.

2.[5] A reserva de lo dispuesto en el artículo 19, la responsabilidad acumulada de todas esas personas no excederá de los límites globales enunciados en el presente instrumento[6].

[3. De prosperar alguna demanda presentada contra una parte ejecutante no marítima por la pérdida de las mercancías, el daño que les sea ocasionado o el retraso en su entrega, la suma percibida por el demandante será deducible de toda demanda subsiguiente, por esa misma pérdida, daño o retraso, entablada por el demandante frente al porteador o frente a una parte ejecutante marítima.][7]"

B. Retraso (proyecto de artículo 16)

3. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 16 a la luz de lo dicho en los párrafos 18 a 31 del documento A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, la versión provisional revisada del artículo 16 diría lo siguiente:

"Si la responsabilidad ... recae en el porteador o en una o más partes ejecutantes marítimas". El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si esta aclaración responde a las inquietudes señaladas en el párrafo 14 de A/CN.9/552, salvo la inquietud concerniente a la compensación, que se examinará en el marco del párrafo 3 de este mismo proyecto de artículo.

[4] Conforme se decidió en los párrafos 12 y 17 de A/CN.9/552, se ha añadido el texto que figura entre corchetes para aclarar el significado del término *"joint and several liability"* ("responsabilidad mancomunada y solidaria"). Ahora bien, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el empleo que se hace de dicho término en diversos instrumentos internacionales, entre los que cabe citar: párrafo 10 4) de las Reglas de Hamburgo; párrafo 27 4) de la Reglas Uniformes relativas al contrato de transporte internacional ferroviario de mercancías, conforme fue enmendado por el Protocolo de Modificación de 1999 ("CIM-COTIF 1999"); párrafo 4 5) del Convenio de Budapest relativo al contrato de transporte de mercancías por vías de navegación interior, 2000 ("CMNI"); párrafo 30 3) del Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, conforme fue enmendado por los protocolos de 1955 y 1975 ("Convenio de Varsovia"); y párrafo 36 3) del Convenio para la unificación de ciertas reglas del transporte aéreo internacional, Montreal 1999 ("Convenio de Montreal").

[5] Esta disposición, que aparecía como párrafo 7 del proyecto de artículo 15 (A/CN.9/WG.III/WP.32), fue renumerada como párrafo 6 del mismo artículo (véase párrafo 12, A/CN.9/WG.III/WP.36) y figura ahora como párrafo 2 del proyecto de artículo 15 bis.

[6] Conforme se indicó en los párrafos 13 y 17 de A/CN.9/552, se estimó apropiado el principio general de la suma global reclamable enunciado en el párrafo 6, actual párrafo 2 del artículo 15 bis.

[7] Conforme se decidió en los párrafos 14 y 17 de A/CN.9/552, se ha preparado una versión revisada en espera de que se examine más en detalle la preparación de una regla uniforme en materia de compensación, o de que se decida remitir dicha cuestión al derecho interno aplicable. Véase también *supra*, nota 3.

"Artículo 16. Retraso

1. Se considerará que hay retraso en la entrega cuando las mercancías no se entreguen en el lugar de destino estipulado en el contrato de transporte dentro del plazo expresamente acordado[8] o, a falta de tal acuerdo dentro del plazo que sea razonable esperar de un porteador diligente, a la luz de las condiciones del contrato, de las características del transporte y de las circunstancias del viaje[9].

2. [Salvo acuerdo en contrario,][10] De ocasionar el retraso alguna pérdida [indirecta][11], no imputable a la pérdida o daño de las mercancías transportadas, a la que por tanto no sea aplicable el artículo 17, la suma abonable en indemnización de dicha pérdida deberá quedar limitada a una cantidad equivalente a [una sola vez][12] el flete pagadero por las mercancías retrasadas. La suma abonable total con arreglo a lo dispuesto en el presente párrafo y en el párrafo 1 del artículo 18 no deberá exceder del límite que sería aplicable en el marco del párrafo 1 del artículo 18 respecto de la pérdida total de las mercancías afectadas."

C. Interpretación del instrumento (proyecto de artículo 2 bis)

4. Conforme se observó en el párrafo 31 del documento A/CN.9/552, el Grupo de Trabajo decidió introducir una disposición similar a la del párrafo 1) del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa a fin de promover la uniformidad en la interpretación del proyecto de instrumento. Cabría colocar esta disposición en el capítulo 1 del proyecto de instrumento, "Disposiciones generales", numerada provisionalmente artículo 2 bis y redactada en términos como los siguientes:

---

[8] Conforme se sugirió en el párrafo 20 de A/CN.9/552, la frase "el plazo expresamente acordado" del párrafo 2 del artículo 5 de las Reglas de Hamburgo tal vez sea más exacto que "todo momento expresamente acordado".

[9] Conforme se decidió en los párrafos 22 y 24 de A/CN.9/552, el porteador deberá responder de toda demora en la entrega de la que sea culpable, por lo que se retuvo, sin corchetes, la regla supletoria enunciada al final del párrafo 1.

[10] Conforme se decidió en los párrafos 28 a 31 de A/CN.9/552, se ha insertado el texto "[Salvo acuerdo en contrario]" al comienzo del párrafo 2, aun cuando será preciso volver sobre esta cuestión en el marco del artículo 19 y del capítulo 19.

[11] Conforme se sugirió en el párrafo 25 de A/CN.9/552, se sugirió que se aclarara en el texto relativo a las pérdidas indirectas. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también la siguiente variante de la primera oración del párrafo 2 del proyecto de artículo 16:
"Toda indemnización por pérdida material o daño de las mercancías, que sea imputable al retraso, deberá ser calculada con arreglo al artículo 17 y, salvo acuerdo en contrario, la indemnización por toda pérdida económica imputable al retraso quedará limitada a una suma equivalente a [una sola vez] el flete pagadero por las mercancías retrasadas."

[12] Conforme se decidió en los párrafos 26, 27 y 31 de A/CN.9/552, se insertó, en el párrafo 2, el texto "[una sola vez] el flete pagadero por las mercancías demoradas" a fin de seguir examinándolo en un ulterior período de sesiones.

"Artículo 2 bis. Interpretación del instrumento

En la interpretación del presente instrumento, 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."

D. Cálculo de la indemnización (proyecto de artículo 17)

5. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 17 a la luz de lo dicho en los artículos 32 a 37 del documento A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, la versión provisional revisada del artículo 17 diría lo siguiente:

"Artículo 17. Cálculo de la indemnización

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 18, la indemnización abonable por el porteador por pérdida o daño de las mercancías será calculada en función del valor de esas mercancías en el lugar y en el momento de su entrega, que se determinarán conforme a lo dispuesto en el artículo 7[13].

2. El valor de las mercancías se fijará en función de su precio en la bolsa de productos básicos o, de no cotizarse en dicha bolsa, en función de su precio de mercado o, de no conocerse tampoco su precio de mercado, en función del valor normal de las mercancías del mismo tipo y de la misma calidad en el lugar de entrega[14].

3. En todo supuesto de pérdida o daño de las mercancías, el porteador no deberá pagar indemnización alguna que no esté prevista en los párrafos 1 y 2, salvo que el porteador y el cargador hayan convenido en calcular la indemnización de un modo diferente, sin salirse de los límites establecidos en el artículo 88."

E. Límites de la responsabilidad (proyecto de artículo 18)

6. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 18 a la luz de lo dicho en los párrafos 38 a 51 del documento A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, la versión provisional revisada del proyecto de artículo 18 diría:

"Artículo 18. Límites de la responsabilidad

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 16 2), la responsabilidad del porteador por pérdida o daño de las mercancías [, o concerniente a las

---

[13] Conforme se decidió en los párrafos 33 y 34 de A/CN.9/552, se trató de mejorar la coherencia con lo dispuesto en el proyecto de artículo 7 sustituyendo el texto "según el contrato de transporte" por "que se determinarán conforme a lo dispuesto en el artículo 7".

[14] Conforme se indicó en los párrafos 35 a 37 de A/CN.9/552, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo.

mismas,][15] quedará limitada a [...] unidades de cuenta por bulto u otra unidad de carga, o a [...] unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas, de ser superior esta suma, salvo que el cargador haya declarado la índole y el valor de las mercancías antes de su expedición y ese valor haya sido consignado en los datos del contrato, o en todo supuesto en el que el porteador y el cargador hayan convenido una suma superior al límite de la responsabilidad fijado en el presente artículo.

[2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, cuando el porteador no pueda determinar si las mercancías se perdieron o dañaron [o si el retraso en la entrega fue causado][16] durante el transporte marítimo o durante el tramo anterior o posterior al tramo marítimo, será aplicable el máximo límite de la responsabilidad previsto en toda norma internacional o nacional de rango imperativo que sea aplicable a cualquiera de los tramos de la operación de transporte.]

3. Cuando las mercancías sean transportadas en o sobre un contenedor[17], los bultos o las unidades de carga consignados en el contrato como envasados o colocados en un contenedor serán tenidos por bultos o unidades de carga. De no figurar así consignadas, todas las mercancías envasadas en un contenedor o colocadas sobre el mismo serán tenidas por una única unidad de carga.

4. La unidad de cuenta a la que se hace referencia en el presente artículo es el denominado derecho especial de giro definido por el Fondo Monetario Internacional. Toda suma mencionada en el presente artículo deberá ser convertida a la moneda del Estado del foro según cuál sea el valor de dicha moneda en la fecha en que sea pronunciada la sentencia o en la fecha estipulada por las partes. El valor, expresado en derechos especiales de giro, de la moneda de un Estado Contratante que sea miembro del Fondo Monetario Internacional deberá ser calculado según el método que sea aplicado por el Fondo Monetario Internacional, en la fecha que sea del caso, para sus propias operaciones. El valor, expresado en derechos especiales de giro, de la moneda de un Estado Contratante que no sea miembro del Fondo Monetario Internacional deberá ser calculado según el método que sea seguido por dicho Estado[18].”

F. Enmienda de los límites fijados (proyecto de artículo 18 bis)

7. Conforme se indicó en los párrafos 40 y 44 del documento A/CN.9/552, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara alguna vía de enmienda rápida

---

[15] Conforme se decidió en los párrafos 41, 42 y 44 de A/CN.9/552, se ha colocado la fórmula “o concerniente a las mismas” entre corchetes en éste y otros proyectos de artículo, en espera de un examen anterior de la misma.

[16] Conforme se decidió en el párrafo 47 de A/CN.9/552, se mantuvo entre corchetes el proyecto de párrafo 2, y se introdujo, entre corchetes, una referencia a la entrega con retraso de las mercancías, para su ulterior examen.

[17] Conforme se indicó en el párrafo 49 de A/CN.9/552, tal vez proceda revisar la definición de “contenedor” del proyecto de artículo 1 a fin de que sea aplicable a las paletas.

[18] Conforme se indicó en el párrafo 51 de A/CN.9/552, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 4.

de los límites de la responsabilidad valiéndose de todo modelo o propuesta ya existente. El artículo 18 bis propone ciertas reglas que cabría utilizar a dicho fin, pero el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las disposiciones de esa índole suelen figurar al final de otros instrumentos, en un capítulo destinado a las denominadas "Cláusulas finales":

"Artículo 18 bis. Enmienda de los límites fijados[19]

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo **[20], el procedimiento especial enunciado en el presente artículo será únicamente aplicable para la finalidad de modificar la cuantía del límite fijado en el párrafo 1 del artículo 18 del presente instrumento.

2. A instancia de una cuarta parte[21] al menos de los Estados Parte en el presente instrumento[22], el depositario[23] distribuirá, a cada uno de los Estados Parte[24], toda enmienda propuesta de la cuantía del límite indicado en el párrafo 1 del artículo 18 del presente instrumento, y convocará una reunión de un Comité compuesto por un representante de cada Estado Parte para que examine la enmienda propuesta.

3. El Comité así formado se reunirá con ocasión del próximo período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y en el lugar donde se celebre dicho período de sesiones.

4. Toda enmienda propuesta deberá ser aprobada por una mayoría de dos tercios de los miembros del Comité, que estén presentes y hagan uso de su voto[25].

5. Al ir a dar curso a una propuesta de enmienda de los límites fijados, el Comité deberá tener en cuenta la experiencia dimanante de todo suceso ya acaecido y, en particular, la cuantía de los daños que se hayan otorgado, las

---

[19] Esta propuesta está inspirada en la vía de enmienda enunciada en el artículo 23 del Protocolo 2002 del Convenio de Atenas y en el artículo 24 del Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional ("Convenio sobre la Responsabilidad de las Terminales de Transporte").

[20] Se haría aquí remisión a un artículo sobre "Revisión y enmienda", que figuraría en el capítulo destinado a las "Cláusulas finales" del instrumento, pero que aún no se ha examinado ni siquiera preparado. véase, p.ej. el artículo 32 de las Reglas de Hamburgo o el artículo 16 de las Reglas de La Haya.

[21] El párrafo 23 2) del Convenio de Atenas habla de "la mitad" y no de "una cuarta parte" de los Estados Parte.

[22] El párrafo 23 2) del Convenio de Atenas precisa "pero en todo caso no menos de seis" de los Estados Parte.

[23] El Secretario General de las Naciones Unidas sería designado depositario en un artículo titulado "depositario" que figuraría en el capítulo destinado a las "Cláusulas Finales" del instrumento.

[24] El párrafo 23 2) del Convenio de Atenas menciona asimismo a todos los Miembros de la Organización Marítima Internacional.

[25] El párrafo 23 5) del Convenio de Atenas dice: "Toda enmienda deberá ser aprobada por una mayoría de dos tercios de los Estados Parte en el Convenio, en su forma revisada por el presente Protocolo, que estén presentes y hagan uso de su voto en el Comité Jurídico … a reserva de que al menos la mitad de los Estados Parte en el Convenio, en su forma revisada por el presente Protocolo, estén presentes en el momento de efectuarse la votación."

oscilaciones en el valor de las monedas y el efecto que pueda tener la enmienda propuesta sobre la prima abonable al seguro[26].

6. a) No se podrá examinar ninguna enmienda de los límites de la responsabilidad, que sea propuesta con arreglo a este artículo, antes de que transcurra un plazo de cinco años[27] desde la fecha en que este instrumento quede abierto a la firma o antes de que transcurra un plazo de cinco años desde la fecha de la entrada en vigor de toda enmienda previa tramitada con arreglo a este artículo.

b) No podrá aumentarse límite alguno por una cuantía superior al 6% acumulativo anual, calculado a partir de la fecha en que el presente instrumento quede abierto para su firma, de la cuantía fijada para dicho límite en el presente instrumento[28].

c) No podrá aumentarse límite alguno fijado en el presente instrumento por una cuantía superior a la que resulte de multiplicar por tres la cuantía de dicho límite[29].

7. Toda enmienda aprobada conforme a lo previsto en el párrafo 4 deberá ser notificada, por el depositario, a todos los Estados Parte. La enmienda se tendrá por aceptada al término de un plazo de 18[30] meses a partir de la fecha de la notificación, salvo que dentro de dicho plazo no menos de una cuarta parte[31] de los Estados que sean Partes en el instrumento, en el momento de ser aprobada la enmienda, comuniquen al depositario que no aceptan dicha enmienda, en cuyo caso, la enmienda se tendrá por rechazada y no surtirá efecto alguno.

8. Toda enmienda que se tenga por aceptada, a tenor del párrafo 7, entrará en vigor a los 18 meses de su aceptación.

---

[26] Esta disposición ha sido tomada del párrafo 23 6) del Convenio de Atenas. Véase, también, el párrafo 4) del artículo 24 del Convenio sobre la Responsabilidad de las Terminales de Transporte.

[27] En los párrafos 11 y 12 de A/CN.9/WG.III/WP.34 se sugiere un plazo de siete años, en vez de cinco.

[28] El Convenio sobre la responsabilidad de las terminales de transporte no contiene ninguna disposición similar. Cabría sugerir, a título de variante, un texto conforme a lo indicado en los párrafos 11 y 12 de A/CN.9/WG.III/WP.34, que diría: "No podrá aumentarse o reducirse, en un único ejercicio de reajuste, límite alguno consignado en el presente instrumento por una cuantía superior a un 21% del importe de dicho límite."

[29] El Convenio sobre la responsabilidad de las terminales de transporte no contiene disposición alguna al respecto. Cabría sugerir, como posible variante, un texto, conforme a lo indicado en los párrafos 11 y 12 de A/CN.9/WG.III/WP.34, que dijera: "No podrá aumentarse o disminuirse límite alguno fijado en el presente instrumento por una cuantía que exceda, acumulativamente, en más de un 100%, de la cuantía del límite fijado en el instrumento."

[30] En los párrafos 11 y 12 de A/CN.9/WG.III/WP.34 se sugiere el plazo considerado en los párrafos 7, 8 y 10 que sea de 12 meses, en vez de los 18 consignados en el presente texto.

[31] El párrafo 7 del artículo 24 del Convenio sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte habla de "al menos un tercio de los Estados que eran Partes".

9. Todo Estado Parte quedará obligado por la enmienda, salvo que denuncie el presente Convenio de conformidad con lo previsto en el artículo **[32] a más tardar seis meses antes de la entrada en vigor de la enmienda. Esa denuncia surtirá efecto cuando la enmienda entre en vigor.

10. Todo Estado que pase a ser Estado Parte tras haberse aprobado una enmienda, pero sin que haya expirado aún el plazo de 18 meses previsto para su aceptación, quedará obligado por la enmienda, si ésta entra en vigor. Todo Estado que pase a ser Estado Parte, transcurrido ya ese plazo, quedará obligado por toda enmienda del Convenio que haya sido aceptada de conformidad con lo previsto en el párrafo 7. En los supuestos mencionados en el presente párrafo, un Estado quedará obligado por una enmienda al entrar ésta en vigor o en el momento en que el presente instrumento entre en vigor en dicho Estado, de suceder esto ulteriormente."

G. Pérdida del derecho a limitar la responsabilidad (proyecto de artículo 19)

8. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 19 a la luz de lo dicho en los párrafos 52 a 62 del documento A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, la versión provisional revisada del proyecto de artículo 19 diría lo siguiente:

"Artículo 19. Pérdida del derecho a limitar la responsabilidad

Ni el porteador ni ninguna de las personas mencionadas en el artículo 14 bis[33] tendrá derecho a limitar la responsabilidad en la que incurra con arreglo a lo dispuesto en los artículos [16 2),] 24 4), y 18[34] del presente instrumento, [o con arreglo a lo estipulado en el contrato de transporte,][35] si el demandante prueba que [el retraso en la entrega,][36] la pérdida o el daño sufrido por las mercancías [o concerniente a las mismas][37] ha resultado de un acto u omisión personal[38] de la persona que reclame el derecho a limitar su responsabilidad, cometido con la intención de causar dicha pérdida o daño, o

---

[32] La presente remisión se efectuará a un artículo relativo a la "denuncia" del proyecto de instrumento, que figuraría en el capítulo destinado a las denominadas "cláusulas finales" del instrumento, pero que no ha sido aún examinado ni siquiera preparado. Véase, por ejemplo, el artículo 34 de las Reglas de Hamburgo o el artículo 15 de las Reglas de La Haya.

[33] Como se observó en el párrafo 62 de A/CN.9/552, se ha actualizado la remisión al artículo 15 3) y 4), haciendo remisión, en su lugar, al nuevo "artículo 14 bis".

[34] Conforme se decidió en los párrafos 55 y 62 de A/CN.9/552, tal vez deba examinarse más a fondo la sugerencia de insertar una remisión al artículo 17, al examinarse el capítulo 19.

[35] Conforme se decidió en los párrafos 56, 57 y 62 de A/CN.9/552, se mantuvieron entre corchetes las palabras "[o con arreglo a lo estipulado en el contrato de transporte,]" a fin de examinarlas en el marco del capítulo 19.

[36] Conforme se decidió en los párrafos 54 y 62 de A/CN.9/552, deberá examinarse más en detalle la cuestión de la demora o retraso en la entrega, a la luz de la versión revisada del proyecto actual que prepare la Secretaría a fin de reflejar las propuestas que se hicieron respecto del proyecto de párrafo 16 1) en los párrafos 20 a 24 de A/CN.9/552, y en el párrafo 3, *supra*.

[37] Véase *supra*, nota 15.

[38] Conforme se decidió en los párrafos 59, 60 y 62 de A/CN.9/552 se retuvo, sin corchetes, la palabra "personal".

temerariamente y a sabiendas de que ese acto u omisión ocasionaría probablemente tal pérdida o daño."

H. Notificación en caso de pérdida, daño o retraso (proyecto de artículo 20)

9. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 20 a la luz de lo dicho en los párrafos 63 a 87 del documento A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, la versión provisional revisada del proyecto de artículo 20 diría lo siguiente:

"Artículo 20. Notificación en caso de pérdida, daño o retraso

[Variante A del párrafo 1[39]

1. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el porteador ha hecho entrega de las mercancías, conforme aparezcan descritas en los datos del contrato, a menos que se haya notificado[40] la pérdida o el daño sufrido por las mercancías [, o concerniente a las mismas][41], junto con una indicación general de su índole, al porteador o a la parte ejecutante que haga entrega de las mercancías, antes o en el momento mismo de efectuarse esa entrega, o, si la pérdida o el daño no son aparentes, dentro de un plazo de [tres días laborables][siete días][siete días laborables, contabilizables en el lugar de la entrega,][siete días consecutivos][42] a partir de la entrega de las mercancías. No se habrá de dar dicho aviso respecto de toda pérdida o daño que se haya constatado en el curso de una inspección conjunta[43] de las mercancías, efectuada por el consignatario junto con el porteador o la parte ejecutante que sea tenida por responsable.]

---

[39] Conforme se decidió en el párrafo 75 de A/CN.9/552, se colocó entre corchetes el texto original y la versión reformulada propuesta del párrafo 1, conforme se sugirió en el párrafo 66 de A/CN.9/552, se colocó entre corchetes, para su ulterior examen, el texto original y la versión reformulada propuesta del párrafo 1. La variante A del párrafo 1 está tomada del texto que aparece en A/CN.9/WG.III/WP.32, con la supresión de "[en un plazo razonable]" conforme se decidió en el párrafo 75 de A/CN.9/552, y con las adiciones que se indican.

[40] El artículo 5 del proyecto de instrumento enuncia que el aviso o la notificación que ha de darse a tenor de la regla del párrafo 1, y de algunas otras reglas, podrá cursarse por vía electrónica; de lo contrario, habrá de hacerse por escrito.

[41] Véase *supra*, nota 15.

[42] Conforme se decidió con el párrafo 75 de A/CN.9/552, se suprimieron las palabras "en un plazo razonable" en la versión original del párrafo 1 y se insertaron en dicho párrafo las palabras "siete días" así como las variantes "siete días consecutivos" y "siete días laborables", todas ellas entre corchetes.

[43] En el párrafo 95 de A/CN.9/525 se sugirió que, en un contexto de tradición romana o civilista, tal vez resultaran más apropiadas las palabras "*inspección concurrente*" o "*inspección contradictoria*".

[Variante B del párrafo 1[44]

1. [El consignatario o una persona que actúe en su nombre deberá dar] [Deberá darse] aviso de la pérdida de las mercancías o del daño sufrido por éstas [o concerniente a las mismas], junto con una indicación general de su índole, al porteador o a la parte ejecutante que haga entrega de las mercancías, antes o en el momento mismo de efectuarse esa entrega, o, si la pérdida o el daño no son aparentes, dentro de un plazo [de tres días laborables] [razonable] [de___días laborables contabilizables en el lugar de la entrega] [de___días consecutivos] después de la entrega de las mercancías. [El tribunal [podrá] [deberá] tener en cuenta la ausencia eventual de dicho aviso, al decidir si el demandante ha cumplido con la obligación de probar los hechos, que le incumbe a tenor del párrafo 1 del artículo 14.] No se requerirá dicho aviso respecto de toda pérdida o daño que se haya constatado en una inspección conjunta de las mercancías, llevada a cabo por el consignatario junto con el porteador o la parte ejecutante que sea tenida por responsable.]

2. No será abonable indemnización alguna, con arreglo al artículo 16, salvo que se haya dado aviso, de la pérdida imputable al retraso[45], al porteador[46] dentro de un plazo de 21 días consecutivos a partir de la entrega de las mercancías.

3. De darse el aviso prescrito en el presente artículo[47] a la parte ejecutante que haga entrega de las mercancías, surtirá el mismo efecto que si se hubiera dado al porteador, y todo aviso dado al porteador surtirá el mismo efecto que un aviso dado a una parte ejecutante marítima[48].

4. En todo caso de pérdida o daño efectivo o supuesto, las partes interesadas en una reclamación o controversia deberán darse mutuamente toda facilidad que sea razonable para inspeccionar y tasar las mercancías y deberán dar acceso a todo expediente o documento concerniente al transporte de las mercancías[49].”

---

[44] Conforme se decidió en el párrafo 75 de A/CN.9/552, se colocaron entre corchetes, para su ulterior examen, el texto original y la versión reformulada propuesta para el párrafo 1. La variante B del párrafo 1 está tomada del párrafo 66 de A/CN.9/552.

[45] Conforme se decidió en los párrafos 77 y 81 de A/CN.9/552, se sustituyeron las palabras “la pérdida” por “la pérdida imputable al retraso”.

[46] Conforme se decidió en los párrafos 78 y 81 de A/CN.9/552, se sustituyó el texto “a la persona a la que se impute la responsabilidad” por el término “al porteador”.

[47] Conforme se observó en el párrafo 82 de A/CN.9/552 se rectificó la referencia que se hacía a “capítulo”, haciéndola a “artículo”.

[48] Conforme se decidió en los párrafos 83 y 84 de A/CN.9/552, se ha preparado una versión revisada de este párrafo en la que se ha sustituido la frase “la parte ejecutante que entregó las mercancías” por las palabras “una parte ejecutante marítima”.

[49] Conforme se decidió en el párrafo 87 de A/CN.9/552, se ha mantenido el texto del párrafo 4 con algún ligero cambio de redacción en la versión inglesa y optándose por la expresión “deberán dar” sin corchetes en torno al verbo “deberán”.

I. Reclamaciones extracontractuales (proyecto de artículo 21)

10. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 21 a la luz de lo dicho en los párrafos 88 a 91 del documento A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, la versión provisional revisada del proyecto de artículo 21 diría lo siguiente:

"Artículo 21. Reclamaciones extracontractuales

Las excepciones y límites de la responsabilidad previstos en el presente instrumento y las responsabilidades que impone serán invocables frente a toda acción entablada contra el porteador o una parte ejecutante marítima[50] por pérdida o daño de mercancías, [o concerniente a mercancías,][51] que sean objeto de un contrato de transporte, o por retraso en la entrega de dichas mercancías, tanto si se trata de una acción contractual como de una acción entablada por concepto de responsabilidad civil o extracontractual, o por algún otro motivo[52]."

II. Capítulo 6: Disposiciones suplementarias relativas al transporte por mar

A. Responsabilidad del porteador (proyecto de artículo 22)

11. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 22 a la luz de lo dicho en los párrafos 92 a 99 del documento A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 13º período de sesiones, la versión provisional revisada de los apartados del proyecto de artículo 22 volvería a fusionarse en el texto del artículo 14, que quedarían redactados en términos como los siguientes:

"Artículo 22[53]

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 14 1), el porteador no será responsable de la pérdida, del daño o del retraso derivados o resultantes de un incendio en el buque, a menos que haya sido causado por culpa del porteador o de alguien que dependa de él[54].

2. El artículo 14 será también aplicable en los siguientes supuestos:

---

[50] Conforme se decidió en los párrafos 89 y 91 de A/CN.9/552, se insertó la palabra "marítima".

[51] Véase *supra*, nota 15.

[52] Conforme se decidió en los párrafos 90 y 91 de A/CN.9/552, se reconsiderará la índole tal vez repetitiva de los textos del párrafo 4 del artículo 15 y del proyecto de artículo 21 en el próximo examen que se haga del proyecto de instrumento.

[53] Conforme se decidió en los párrafos 93 y 99 de A/CN.9/552, se preparará una nueva versión revisada en donde se fusionará el proyecto de artículo 22 con el proyecto de artículo 14, una vez que se haya vuelto a examinar el proyecto de artículo 14, conforme se tiene previsto hacer durante el 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo.

[54] Conforme se decidió en los párrafos 94, 95 y 99 de A/CN.9/552, se ha mantenido la exoneración por motivo de incendio, que volverá a ser examinada en el contexto del proyecto de artículo 14.

a) Salvamento o tentativa de salvamento de vidas en la mar o toda medida que sea razonable para salvar o intentar salvar bienes en la mar[55];

b) Toda medida que sea razonable para intentar evitar daños al medio ambiente[56];

c) Riesgos, peligros o accidentes en la mar o en otras aguas navegables[57]."

B. Desvío de ruta (proyecto de artículo 23)

12. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 23 a la luz de lo dicho en los párrafos 100 a 102 del documento A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, la versión provisional revisada del proyecto de artículo 23 quedaría como sigue:

"Artículo 23. Desvío de ruta[58]

[Variante A[59]

1. El porteador no será responsable de la pérdida, del daño o del retraso en la entrega que resulte de algún desvío de ruta efectuado para salvar o intentar salvar alguna vida [o bienes] en la mar [, o que resulte de cualquier otro desvío que sea [razonable]].

2. Cuando con arreglo al derecho interno aplicable un desvío de ruta constituya de por sí un incumplimiento de las obligaciones del porteador, ese incumplimiento surtirá únicamente efecto en consonancia con lo dispuesto en el presente instrumento[60].]

[Variante B[61]

1. El porteador no será responsable de la pérdida, del daño, o del retraso en la entrega que sea imputable a un desvío de ruta efectuado para salvar o

---

[55] Conforme se decidió en los párrafos 96 y 99 de A/CN.9/552, se sustituyeron las palabras "salvamento o tentativa de salvamento de bienes en el mar" por las palabras "toda medida que sea razonable para salvar o intentar salvar bienes en la mar".

[56] Conforme se decidió en los párrafos 97 y 99 de A/CN.9/552, se ha introducido la frase "toda medida razonable para intentar evitar daños al medio ambiente".

[57] Conforme se decidió en el párrafo 98 de A/CN.9/552, hubo acuerdo general en que se mantuviera la regla relativa a los "riesgos, peligros o accidentes en la mar o en otras aguas navegables".

[58] Conforme se decidió en el párrafo 102 de A/CN.9/552, se ha colocado entre corchetes el texto del proyecto del artículo 23, tomado de A/CN.9/WG.III/WP.32, junto con la variante propuesta en el párrafo 38 de A/CN.9/WG.III/WP.34, para su ulterior examen.

[59] La variante A ha sido tomada del proyecto de artículo enunciado en A/CN.9/WG.III/WP.32.

[60] Como se observó en la nota 112 de A/CN.9/WG.III/WP.32, cabría formular una variante de este párrafo que dijera: "Cuando con arreglo al derecho interno aplicable, un desvío de ruta constituya de por sí un incumplimiento de las obligaciones del porteador, dicho incumplimiento no privará al porteador o a la parte ejecutante de su derecho a invocar toda excepción o todo límite de la responsabilidad que haya previsto el presente instrumento". De adoptarse esta variante, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si estima necesario mantener la regla enunciada en el párrafo 1 del artículo.

[61] La variante B ha sido tomada del párrafo 38 de A/CN.9/WG.III/WP.34.

intentar salvar alguna vida o ciertos bienes en la mar o a cualquier otro desvío que sea razonable.

2. 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 asignable a un buque marítimo.

3. 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 previsto a dicho respecto en el artículo 19.]"

C. Carga sobre cubierta (proyecto de artículo 24)

13. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 24 a la luz de lo dicho en los párrafos 103 a 117 del documento A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, la versión provisional revisada del proyecto de artículo 24 diría lo siguiente:

"Artículo 24. Carga sobre cubierta

1. Las mercancías sólo se podrán transportar sobre cubierta, o por encima del nivel de cubierta [*],

a) si así lo exige alguna norma legal, administrativa o reglamentaria aplicable, o

b) si las mercancías se transportan en contenedores o sobre contenedores [, diseñados para dicho transporte,] que viajen sobre cubiertas especialmente equipadas para el transporte de dichos contenedores, o

c) [en supuestos no regulados por los apartados a) o b) del presente artículo,] si el transporte sobre cubierta [está en consonancia con lo estipulado en el contrato de transporte, o] cumple con las costumbres, los usos o las prácticas del comercio, o si corresponde a ciertos usos o prácticas del ramo de que se trate.

2. Si las mercancías fueron cargadas con arreglo a lo previsto en los apartados 1 a) o[62] c), el porteador no será responsable de pérdida alguna de dichas mercancías, del daño que puedan sufrir o del retraso en su entrega que sea imputable a los riesgos especiales que entrañe su transporte sobre cubierta. Si las mercancías se transportan directamente sobre cubierta, o por encima de

---

[*] Nota del traductor: Esta lectura del original inglés no es la única posible. "*on of above deck*" y pueden ser dos expresiones sinónimas, ya que es práctica habitual de los textos legales del "*common law*" mencionar todas las variantes lingüísticas en uso. De ser así, el texto sólo debería hablar de "transporte sobre cubierta".

[62] Conforme se decidió en los párrafos 107 a 109 de A/CN.9/552, se ha sustituido la conjunción "y" por la conjunción "o".

dicho nivel, con arreglo a lo previsto en el apartado 1 b), el porteador será responsable de la pérdida de dichas mercancías, del daño por ellas sufrido o del retraso en su entrega con arreglo a lo dispuesto en el presente instrumento, sin que se tenga en cuenta si su transporte se hizo directamente sobre cubierta, o por encima de dicho nivel. Si las mercancías se transportan sobre cubierta en casos diferentes de los permitidos a tenor del párrafo 1, el porteador será responsable, al margen de lo dispuesto por el artículo 14, 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 sobre cubierta[63].

3. Si las mercancías fueron cargadas con arreglo a lo previsto en el párrafo 1 c), el hecho de que ciertas mercancías vayan a ser transportadas sobre 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 sobre cubierta cumple con lo dispuesto en el apartado 1 c) y, caso de que se emita un título de transporte negociable o un documento electrónico negociable, el porteador no tendrá derecho a invocar la regla de dicho apartado frente a un tercero que haya adquirido de buena fe dicho título de transporte o documento electrónico negociable[64].

[4. Si el porteador es responsable, con arreglo al presente artículo, de la pérdida de las mercancías transportadas sobre cubierta, de los daños sufridos por éstas o del retraso en su entrega, su responsabilidad quedará limitada conforme a lo previsto en los artículos 16 y 18; ahora bien, si el porteador y el cargador han convenido [expresamente][65] en que las mercancías se transporten bajo cubierta, el porteador no tendrá derecho a limitar su responsabilidad por toda pérdida de las mercancías o por todo daño que hayan sufrido [que sea [exclusivamente][66] imputable al hecho de haber sido transportadas sobre cubierta][67].][68]"

---

[63] Conforme se decidió en los párrafos 108 y 109 de A/CN.9/552, el párrafo 2 se examinará en mayor detalle al examinarse el párrafo 4 del proyecto de artículo 14.

[64] Conforme se decidió en los párrafos 110 y 111 de A/CN.9/552, tan pronto como se haya examinado la cuestión de los derechos de terceros y de la autonomía contractual de las partes, se proseguiría el examen del párrafo 3, así como la cuestión de si la regla en él anunciada debe ser aplicable al supuesto de un tercero que haya depositado su confianza en un título de transporte o en un documento electrónico no negociable.

[65] Conforme se decidió en los párrafos 112 y 117 de A/CN.9/552, se retuvo el término "expresamente" entre corchetes.

[66] Conforme se decidió en los párrafos 115 y 117 de A/CN.9/552, se colocó el término "exclusivamente" entre corchetes.

[67] Conforme se decidió en los párrafos 113, 114 y 117 de A/CN.9/552, se colocó entre corchetes la frase "que sea exclusivamente imputable al hecho de haber sido transportadas sobre cubierta".

[68] Conforme se decidió en los párrafos 116 y 117 de A/CN.9/552, se colocó el párrafo 4 entre corchetes para su examen en un ulterior período de sesiones, en el que se examinaría su relación con el proyecto de artículo 19.

III. Capítulo 7: Obligaciones del cargador[69]

A. Entrega de las mercancías listas para el transporte (proyecto de artículo 25)

14. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 25 a la luz de lo dicho en los párrafos 118 a 123 del documento A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, la versión provisional revisada del proyecto de artículo 25 diría lo siguiente:

> "Artículo 25. Entrega de las mercancías listas para su transporte
>
> De no estipularse otra cosa en el contrato de transporte, el cargador deberá hacer entrega de las mercancías listas para su transporte y[70] en un estado que les permita resistir el transporte previsto, así como las operaciones de carga, manipulación, estibado, sujeción o afianzamiento, y descarga, y deberá entregarlas en condiciones que no se presten a causar lesión corporal o daño alguno. En el supuesto de que las mercancías se entreguen en un contenedor o remolque envasado por el cargador, éste deberá estibar, sujetar y afianzar las mercancías, dentro o encima de ese contenedor o remolque, de tal forma que las mercancías resistan el transporte previsto, así como las operaciones de carga, manipulación y descarga del contenedor o el remolque, y deberá entregarlas en condiciones que no se presten a ocasionar lesión corporal o daño alguno[71]."

B. Obligación del porteador de facilitar información e instrucciones (proyecto de artículo 26)

15. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 26 a la luz de lo dicho en los párrafos 124 a 129 del documento A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, la versión provisional revisada del proyecto de artículo 26 diría lo siguiente:

---

[69] Conforme se decidió en el párrafo 129 de A/CN.9/552, se han propuesto epígrafes o títulos para cada uno de los proyectos de artículo del capítulo 7.

[70] Conforme se decidió en los párrafos 119, 120 y 123 de A/CN.9/552, se retuvo el proyecto de artículo 25, así como el principio de que las obligaciones del cargador se regirán por los términos del contrato de transporte, pero suprimiéndose los corchetes. Conforme se sugirió en el párrafo 119 de A/CN.9/552, en aras de la claridad del texto, se suprimió la frase inicial "[A reserva de las estipulaciones del contrato de transporte,]" poniéndose en su lugar la frase "De no estipularse otra cosa en el contrato de transporte", insertándose de nuevo la conjunción "y".

[71] A fin de mejorar la formulación del texto, conforme se sugirió en los párrafos 122 y 123 de A/CN.9/552, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la siguiente variante de la segunda oración del proyecto de artículo 25: "En el supuesto de que las mercancías se entreguen en el interior o sobre un contenedor o remolque envasado por el cargador, dicha obligación será asimismo aplicable a las operaciones de estibado, sujeción y afianzamiento de las mercancías en el interior o sobre el contenedor o remolque."

"Artículo 26. Obligación del porteador de facilitar información e instrucciones

El porteador facilitará [oportunamente][72] al cargador toda información, que éste solicite, y de la que el porteador tenga conocimiento, así como las instrucciones que sean razonablemente necesarias o que puedan ser de interés para el cargador a fin de que éste pueda cumplir con sus obligaciones conforme a lo prescrito en el artículo 25[73]. [La información y las instrucciones así facilitadas deberán ser exactas y completas.][74]"

C. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos (proyecto de artículo 27)

16. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 27 a la luz de lo dicho en los párrafos 130 a 133 del documento A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, la versión provisional revisada del proyecto de artículo 27 diría lo siguiente:

"Artículo 27. Obligación del cargador de facilitar información, instrucciones y documentos

El cargador facilitará [oportunamente] al porteador toda información, instrucciones y documentos [exactos y completos][75] que puedan ser razonablemente necesarios para:

a) La manipulación y el transporte de las mercancías, incluidas las precauciones que deba adoptar el porteador o la parte ejecutante, salvo que el cargador pueda suponer razonablemente que esa información es ya conocida del porteador[76];

b) El cumplimiento de toda norma legal o reglamentaria, y de toda otra obligación impuesta por las autoridades respecto del transporte previsto, así como para la obtención de toda licencia y la presentación de toda instancia o solicitud concerniente a las mercancías;

---

[72] Conforme se decidió en los párrafos 135 a 137 de A/CN.9/552, se suprimió el proyecto de artículo 28, sustituyéndose su texto por una mención en el proyecto de artículo 26 de que el cargador deberá facilitar "[oportunamente]" la información y las instrucciones que puedan ser requeridas, que se colocaría entre corchetes, a fin de proseguir las deliberaciones al respecto una vez que se hubieran examinado los proyectos de artículo 29 y 30.

[73] Conforme se decidió en los párrafos 127 a 129 de A/CN.9/552, tal vez deba volverse a examinar la variante ofrecida en el párrafo 128 de A/CN.9/552, "salvo que el porteador pueda razonablemente suponer que el cargador ya conoce esos datos".

[74] Conforme se decidió en los párrafos 135 a 137 de A/CN.9/552, se ha insertado, para su ulterior examen, la fórmula "[la información y las instrucciones facilitadas deberán ser exactas y completas]". Véase *supra* nota 72.

[75] Conforme se decidió en los párrafos 135 a 137 de A/CN.9/552, se han insertado para su ulterior examen los textos "[oportunamente]" y "[toda información, instrucciones y documentos completos y exactos ...]". Véase *supra* nota 72.

[76] Conforme se decidió en los párrafos 132 y 133 de A/CN.9/552, se mantuvo el texto actual para su ulterior examen pero se añadió al final del apartado a) el texto "salvo que el cargador pueda razonablemente suponer que esa información es ya conocida del porteador".

c) La compilación de los datos del contrato y la emisión de todo título o documento electrónico que se vaya a utilizar, particularmente los datos mencionados en el artículo 34 1) b) y c), el nombre de la parte designada como cargador en los datos del contrato, y el nombre del consignatario o la orden de entrega a menos que el cargador pueda razonablemente suponer que esos datos son ya conocidos del porteador."

D. Proyecto de artículo 28

17. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 28 a la luz de lo dicho en los párrafos 134 a 137 del documento A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, se convino en que se suprimiera el proyecto de artículo 28, insertándose, en su lugar, las frases, previamente indicadas en el párrafo 16, en el cuerpo de los proyectos de artículo 26 y 27.

E. Fundamento de la responsabilidad del cargador (proyectos de artículo 29 y 30) y de la responsabilidad del porteador por no facilitar información e instrucciones (proyecto de artículo 13 bis)

18. El Grupo de Trabajo examinó los proyectos de artículo 29 y 30 a la luz de lo dicho en los párrafos 138 a 148 del documento A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, así como del examen de la propuesta de sustituir los proyectos de artículo 29 y 30 por un único artículo formulado con arreglo a lo indicado en el párrafo 139 de A/CN.9/552, la versión provisional revisada de los proyectos de artículo 29 y 30 quedaría formulada en términos como los siguientes:

"Artículo 29. Fundamento de la responsabilidad del cargador

1. El cargador será responsable[77] de toda pérdida, daño [, retraso][78] o lesión corporal causada por las mercancías, que resulte de algún incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al artículo 25 y al apartado a) del artículo 27[79], a menos [y en la medida en] que el cargador demuestre que no hubo culpa suya ni de ninguna persona mencionada en el artículo 32 que causara [o que contribuyera a] la pérdida, el daño [, el retraso] o la lesión.

---

[77] Conforme se decidió en el párrafo 144 de A/CN.9/552, se ha reformulado el párrafo 1 del artículo 29 a la luz de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 14 de A/CN.9/WG.III/WP.36. Se ha suprimido toda mención de las partes frente a las que el cargador ha de responder en consonancia con lo ya dispuesto en el proyecto de artículo 14 y, conforme se observó en el párrafo 144 de A/CN.9/552, tal vez se haya de reconsiderar más adelante la cuestión de la responsabilidad frente al consignatario y a la parte controladora, conforme al texto original del proyecto de artículo 29 en A/CN.9/WG.III/WP.32.

[78] El "retraso" se insertaría para reflejar lo ya dispuesto en el proyecto de artículo 14, pero se ha colocado entre corchetes, al no haber sido expresamente examinada esta cuestión en el marco del proyecto de artículo 29.

[79] Se ha suprimido la remisión al artículo 28, a resultas de la supresión de dicho artículo ya mencionada en el párrafo 17 del presente documento.

[Variante A del párrafo 2[80]

2. El cargador será responsable[81] de toda pérdida o daño imputable al incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo a lo dispuesto en los apartados b) y c) del artículo 27.]

[Variante B del párrafo 2[82]

2. Se considerará que el cargador garantiza al porteador, al recibir éste las mercancías, la exactitud de las marcas, del número, de la cantidad o del peso de la carga por él entregada, por lo que el cargador deberá indemnizar al porteador de toda pérdida, daño o gastos que sean imputables o resulten de alguna inexactitud en los datos facilitados. El derecho del porteador a ser así indemnizado no limitará de modo alguno su responsabilidad, con arreglo al contrato de transporte, frente a toda otra persona, que no sea el cargador.]

3. Cuando la pérdida o el daño [o la lesión corporal] sean consecuencia de que tanto el cargador como el porteador han incumplido sus obligaciones respectivas, el cargador y el porteador serán solidariamente responsables frente al consignatario y a la parte controladora[83] por tal pérdida o daño [o lesión corporal][84].”

“Artículo 13 bis. Responsabilidad del porteador por no facilitar información e instrucción[85]

El porteador será responsable[86] de toda pérdida, daño [, retraso[87]] o lesión corporal causada por un incumplimiento de sus obligaciones con arreglo al artículo 26, salvo [y en la medida en] que el porteador pruebe que no hubo culpa suya ni de ninguna persona mencionada en el artículo 14 bis que causara [o que contribuyera a] la pérdida, el daño [, el retraso] o la lesión corporal.”

---

[80] Conforme se decidió en los párrafos 142 y 148 de A/CN.9/552, se ha retenido la regla de la responsabilidad estricta o absoluta para el supuesto de que el cargador no haya cumplido con sus obligaciones con arreglo a lo dispuesto en los apartados b) y c) del proyecto de artículo 27.

[81] Véase *supra* nota 77.

[82] Conforme se decidió en los párrafos 142 y 148 de A/CN.9/552, se ha introducido entre corchetes una disposición similar a la enunciada en el artículo III.5 de las Reglas de La Haya.

[83] Conforme se observó en el párrafo 144 de A/CN.9/552, tal vez proceda reconsiderar más adelante la cuestión de la responsabilidad frente al consignatario y frente a la parte controladora.

[84] Conforme se decidió en los párrafos 145 y 148 de A/CN.9/552, se retuvo para su ulterior examen el párrafo 3 de la variante B del proyecto de artículo 29 (A/CN.9/WG.III/WP.32). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si esta disposición relativa a las causas concurrentes debe reflejar también lo dispuesto en el párrafo correspondiente del proyecto de artículo 14.

[85] Conforme se decidió en los párrafos 140 y 148 de A/CN.9/552, ciertos aspectos de los artículos 29 y 30, relativos a la responsabilidad del porteador han sido formulados como artículo 13 bis para su colocación eventual como artículo 13, al final del “Capítulo 4. Obligaciones del porteador”.

[86] Véase *supra* nota 77.

[87] Véase *supra* nota 78, pero en el contexto del proyecto de artículo 26.

F. Reglas especiales relativas a las sustancias peligrosas (nuevo proyecto de artículo 30)

19. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de las mercancías peligrosas a la luz de lo dicho en los párrafos 146 a 148 del documento A/CN.9/552, y decidió insertar una disposición en el proyecto de instrumento que tratara explícitamente de la cuestión de las mercancías peligrosas basada en el principio de la responsabilidad estricta del cargador por toda información defectuosa o insuficiente relativa a la índole de las mercancías. Cabría redactar un proyecto provisional de artículo sobre mercancías peligrosas que dijera:

"Artículo 30. Reglas especiales aplicables a las mercancías peligrosas[88]

1. Por 'mercancías peligrosas'[89] se entenderá:

a) Toda sustancia, material o artículo, que sea transportado como carga a bordo de un buque, del que se haga mención en alguno de los siguientes incisos i) a vii):

i) todo hidrocarburo transportado a granel del que se haga mención en el apéndice I del anexo I del Convenio Internacional para prevenir la contaminación causada por buques, 1973, modificado por el correspondiente Protocolo de 1978, enmendado;

ii) toda sustancia líquida nociva transportadas a granel de la que se haga mención en el apéndice II del anexo II del Convenio Internacional para prevenir la contaminación causada por buques, 1973, modificado por el correspondiente Protocolo de 1978, en su forma enmendada, y toda sustancia o mezcla líquida provisionalmente clasificada en las categorías de contaminación A, B, C o D, de conformidad con lo dispuesto en la regla 3 4) de dicho anexo II;

---

[88] El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que los párrafos 2 a 5 del artículo 30, tomados del artículo 13 de las Reglas de Hamburgo, duplican y pudieran adolecer de cierta incoherencia respecto de lo dispuesto en los proyectos de artículo 27 y 29 sobre las obligaciones y la responsabilidad del cargador de proporcionar datos que faciliten la manipulación y el transporte de las mercancías, y respecto de lo dispuesto en los proyectos de artículo 12 y 14 sobre los derechos y la responsabilidad del porteador en lo relativo a toda mercancía que pueda llegar a constituir un peligro.

[89] Esta definición ha sido tomada de la definición que se da en el Convenio Internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas potencialmente peligrosas, 1996 ("Convenio SNP"). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si esta definición de 'mercancías peligrosas' es adecuada, en cuyo caso tal vez proceda omitir el apartado b) relativo a los residuos. El Grupo de Trabajo tal vez desee también tomar nota de las enmiendas introducidas, en mayo de 2002, en el capítulo VII relativo al transporte de mercancías peligrosas, del Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (Convenio SOLAS), 1974, que dieron lugar a que el Código marítimo internacional de mercancías peligrosas, enmendado, del que se habla en el inciso iv) del apartado a) párrafo 1, fuera declarado imperativo con validez del 1º de enero de 2004 (algunas de sus normas menos importantes conservan su carácter de recomendaciones). El Grupo de Trabajo tal vez desee también considerar si esta definición debe ser trasladada al proyecto de artículo 1, relativo a las "Definiciones".

iii) toda sustancia líquida peligrosa transportada a granel de la que se haga mención en el capítulo 17 del código internacional de reglas para la construcción y el equipo de buques que transporten productos químicos a granel, 1983, enmendado, y todo producto peligroso para el que la administración pública o la administración portuaria interesada haya prescrito condiciones preliminares apropiadas para su transporte, con arreglo a lo previsto en el párrafo 1.1.3 del Código;

iv) toda sustancia, material o artículo peligroso, potencialmente peligrosos o nocivo transportado en bultos, al que sea aplicable el Código marítimo internacional de mercancías peligrosas, enmendado;

v) todo gas licuado del que se haga mención en el capítulo 19 del código internacional de reglas para la construcción y el equipo de buques que transporten gases licuados a granel, 1983, enmendado, y todo producto para el que la administración pública o la administración portuaria interesada haya prescrito condiciones preliminares apropiadas para su transporte, con arreglo a lo previsto en el párrafo 1.1.6 del Código;

vi) toda sustancia líquida transportada a granel cuyo punto de inflamación no exceda de 60ºC (determinado mediante prueba en vaso cerrado);

vii) todo material sólido a granel dotado de alguna propiedad química peligrosa, al que sea aplicable el apéndice B del código de prácticas de seguridad para el transporte de cargas sólidas a granel, enmendado, siempre que a estas sustancias les sean también aplicables las normas del Código marítimo internacional de mercancías peligrosas, si es que se transportan en bultos;

y

b) residuos de un transporte previo a granel de alguna sustancia mencionada anteriormente en los incisos i) a iii) y v) a vii) del apartado a) *supra*.

2. El cargador deberá señalar toda mercancía peligrosa con una marca o etiqueta que indique adecuadamente su índole peligrosa.

3. Todo cargador que ponga mercancías peligrosas en manos del porteador o de una parte ejecutante, según sea el caso, deberá informarle de la índole peligrosa de las mercancías y, caso de ser necesario, de las precauciones que deba adoptar. Si el cargador no obra así y si el porteador o la parte ejecutante no se entera de la índole peligrosa de las mercancías por otro conducto:

a) El cargador será responsable frente al porteador y frente a toda parte ejecutante de la pérdida resultante del embarque de tales mercancías, y

b) Las mercancías podrán ser, en todo momento, descargadas, destruidas o neutralizadas, según requieran las circunstancias, sin que haya lugar a indemnización alguna.

4. Ninguna persona que, en el curso del transporte, se haga cargo de las mercancías a sabiendas de su índole peligrosa, podrá invocar lo dispuesto en el párrafo 3.

5. Si, en supuestos en los que no sea aplicable o no pueda invocarse lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 3 del presente artículo, las mercancías peligrosas llegan a constituir un peligro real para alguna persona o bienes embarcados, esas mercancías podrán ser descargadas, destruidas o neutralizadas, según requieran las circunstancias, sin que haya lugar a indemnización alguna, salvo cuando exista la obligación de contribuir a la avería gruesa o cuando el porteador sea responsable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14."

G. Declaración falsa de un cargador (proyecto de artículo 29 bis)

20. El Grupo de Trabajo consideró la inclusión de un proyecto de artículo 29 bis en el proyecto de instrumento (A/CN.9/WG.III/WP.34, párr. 43) a la luz de lo dicho en los párrafos 149 a 153 del documento A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, la versión provisional del proyecto de artículo 29 bis diría lo siguiente:

["Artículo 29 bis. Declaración falsa por el cargador

El porteador no será responsable del retraso en la entrega de las mercancías, ni de su pérdida o del daño que les sea ocasionado o que resulte de dichas mercancías, si la índole o el valor de las mercancías fueron a sabiendas erróneamente descritas por su cargador, en algún aspecto importante, ya sea en el contrato de transporte o en algún otro título de transporte."][90]

H. Asunción de los derechos y obligaciones del cargador (proyecto de artículo 31)

21. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 31 a la luz de lo dicho en los párrafos 154 a 158 del documento A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, la versión provisional revisada del proyecto de artículo 31 diría lo siguiente:

---

[90] Conforme se decidió en los párrafos 150 a 153 de A/CN.9/552, se ha colocado entre corchetes el proyecto de artículo 29 bis y se examinarán en un futuro período de sesiones las cuestiones del nexo de causalidad entre la declaración y el retraso y la indemnización de los daños imputables al retraso. Cabría, además, colocar al proyecto de artículo 29 bis en el capítulo 5 relativo a la responsabilidad del cargador.

"Artículo 31. Asunción de los derechos y obligaciones del cargador[91]

Si una persona designada en los datos del contrato como "cargador", pese a no ser el cargador en el sentido dado a ese término en la definición del apartado d) del artículo 1, [acepta] [recibe][92] el título de transporte o el documento electrónico que se haya emitido, dicha persona a) [quedará sujeta a las responsabilidades y obligaciones][93] que incumben al cargador con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y en el artículo 57, y b) gozará de los derechos y de las exoneraciones que el presente capítulo y el capítulo 13 reconocen al cargador."

I. Responsabilidad por la actuación de sus subcontratistas, empleados y agentes (proyecto de artículo 32)

22. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 32 a la luz de lo dicho en los párrafos 159 a 161 del documento A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, la versión provisional revisada del proyecto de artículo 32 diría lo siguiente:

"Artículo 32. Responsabilidad por la actuación de sus subcontratistas, empleados y agentes

El cargador será responsable de los actos y omisiones de cualquier persona en la que haya delegado el cumplimiento de alguna de sus obligaciones enunciadas en el presente capítulo, lo que incluye a todo subcontratista, empleado o agente, y a cualquier otra persona que obre, directa o indirectamente a instancia suya o bajo su supervisión o control, como si esos actos u omisiones fueran suyos. Con arreglo a la presente disposición, la responsabilidad solo recaerá en el cargador cuando esa persona haya cometido el acto o la omisión de que se trate en el ejercicio de sus funciones como subcontratista, empleado o mandatario o agente del cargador[94]."

IV. Capítulo 9: Flete

23. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de capítulo 9 a la luz de lo dicho en los párrafos 162 a 164 del documento A/CN.9/552. A raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, la versión provisional revisada del

---

[91] Conforme se decidió en los párrafos 155 y 158 de A/CN.9/552, debería examinarse más en detalle el alcance de esta disposición, así como la conveniencia de que se trate de una regla de índole meramente supletoria para el supuesto de que no se conozca la identidad del cargador contractual.

[92] Conforme se decidió en los párrafos 157 y 158 de A/CN.9/552, se han colocado entre corchetes, para su ulterior examen, los términos "acepta" y "recibe".

[93] Conforme se decidió en los párrafos 156 y 158 de A/CN.9/552, se ha colocado entre corchetes "quedará sujeta a las responsabilidades y obligaciones".

[94] Conforme se decidió en los párrafos 160 a 161 de A/CN.9/552, se mantuvo el texto actual para su ulterior examen, y se habría de considerar en un futuro período de sesiones lo relativo a la interacción entre lo dispuesto en este artículo y lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 11 y en el proyecto de artículo 29 bis.

proyecto de capítulo 9[95], en espera de su reubicación y de la renumeración de sus artículos durante el próximo examen del proyecto de instrumento, diría lo siguiente:

"[Artículo 43.

2. 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 cierto hecho o al término de cierto plazo, esa extinción no será válida:

a) Respecto de toda responsabilidad que, con arreglo al capítulo 7, incumba al cargador o a la persona de que se habla en el artículo 31; o

b) Respecto de toda suma pagadera al porteador con arreglo al contrato de transporte, salvo en la medida en que el porteador disponga de una garantía suficiente, constituida con arreglo al artículo 45 o por algún otro concepto, para el saldo de dichas sumas.

c) En la medida en que esa extinción sea incompatible con lo dispuesto en el artículo 62.]"

["Artículo 44.

1. Si los datos del contrato consignados en un título de transporte o en un documento electrónico negociable contienen la declaración "flete pagado de antemano" o una declaración análoga, ni el tenedor ni el consignatario serán responsables del pago del flete. La presente disposición no será aplicable si el tenedor o el consignatario es también el cargador."]

[95] Conforme se decidió en el párrafo 164 de A/CN.9/552, se suprimió el capítulo 9, salvo el párrafo 2 del artículo 43 y las dos primeras oraciones del párrafo 1 del artículo 44, en A/CN.9/WG.III/WP.32.

C. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Observaciones de Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia (los países nórdicos) relativas a la autonomía contractual, presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 14º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.40) [original: inglés]

El 27 de septiembre de 2004 la Secretaría recibió observaciones de Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia (los países nórdicos). En el anexo I se reproducen esas observaciones tal como se presentaron a la Secretaría.

ANEXO I

OBSERVACIONES DE DINAMARCA, FINLANDIA, NORUEGA Y SUECIA (LOS PAÍSES NÓRDICOS) RELATIVAS A LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL

I. Antecedentes

1. La cuestión de la autonomía contractual se examinó en el 12º período de sesiones del Grupo de Trabajo III, celebrado en 2003, y en una reunión de mesa redonda que tuvo lugar en Londres en febrero de 2004. Desde entonces, los representantes de Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia han seguido examinando la cuestión sobre la base de los debates de la mesa redonda y de la versión revisada provisional del proyecto de instrumento de la secretaría de la CNUDMI, que se recoge en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36.

2. Los países nórdicos tienen códigos marítimos análogos que se promulgaron en 1994. Las disposiciones de esos códigos que rigen el transporte marítimo de mercancías se inspiran en las Reglas de La Haya-Visby, ratificadas por los países nórdicos (el Protocolo de 1979 inclusive). Si bien no han ratificado las Reglas de Hamburgo de 1978, cada uno de ellos las ha tenido en cuenta en su propio código marítimo en la medida en que no fueron incompatibles con las Reglas de La Haya-Visby.

3. Con el propósito de contribuir a la preparación del proyecto de instrumento, a continuación los países nórdicos bosquejan ciertas soluciones que prefieren respecto de la cuestión de la autonomía contractual como aporte al presente debate, mientras no surjan otros elementos de juicio en relación con el tema. En el apéndice A se destacan las modificaciones previstas del proyecto de artículo 2 del Instrumento, que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36.

II. Definición de contrato de transporte

4. La versión revisada provisional preparada por la secretaría de la CNUDMI, que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36, contiene la definición de "contrato de transporte" en el apartado a) del artículo 1 y otra variante posible en la nota de pie de página 14. Dejando de lado, por el momento, los aspectos del transporte multimodal de que trata el Instrumento, cabe señalar que la definición de contrato de transporte enunciada es muy amplia, lo que permite incluir varias relaciones contractuales distintas, sin perjuicio de las posibles exclusiones que se establezcan por separado. La primera parte del texto propuesto en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36 se asemeja bastante a la definición de las Reglas de Hamburgo. Las diferencias radican únicamente en el hecho de que el proyecto de instrumento abarca el transporte de puerta a puerta. Las Reglas de La Haya-Visby también tienen un punto de partida amplio, a saber, el requisito de que exista un conocimiento de embarque para que sean aplicables.

5. En debates anteriores, entre ellos los de la reunión de mesa redonda, se procuró precisar las relaciones contractuales que el Instrumento regiría. Los distintos criterios posibles pueden calificarse de "criterio contractual", "criterio documental" y "criterio comercial". Al mismo tiempo, no se sugirió verdaderamente que en el Instrumento no se previeran exclusiones. De ello se desprende que podría haber disposiciones en que se especificaran tanto las relaciones contractuales que se incluirían como las que se excluirían.

6. En la reunión de mesa redonda se prepararon distintas propuestas, todas ellas meritorias y fruto del empeño de delimitar lo que quedaría comprendido en el Instrumento y lo que se excluiría de su ámbito de aplicación. Con todo, al hacer un minucioso análisis retrospectivo, los países nórdicos concluyen que ninguna de las propuestas constituiría una solución satisfactoria para el texto de una convención de alcance mundial, en que deben tenerse en cuenta los distintos ordenamientos jurídicos. Se pensó, pues, que un criterio sencillo y funcional aplicable en el plano mundial consistiría en aceptar la definición bastante amplia y global que figura en la versión revisada provisional del proyecto de instrumento que preparó la secretaría de la CNUDMI (documento A/CN.9/WG.III/WP.36). Los países nórdicos, en consonancia con la mayoría de las opiniones expresadas, desean mantener básicamente el mismo grado de autonomía contractual previsto hasta el momento, aunque haciendo algunas precisiones. Se estima que en la versión revisada provisional se recogen en gran medida los criterios utilizados en las Reglas de La Haya-Visby y en las Reglas de Hamburgo, si bien no es pertinente el hecho de que se haya expedido un conocimiento de embarque.

7. *Los países nórdicos apoyan el texto de la versión revisada provisional preparada por la Secretaría, que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36.*

III. Exclusiones

8. Habida cuenta de que el enfoque global es de por sí muy general y del hecho de que no se necesita un conocimiento de embarque para aplicar el Instrumento, es importante concentrarse en las exclusiones. Eso también es válido en vista de que

no hay razones para incluir detalles trascendentales en la definición global si las exclusiones se enuncian con suficiente claridad.

9. Ante el desarrollo de la logística del transporte y de nuevos arreglos contractuales dictado por necesidades prácticas y comerciales, la tradicional exclusión de los contratos de fletamento del ámbito de aplicación de los regímenes de responsabilidad de carácter imperativo ya no basta. Es necesario precisar en el Instrumento qué otras situaciones se excluirán y se dejarán, por ende, a menos en el ámbito internacional, al arbitrio de las partes. A la luz de lo expuesto, se considera necesario que, además de mantener la exclusión de los contratos de fletamento, se enumeren otras relaciones contractuales que no quedarán comprendidas en el ámbito de aplicación del Instrumento. Se estima que la revisión provisional del proyecto de instrumento que se recoge en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36 también presenta, por el momento una solución viable en el plano mundial.

10. En el Instrumento se enumeran las relaciones contractuales excluidas sin definirlas. Ha habido debates internacionales acerca de la conveniencia de incluir también definiciones, al menos respecto de ciertos elementos de las exclusiones. Cabe puntualizar que si se incorporaran más definiciones se correría el riesgo de entorpecer la aplicación del Instrumento. Una razón de peso que puede aducirse es también que las relaciones contractuales excluidas son fenómenos conocidos en la esfera comercial y, en consecuencia, sería raro que surgieran controversias acerca de cuáles están comprendidas en el ámbito de aplicación del Instrumento y cuáles no lo están. Si surgieran problemas, incumbiría a los tribunales judiciales y a los árbitros disipar las dudas. Las ambigüedades no serían demasiado problemáticas y existirían de todos modos, aun cuando se incorporaran más definiciones.

11. La definición global y las exclusiones mencionadas anteriormente son totalmente compatibles con los regímenes vigentes. Toda modificación de las estructuras conocidas conllevaría el riesgo de que el Instrumento se interpretara de manera diferente que los regímenes anteriores, aunque esa no sea la intención en todos los casos.

12. Teniendo presentes la definición global mencionada y las relaciones contractuales excluidas, cabe señalar que los contratos de transporte de mercancías en buques de línea regular se regirían automáticamente por el Instrumento, como se pretende, y quedarían excluidos, como se pretende, los contratos de fletamento y otras relaciones contractuales semejantes.

13. No es necesario que se expida un conocimiento de embarque (o un "documento de titularidad" análogo) para dar paso a la aplicación de las disposiciones imperativas en las acciones por daños en la carga que se entablen, en virtud del Instrumento, entre el porteador y el cargador. Se apoya sin reservas esta solución, que refleja la evolución del mercado comercial.

14. *Los países nórdicos consideran que el párrafo 3 del artículo 2 se debe incluir en el Instrumento sin los corchetes. De ese modo, el Instrumento no se aplicaría a los contratos de fletamento, los contratos de flete, los contratos por volumen ni a acuerdos análogos. (En la sección 4 se examinan los acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (Acuerdos OLSA)).*

15. *También es aceptable el texto actual del párrafo 5 del artículo 2.*

IV. Acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (acuerdos OLSA)

16. En la propuesta de los Estados Unidos que figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.34 de la CNUDMI se abordan los acuerdos OLSA independientemente de los conceptos básicos examinados anteriormente. Según la propuesta los acuerdos OLSA, definidos con más precisión, se regirían por el Instrumento, aunque no de forma imperativa. En otras palabras, los acuerdos OLSA no quedan excluidos, si bien en determinadas circunstancias quedarían excluidos si las partes contratantes así lo decidieran.

17. Habida cuenta de que, como se explica en la propuesta, el concepto de acuerdos OLSA adquiere cada vez más importancia, conviene prestarle atención al examinar el proyecto de instrumento.

18. Uno de las principales objetivos de las reglas imperativas es proteger al propietario de la carga para que no se le impongan condiciones injustas de transporte. Este posible desequilibrio prevalece, o al menos prevalecía, en la práctica, en muchas operaciones de transporte en buques de línea. La existencia de un régimen internacional de responsabilidad de carácter imperativo también da cierta previsibilidad en el plano internacional. Por otra parte, no todas las situaciones en los servicios de línea y el transporte de carga general necesariamente están expuestas a posibles desequilibrios. Si hay situaciones inequívocas, en términos generales, en que las partes pueden negociar las condiciones de transporte con auténtica libertad, no parece haber una necesidad acuciante de aplicar normas imperativas.

19. Los países nórdicos están dispuestos a seguir procurando encontrar una solución respecto de la *idea* de los Estados Unidos de que el régimen del Instrumento no se aplique de forma imperativa a los acuerdos OLSA, aunque con ciertas reservas. Es de suma importancia que la definición de acuerdo OLSA sea clara a fin de evitar malentendidos. Debe pulirse todavía la definición propuesta en el documento A/CN.9/WG.III/WP.34. Por ejemplo, en el apartado a) de la definición se menciona la prestación de “algún servicio particular”. Si bien en el apartado b) se circunscribe el sentido, el concepto sigue sin aclararse y plantea dudas en cuanto a la aplicación.

20. Asimismo, podría entenderse que la definición de acuerdo OLSA abarca al menos en parte los contratos por volumen. En los códigos marítimos de los países nórdicos, por ejemplo, los contratos por volumen (o por cantidad) se relacionan con el transporte en buque de una cantidad determinada de mercancías dividida en varios viajes durante un plazo establecido. Ese contrato marco está supeditado a la autonomía contractual, aunque para cada viaje rigen las disposiciones relativas al transporte de carga general o a los contratos de fletamento, según proceda. Dado que un acuerdo OLSA sería una relación contractual muy especial, podría aceptarse que las disposiciones de ese tipo de acuerdos prevalecieran sobre las que rigen los contratos por volumen (o cantidad). Podría plantearse una cuestión análoga en el caso de viajes consecutivos, en que existiría la misma solución que en el de los acuerdos OLSA.

21. Técnicamente, las disposiciones relativas a los acuerdos OLSA deberían constituir un artículo separado, en el que debería establecerse también que lo dispuesto en los acuerdos OLSA prevalecerá sobre las disposiciones relativas a los contratos por volumen y, de ser necesario, sobre las que rigen los viajes consecutivos. Posiblemente deban modificarse en consecuencia los párrafos 3 y 4 del artículo 2.

22. Si bien los conceptos básicos (relaciones contractuales incluidas y excluidas), desde el punto de vista de los países nórdicos no se diferenciarán de lo que ya se conoce, el hecho de que la regulación de los acuerdos OLSA no sea imperativa repercutirá en el régimen de responsabilidad, habida cuenta de que ciertos servicios de línea regular, que hasta ahora se han regido por normas imperativas, quedarán supeditados a la autonomía contractual. Antes de introducir una modificación de esa índole hay que hacer un examen detenido de la cuestión al preparar el futuro instrumento.

V. Situación de un tercero

23. Las normas de derecho imperativo previstas tanto en las Reglas de La Haya-Visby como en las Reglas de Hamburgo amparan los derechos de un tercero en ciertas circunstancias, aunque la relación contractual original quede excluida del ámbito de aplicación del régimen imperativo de responsabilidad. Un requisito indispensable para que un tercero, por ejemplo, un consignatario que no sea el fletador, pueda acogerse a dicha protección es que posea un conocimiento de embarque.

24. En la versión revisada provisional del proyecto de instrumento de la secretaría de la CNUDMI que se recoge en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36 se regula la situación de los terceros en el párrafo 4 del artículo 2. Como requisito para acogerse a dicha protección se establece la emisión de un título de transporte negociable o de un documento electrónico negociable.

25. Los países nórdicos opinan que no hay motivo para modificar el concepto jurídico básico relativo a los terceros. Por consiguiente, debe prevalecer el principio de protección imperativa. Los derechos de tercero quedan amparados independientemente del tipo de contrato básico que se haya concertado. Así pues, la situación del tercero no debería alterarse en función de los acuerdos de origen. Por ejemplo, un contrato por volumen o un acuerdo OLSA no debería impedir que el tercero se acogiera al régimen imperativo de responsabilidad. Por lo tanto, pueden suprimirse los corchetes en el párrafo 4 del artículo 2 de la versión revisada provisional y hacerse referencia explícitamente no solo a los contratos de fletamento, sino también a los contratos de flete, los contratos por volumen y acuerdos análogos. La cuestión no resuelta es el criterio que se utilizará para amparar los derechos del tercero. Los países nórdicos han examinado el criterio que se utiliza en el texto actual del Instrumento y la posibilidad de exigir cartas de porte marítimo, aun cuando no se trataría de documentos negociables. Se estimó que había que examinar más a fondo la cuestión de la situación de los terceros en relación con las cartas de porte marítimo no negociables.

VI. Aspectos relativos al transporte multimodal

26. Si bien la autonomía contractual podría aplicarse al transporte multimodal, el tema no se ha abordado en el presente documento.

VII. Resumen

27. La posición común de los países nórdicos es la siguiente:

a) Se apoya el apartado a) del artículo 1 de la versión revisada provisional preparada por la secretaría de la CNUDMI, que se recoge en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36 (no la nota de pie de página 14);

b) Se acepta la exclusión del ámbito de aplicación del Instrumento de las relaciones contractuales que se enumeran en el párrafo 3 del artículo 2 del documento A/CN.9/WG.III/WP.36, sin corchetes y sin que se introduzca ninguna otra definición;

c) Cabría seguir examinando si conviene que el régimen del Instrumento se aplique de forma no imperativa a los acuerdos OLSA y correspondería aclarar la definición en sí y también la relación de esos acuerdos con los contratos por volumen y los viajes consecutivos;

d) Un tercero que no sea el fletador, independientemente del tipo de contrato básico que hayan celebrado el cargador y el porteador, debe estar amparado por el régimen imperativo de responsabilidad del Instrumento, al menos cuando la relación entre el porteador y el tercero esté regulada por un título de transporte negociable o un documento electrónico negociable, aunque posiblemente, también, por una carta de porte marítimo, que es un documento no negociable.

28. Los aspectos relativos al transporte multimodal tal vez den lugar a otros ajustes. También podría haber detalles que dieran lugar a modificaciones del presente texto, pero los conceptos básicos figuran en los apartados a) a d) inclusive del presente resumen.

APÉNDICE A

"Artículo 1. Definiciones

A los efectos del presente instrumento:

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 de un lugar 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.

Artículo 2. Ámbito de aplicación

Se mantienen los párrafos 1, 1bis y 2 como figuran en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36.

3. El presente instrumento no se aplicará a los contratos de fletamento, contratos de flete, contratos por volumen, o acuerdos análogos [*con excepción de los acuerdos mencionados en el artículo 2bis*].

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 por volumen o acuerdo análogo [*como el tipo de acuerdo mencionado en el artículo 2bis*], 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. [¿cartas de porte marítimo?]

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 [con excepción de los acuerdos mencionados en el artículo 2bis]."

Artículo 2bis. Acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (acuerdos OLSA)

En el artículo 2 bis se enunciarían las disposiciones relativas específicamente a los acuerdos OLSA, en las que se precisarían el concepto y la relación de esos acuerdos con los contratos por volumen y los viajes consecutivos.

D. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Observaciones de la secretaría de la UNCTAD, presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 14º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.41) [original: inglés]

El 21 de septiembre de 2004 la Secretaría recibió observaciones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). En el anexo I se reproducen dichas observaciones tal como se presentaron a la Secretaría.

ANEXO I

OBSERVACIONES DE LA SECRETARÍA DE LA UNCTAD SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 14 DEL PROYECTO DE INSTRUMENTO

Observaciones introductorias

1. El artículo 14 del proyecto de instrumento aborda la responsabilidad del porteador por la pérdida derivada de la pérdida de las mercancías o del daño sufrido por ellas, así como del retraso en su entrega. En esa disposición se establecen normas sobre la carga de la prueba que determinan las circunstancias en que el porteador será responsable de la pérdida de las mercancías, del daño sufrido por ellas o del retraso en su entrega y los supuestos en que quedará eximido de tal responsabilidad. Las pérdidas de las que el porteador no sea responsable deberán ser asumidas por el cargador. Por consiguiente, el artículo 14 tiene una importancia decisiva en la regulación del régimen general de responsabilidad y distribución del riesgo entre el porteador y el cargador que se enuncia en el proyecto de instrumento.

2. El texto del artículo 14 (en su origen, párrafo 1 del artículo 6) se ha revisado varias veces y la última versión se recoge en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36. Se han hecho otros intentos de enunciar el texto con más claridad, en particular en la conferencia anual del Comité Marítimo Internacional (CMI) celebrada en Vancouver, en la que se preparó un texto más pulido del proyecto de artículo.

3. Con el propósito de facilitar las futuras deliberaciones del Grupo de Trabajo, a continuación se destacan algunas consideraciones centrales relativas a cuestiones reguladas en el artículo 14. Esas consideraciones deben examinarse a la luz de las observaciones de fondo presentadas por la secretaría de la UNCTAD en relación con el texto original del párrafo 1 del artículo 6 (véase A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1, anexo II, párrafos 55 a 64).

I. Fundamento de la responsabilidad y lista de "peligros exceptuados"

4. El párrafo 1 del artículo 14 contiene una regla general sobre la responsabilidad del porteador. De considerarse necesario complementar esa regla general enumerando en el párrafo 2 del artículo 14 ciertas excepciones, peligros o hechos ("peligros exceptuados"), cabe examinar detenidamente el fondo y el enunciado de los "peligros exceptuados" que se enumeren.

5. En los apartados a) a q) del párrafo 2 del artículo IV de las Reglas de La Haya-Visby figura una lista pertinente de excepciones. El porteador puede invocar dos de ellas, enunciadas en los apartados a) y b) del párrafo 2 del artículo IV, a saber, el error de navegación y los incendios, en caso de negligencia por parte de sus empleados. Las otras excepciones (apartados c) a q)), están supeditadas al cumplimiento de las obligaciones del porteador y reflejan circunstancias en las que normalmente no existe negligencia de su parte (por ejemplo, hechos ajenos a su control, actos u omisiones del cargador y defectos o vicios ocultos de las mercancías).

6. En el párrafo 2 del artículo 14 se enumeran varios "peligros exceptuados" que, con algunos cambios de redacción, corresponden a los apartados c) a q) del párrafo 2 del artículo IV de las Reglas de La Haya-Visby. Aún queda por decidir si cabe incorporar como excepciones el incendio y el error de navegación (este último actualmente suprimido), posiblemente como disposición independiente (artículo 22)[1].

7. En los apartados h) e i) del párrafo 2 del artículo 14 se enuncian algunas nuevas excepciones a la responsabilidad que, como no figuran en las Reglas de La Haya-Visby, han de analizarse con particular atención. Dichos apartados deben examinarse en el contexto de los párrafos 2 de los proyectos de artículos 11 y 13 y del proyecto de artículo 12, disposiciones por las que, en caso de ser aprobadas, el porteador gozaría de nuevos derechos. Hasta que se adopte una decisión definitiva sobre esas disposiciones, habría que dejar entre corchetes también los apartados h) e i) del párrafo 2 del artículo 14.

1. Apartado h) del párrafo 2 del artículo 14

8. Esta disposición es el corolario del párrafo 2 del artículo 11, que figura entre corchetes, en que se dispone que las partes podrán convenir en que algunas de las funciones del porteador relativas al cuidado, la manipulación y el transporte de las mercancías sean ejercidas por el cargador o en nombre de éste. Como la secretaría de la UNCTAD lo señaló al formular observaciones sobre las disposiciones originales (artículos 5.2.2 y 6.1.3 ix))[2], la adopción de ese criterio es motivo de inquietud en el contexto de los contratos de adhesión, es decir, los contratos que contienen cláusulas uniformes del porteador, que suelen incluirse en un documento de transporte y cuyos términos no se pueden negociar. En esos contratos el porteador podría decidir unilateralmente, mediante la incorporación de una cláusula en el documento de transporte, delegar la responsabilidad del cuidado de las mercancías (por ejemplo, su carga, estiba y descarga) en el cargador o el

[1] Véase A/CN.9/WG.III/WP.36, párrafo 9.
[2] Véase A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1, anexo II, párrafos 49, 50 y 61.

consignatario. Además, según el texto actual del apartado h) del párrafo 2 del artículo 14, el porteador también quedaría eximido de responsabilidad por la pérdida de las mercancías ocasionada por la negligencia de sus propios agentes y empleados o de toda parte ejecutante que manipule las mercancías "en nombre del cargador".

2. Apartado i) del párrafo 2 del artículo 14

9. El "peligro exceptuado" de este apartado corresponde a los derechos del porteador enunciados en el artículo 12 y en el párrafo 2 del artículo 13 (véase A/CN.9/WG.III/WP.32). Por ende, al considerar la posibilidad de eximir al porteador de responsabilidad, como se propone en el apartado i) del párrafo 2 del artículo 14, es necesario examinar al mismo tiempo esas dos disposiciones.

a) Conforme a la **variante A del artículo 12,** el porteador podría negarse a transportar y, si fuera necesario, podría destruir mercancías *"si cabe considerar razonablemente que ... pueden convertirse en un peligro para las personas o los bienes o pueden plantear un peligro inaceptable para el medio ambiente con consecuencias penales*". Los amplios derechos del porteador existirían "*no obstante*" lo dispuesto en los artículos 10 y 11 y en el párrafo 1 del artículo 13, es decir, sin perjuicio de las obligaciones del porteador respecto del transporte y cuidado de las mercancías y la navegabilidad del buque. De hecho, ello supondría que el porteador no sería responsable aun cuando la causa del (posible) peligro que plantearan las mercancías hubiera sido la innavegabilidad del buque y hubiera habido negligencia.

Los derechos del porteador previstos en esta disposición difieren considerablemente de los enunciados en el párrafo 6 del artículo IV de las Reglas de La Haya-Visby. Como ya lo señaló la secretaría de la UNCTAD en sus observaciones sobre la propuesta original (artículo 5.3[3]), hay varios aspectos del proyecto de disposición que son motivo de preocupación. Entre ellos cabe mencionar la discrecionalidad que se concede al porteador, el hecho de que los derechos del porteador no queden supeditados al cumplimiento de sus principales obligaciones (en particular la relativa a la navegabilidad del buque) y la ausencia de salvaguardias contra reclamaciones o comportamientos irrazonables del porteador en los casos en que las mercancías peligrosas se transporten con su consentimiento.

Otra propuesta, la **variante B del artículo 12,** refleja más fielmente el texto del párrafo 6 del artículo IV de las Reglas de La Haya-Visby, aunque en ella también se otorgan derechos al porteador sin perjuicio de las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 10 y 11 y del párrafo 1 del artículo 13. Así pues, contrariamente a lo dispuesto en las Reglas de La Haya-Visby, el porteador podría deshacerse de las mercancías peligrosas sin tener que pagar indemnización aun en los casos en que, por ejemplo, el buque fuera innavegable debido a su negligencia.

b) Conforme al **párrafo 2 del artículo 13**, que figura entre corchetes, el porteador gozaría de un amplio derecho para sacrificar mercancías. Ese derecho no se prevé en las Reglas de La Haya-Visby ni en ningún otro convenio de responsabilidad marítima y no queda claro el motivo por el que debe introducirse una regla vinculante con ese fin en el régimen imperativo de responsabilidad del proyecto de instrumento. Cabe observar que el derecho a sacrificar las mercancías

[3] Véase A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1, anexo II, párrafos 51 y 52.

existiría independientemente de las causas del peligro y sin perjuicio de las obligaciones principales del porteador previstas en el proyecto de instrumento (artículos 10 y 11 y párrafo 1 del artículo 13). De ello parecería desprenderse que, aun cuando el peligro fuera causado por otras mercancías transportadas en el mismo buque o por la innavegabilidad del buque sobrevenida por negligencia, el porteador seguiría teniendo derecho a arrojar las mercancías al mar sin pagar indemnización.

II. Asignación de la carga de la prueba y distribución de la responsabilidad en los casos de causas concurrentes

10. En relación con el texto del artículo 14, mucho se debate acerca de la forma de regular la carga de la prueba y la distribución de la responsabilidad en caso de que existan causas concurrentes, cuestiones estas importantes y complejas.

1. Pertinencia de asignar la carga de la prueba

11. La carga de la prueba es un concepto jurídico técnico que sirve para responder a una pregunta práctica importante, a saber, *si dos partes litigan ¿cuál debe presentar pruebas y en relación con qué?* En toda controversia judicial esta cuestión reviste gran importancia y puede afectar al resultado del litigio, en particular en los casos en que es difícil obtener pruebas. La parte en la que recae la carga de la prueba respecto de una cuestión o argumento en particular debe presentar las pruebas pertinentes. Si no lo hace, malogrará el argumento y tendrá que aceptar la derrota respecto de esa cuestión. Así pues, el que tiene la carga de la prueba debe asumir el riesgo de que no existan pruebas.

12. Una decisión reciente adoptada por un tribunal inglés sobre la responsabilidad de una empresa de almacenamiento por la pérdida de las mercancías que tenía a su cuidado[4] demuestra la importancia práctica de asignar la carga de la prueba. Según el contrato correspondiente, la empresa de almacenamiento demandada sería responsable únicamente en caso de negligencia. La cuestión central sobre la que debió pronunciarse el tribunal era cuál de las partes debía demostrar si había habido negligencia. *¿El demandante debía demostrar que la empresa había sido negligente, o el demandado debía demostrar que no había sido negligente?* La respuesta a esa pregunta era determinante para resolver la causa, ya que prácticamente no existían pruebas sobre las causas de las pérdidas. Así pues, la parte sobre la que recayera la carga de la prueba debía afrontar la pérdida. En este caso en particular, el tribunal decidió que la carga de la prueba recaía en el demandado, es decir, la empresa de almacenamiento, por razones de justicia y de sentido común: la empresa estaría en mejores condiciones de explicar lo que había sucedido y, de hecho, debería ser la parte que explicara la situación. Como la empresa no pudo probar que no había actuado con negligencia, el tribunal decidió que era responsable de los daños y perjuicios que se reclamaban.

13. En la esfera del transporte marítimo internacional de mercancías suele ser difícil obtener pruebas de las causas de las pérdidas, en particular para el

---

[4] *Euro Cellular (Distribution) Plc. v. Danzas Ltd. T/A Danzas AEl Intercontinental and another* [2004] 1 Lloyd's Rep. 521. En este caso carece de importancia que la decisión no se refiera al transporte de mercancías.

consignatario o el cargador, que tal vez no dispongan de información sobre los hechos pertinentes. Además, la pérdida, el daño o las demoras que se producen cuando las mercancías están en tránsito con frecuencia se deben a una combinación de factores y, en esos casos, tal vez sea aun más difícil obtener pruebas acerca del grado en que las distintas causas individualizadas han contribuido a una pérdida. Ante esas consideraciones, es obvio que las normas sobre la asignación de la carga de la prueba entre el porteador y el cargador son determinantes para la distribución general de riesgos entre las partes.

2. Criterios utilizados en las Reglas de La Haya, las Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo

14. Pese a diferencias considerables en el texto, en las Reglas de La Haya y en las Reglas de La Haya-Visby, así como en las Reglas de Hamburgo, se dispone que, cuando el litigante que haga valer un derecho sobre las mercancías haya determinado que sus bienes sufrieron pérdidas, la *carga de la prueba en relación con las causas de las pérdidas* recae en el porteador. Este principio goza de reconocimiento general. Si no hay pruebas suficientes sobre las causas de una pérdida, el porteador será responsable de la pérdida (total). De ello se desprende que el porteador suele ser responsable en caso de pérdidas inexplicables. Cuando existe una *combinación de causas*, el porteador es responsable de toda la pérdida, a menos que pueda demostrar *en qué medida una parte cuantificable de la pérdida obedeció únicamente a una causa de la cual él no es responsable.*

3. Carga de la prueba y distribución de la responsabilidad por pérdidas debidas a causas concurrentes en el artículo 14 del proyecto de instrumento

15. Si bien existen todavía varias cuestiones pendientes de examen en relación con la estructura, el contenido y el enunciado final del artículo 14, según el texto revisado de los párrafos 1 a 3 del artículo 14 (A/CN.9/WG.III/WP.36), la carga de la prueba respecto de las *causas* de una pérdida recaerá en el porteador. Por consiguiente, el porteador asumiría el riesgo derivado de la falta de pruebas y sería responsable cuando hubiera pérdidas inexplicables. No obstante, habida cuenta de que ciertas partes del texto revisado de los párrafos 1 a 3 del artículo 14 todavía figuran entre corchetes, por el momento es difícil determinar el efecto general de las disposiciones propuestas, en particular en relación con el párrafo 4 del artículo 14, que regula la distribución de la responsabilidad en supuestos en que la pérdida se deba a una combinación de factores (por ejemplo, la innavegabilidad del buque y los peligros en el mar).

16. En los párrafos 1 a 3 del proyecto de artículo 14 se sugiere, de forma más o menos explícita (siempre y cuando se mantenga parte del enunciado que por ahora figura entre corchetes), que también se exigiría al porteador que demostrara *el grado* en que las circunstancias de las que no era responsable habían *contribuido* a ocasionar la pérdida. Este criterio correspondería al utilizado en los convenios marítimos vigentes, expuesto anteriormente.

17. No obstante, en el párrafo 4 del artículo 14, en que se establece que la responsabilidad se distribuirá de forma proporcional, figuran trozos de texto entre corchetes que parecen reflejar un criterio distinto, que corresponde, en esencia, a la

segunda variante incluida en el artículo 6.1.4 del proyecto original de instrumento (A/CN.9/WG.III/WP.21[5]).

18. En la segunda oración del párrafo 4 del artículo 14 se dispone que la responsabilidad podrá distribuirse por partes iguales entre el porteador y el cargador si el tribunal "*no consigue determinar con exactitud el grado en que cada causa ha contribuido a la pérdida, al daño o al retraso*". Eso significa que, cuando las pruebas del grado en que distintas causas han contribuido a la pérdida sean insuficientes para determinar la responsabilidad, el porteador será responsable únicamente del 50% de la pérdida. De eso se desprende que, a diferencia de lo que se establece en las Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo, el porteador *no tendrá que demostrar el grado en que una parte cuantificable de una pérdida se debió a causas de las que él mismo no era responsable.*

19. Las consecuencias prácticas de esa diferencia de criterios serían considerables. Cabe tener presente que un tribunal sólo puede pronunciarse, incluso en lo que respecta a la distribución de responsabilidad, fundándose en las pruebas de que dispone, aducidas por las partes litigantes. El problema radica en cómo resolver las situaciones en que los litigantes, o uno de ellos, no pueden obtener pruebas fácilmente. En esos casos, las reglas sobre la carga de la prueba permiten distribuir los riesgos entre las dos partes. Conforme a las Reglas de La Haya-Visby, también, el tribunal distribuye la responsabilidad en función de las pruebas con que cuenta. Sin embargo, conforme a esas Reglas, como la carga de la prueba recae en el porteador, éste respondería de la totalidad de la pérdida (hasta un importe máximo determinado), a menos que demostrara la *parte* de la pérdida que no obedeció a una falta suya. En cambio, en el texto propuesto del párrafo 4 del artículo 14 la situación sería muy diferente. Si no hubiese pruebas suficientes, el riesgo máximo que debería asumir el porteador sería una indemnización del 50% de la pérdida (hasta un importe máximo determinado). Por consiguiente, en la práctica, el porteador sólo se vería incentivado a aducir pruebas pertinentes si eso disminuyera aún más su responsabilidad. En rigor, el que asumiría el riesgo derivado de la falta de pruebas sería el litigante que hace valer un derecho sobre las mercancías.

20. No queda bien claro cómo este criterio se conciliaría con el criterio relativo a la carga de la prueba, reflejado en los párrafos 1 a 3 del artículo 14, al que ya se aludió, en particular si se incorpora el texto que actualmente figura entre corchetes y se exige (explícitamente) al porteador que demuestre también *en qué medida* las circunstancias de las que no fue responsable han *contribuido* a la pérdida.

21. Así pues, al parecer, la cuestión central que queda por examinar en relación con las pérdidas ocasionadas por causas concurrentes o combinadas, es si en el proyecto de instrumento debería aplicarse el criterio de los regímenes de responsabilidad en el transporte marítimo ya establecidos, o si debería escogerse un nuevo criterio. *En efecto, la disyuntiva es si, cuando no se disponga de pruebas suficientes acerca del grado en que causas concurrentes han contribuido a ocasionar una pérdida, el porteador sería responsable de toda la pérdida (Reglas de La Haya-Visby), o bien debería hacerse cargo únicamente del 50% de la pérdida.*

---

[5] Véanse las observaciones pertinentes sobre la disposición formuladas por la secretaría de la UNCTAD en A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1, anexo II, párrafo 64.

22. Se ha dicho que tal vez se justifique adoptar un nuevo criterio sobre la carga de la prueba y la distribución de responsabilidad, en particular en vista de que el porteador tal vez no pueda acogerse, con arreglo al proyecto de instrumento, a la denominada excepción por error de navegación prevista en el apartado a) del párrafo 2 del artículo IV de las Reglas de La Haya-Visby. No obstante, cabe observar que, si bien la aplicabilidad de la excepción por error de navegación en algunos casos tal vez afecte al resultado de la reclamación relativa a las mercancías (por ejemplo, cuando la negligencia en la navegación o en la administración del buque ocasione o contribuya a ocasionar una pérdida), un criterio que difiera de la regla general de distribución de responsabilidad como el que se propone utilizar en el párrafo 4 del artículo 14 podría afectar a un número mucho mayor de demandas de esa índole, a saber, todos los supuestos en que la innavegabilidad del buque por negligencia haya contribuido a provocar una pérdida y no se disponga de pruebas sobre la parte pertinente de la pérdida ocasionada.

4. Acciones del porteador contra el cargador

23. Cabe subrayar que, en el contexto del artículo 14, toda decisión sobre la carga de la prueba y la distribución de pérdidas derivadas de causas concurrentes sería pertinente solo en lo que respecta a las demandas por daños y perjuicios en relación con las mercancías, no a las demandas que el porteador pudiera entablar contra el cargador por sus pérdidas, es decir, por daños sufridos por el buque al transportar mercancías peligrosas, en virtud del artículo 30. Por el momento no queda claro cómo se regularía la carga de la prueba y la distribución de responsabilidad cuando tanto las mercancías peligrosas como la innavegabilidad del buque hubieran contribuido a ocasionar pérdidas *al* porteador. Las pérdidas *sufridas por* el porteador pueden ser considerables en la práctica y entrañar, por ejemplo, la pérdida del buque, con lo que la cuestión de la carga de la prueba y la distribución de responsabilidad interesaría sobremanera al cargador que pudieran incurrir en responsabilidad. Conforme a las Reglas de La Haya-Visby, queda claro, al menos con arreglo al derecho anglosajón, que el porteador no tendría derecho a reclamar una indemnización al cargador (véase el párrafo 6 del artículo IV), a menos que pudiera probar que no hubo negligencia en lo que respecta a la innavegabilidad del buque (véase el párrafo 1 del artículo IV) o demostrar en qué medida una parte cuantificable de la pérdida se debió únicamente al transporte de mercancías peligrosas efectuado sin su conocimiento o consentimiento.

24. El texto actual del proyecto de instrumento no contiene una disposición similar al párrafo 1 del artículo IV de las Reglas de La Haya-Visby; por consiguiente, no resulta claro si la situación será la misma con arreglo al proyecto de instrumento que la prevista en las Reglas de La Haya-Visby, o si el cargador, para contradecir la pretensión del porteador, también tendría que probar que el estado de innavegabilidad del buque que contribuyó a la pérdida se debió a la negligencia del porteador. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de incorporar en el artículo 13 una disposición independiente sobre la carga de la prueba (similar al párrafo 1 del artículo IV de las Reglas de La Haya-Visby) que regule la obligación del porteador acerca de la navegabilidad del buque.

E. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Propuesta de los Estados Unidos de América, presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 14º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.42) [original: inglés]

El 8 de noviembre de 2004, en el marco de los preparativos del 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), el Gobierno de los Estados Unidos de América presentó el texto de una propuesta por la que modificaba su propuesta original relativa a los acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea, que figura en el párrafo 29 del documento A/CN.9/WG.III/WP.34. El texto de la propuesta modificada se reproduce en el anexo de la presente nota tal como se presentó a la Secretaría.

ANEXO I

PROPUESTA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

1. En el documento A/CN.9/WG.III/WP.34 los Estados Unidos presentaron una propuesta global en la que se abordaban las cuestiones clave que cabría abordar en el proyecto de instrumento. En el párrafo 29 del documento A/CN.9/WG.III/WP.34 se propone una definición de acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea (OLSA), es decir, se determina la categoría de operaciones que, a juicio de los Estados Unidos, el proyecto de instrumento supuestamente debería abarcar, pero que debería ser posible excluir del régimen del proyecto de instrumento en determinadas circunstancias.

2. La delegación de los Estados Unidos ha escuchado con atención las observaciones relativas a la definición de acuerdo OLSA enunciada en el párrafo 29 que ha recibido desde que se distribuyó el documento A/CN.9/WG.III/WP.34, es decir, desde agosto de 2003. Esas observaciones provinieron de distintas entidades privadas de los Estados Unidos, de otros Estados y de organizaciones no gubernamentales estadounidenses e internacionales. Una de las inquietudes expresadas fue que, en virtud de lo dispuesto por una ley de transporte marítimo estadounidense, las empresas de transporte marítimo que no explotan buques que realizaran operaciones comerciales en los Estados Unidos no podrían concertar un acuerdo OLSA en el sentido del párrafo 29.

3. Otra inquietud, respecto de una cuestión de forma, fue que el proyecto de instrumento sería más claro si el concepto de acuerdo OLSA figurara en un artículo independiente, en vez de ser parte del actual artículo 88 del documento A/CN.9/WG.III/WP.32 (Límites de la autonomía contractual).

4. En atención a las inquietudes expresadas, los Estados Unidos han modificado su propuesta enunciada en el párrafo 29 del documento A/CN.9/WG.III/WP.34. En la presente propuesta la definición de acuerdo OLSA figura en un artículo por separado y, al definir el concepto, se ha procurado que sea más específico para responder a las inquietudes de los cargadores y lo suficientemente amplio como para

que abarque las empresas de transporte marítimo que no explotan buques. La presente propuesta cuenta con el apoyo de todas las entidades estadounidenses afectadas, incluidos los cargadores, las empresas que explotan buques y las que no lo hacen.

5. En consecuencia, los Estados Unidos sugieren sustituir la propuesta enunciada en el párrafo 29 del documento A/CN.9/WG.III/WP.34 por el texto que figura a continuación.

Artículo XX

1. [Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo xx [definición de contrato de transporte/disposición de exclusión de contratos], el presente Instrumento será aplicable a un acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea. [Nota 1.]

2. Por "acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea" se entenderá un contrato mutuamente negociado y concertado por escrito o por medios electrónicos entre uno o más porteadores y uno o más cargadores que regule el transporte marítimo de mercancías en varias remesas a bordo de buques de línea durante determinado período. En virtud de ese contrato, el porteador o los porteadores deberán prestar un servicio que de otra forma no estarían obligados a prestar en virtud del presente Instrumento, y el cargador o los cargadores deberán enviar un volumen mínimo de carga y pagar la tasa o las tasas convenidas en el contrato. El servicio que el porteador o los porteadores están obligados a prestar será el transporte marítimo de mercancías y podrá incluir también el transporte por alguna otra vía, el almacenamiento de las mercancías, o servicios logísticos, según lo requiera el cargador. Por "transporte de línea" se entenderá un servicio anunciado de transporte marítimo de carga general a bordo de buques que navegan con regularidad por una ruta comercial establecida entre puertos de escala programada. [Nota 2]

3. Un acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea no podrá ser i) la lista de precios y servicios de un porteador, un conocimiento de embarque ni un recibo de carga o documento similar, aunque el acuerdo podrá remitirse a esos documentos; ni ii) el fletamento de un buque de línea o de una parte de él.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, en un acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea se podrán establecer más o menos deberes, derechos, obligaciones y responsabilidades que los que se establecen en el presente Instrumento. Toda disposición de un acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea en la que se establezcan más o menos deberes, derechos, obligaciones y responsabilidades figurará en el cuerpo del contrato y no podrá pasar a formar parte de él por remisión a otro documento. Toda condición de un acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea que se aparte de las establecidas en el presente Instrumento obligará únicamente a las partes en ese contrato y a todo tercero que consienta expresamente en quedar vinculado por ella. [Nota 3]

5. Si se expide un documento de transporte o un documento electrónico en virtud de un acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea, el contrato probado por ese documento o incorporado en él se regirá por las disposiciones del presente Instrumento en la medida en que dicho documento regule las relaciones entre el porteador y todo tenedor, consignador o consignatario cuyo

nombre conste en él y que no sea parte en el acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea, a menos que tal tenedor, consignador o consignatario consienta expresamente en quedar vinculado por un acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea o por algunas de las condiciones de dicho acuerdo que difieran de las establecidas en el presente Instrumento.

Nota 1: El texto que figura entre paréntesis quedará pendiente hasta que se hayan concluido otros artículos, por ejemplo, los relativos a la definición de contrato de transporte y a los contratos que se excluirán del régimen del Instrumento. La intención es, sin embargo, evitar confusiones entre la disposición relativa a los acuerdos OLSA y las demás disposiciones que pudieran dar a entender que los acuerdos OLSA quedan excluidos del ámbito de aplicación del Instrumento (por ejemplo, las relativas a la definición de contrato de transporte y a la lista de contratos excluidos).

Nota 2: A fin de que se interprete que la disposición relativa a los acuerdos OLSA se aplica a los porteadores que expiden documentación en su propio nombre y son responsables del transporte marítimo, independientemente de que exploten o no un buque, los Estados Unidos proponen que la definición de porteador enunciada en el apartado b) del artículo 1 del documento A/CN.9/WG.III/WP.32 se enmiende de la siguiente manera: “Por ‘porteador’ se entenderá una persona, independientemente de que explote o no un buque, que celebra un contrato de transporte con un cargador .”

Nota 3: Los Estados Unidos recuerdan que en el documento A/CN.9/WG.III/WP.34 proponen que las partes en un acuerdo OLSA puedan vincular a un tercero al foro que se haya designado en ese acuerdo para entender de todo litigio relativo a la carga, siempre y cuando se hayan cumplido ciertas condiciones, entre ellas, que se haya notificado al tercero el foro designado. Véase el párrafo 35 del documento A/CN.9/WG.III/WP.34.

F. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte acerca de la labor de su 15º período de sesiones (Nueva York, 18 a 28 de abril de 2005)

(A/CN.9/576) [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	10-213
Ámbito de aplicación y autonomía contractual (proyectos de artículo 1, 2, 88 y 89)	10-109
Debate general y metodología para proseguir la labor en curso	12-13
Cuestión 1: Inclusión de los acuerdos OLSA en el proyecto de instrumento	14-16
Cuestión 2: Condiciones que deben darse para que las partes puedan sustraerse a reglas del proyecto de instrumento	17-19
Cuestión 3: posibilidad de que algunas disposiciones del proyecto de instrumento sean de carácter imperativo y cuáles de ellas podrían serlo	20-23
Cuestión 4: Aplicabilidad a terceros, con su consentimiento, de cláusulas contractuales negociadas al margen del proyecto de instrumento y condiciones para ello	24-28
Cuestión 5: Definición del “contrato de transporte”	29-34
Cuestión 6: Criterio de un nexo documental o no documental para la protección de terceros	35-44
Cuestión 7: Enfoque de “sentido único” o de “doble sentido”—Proyecto de artículo 88	45-49
Cuestión 8: Determinar cuáles son las partes a las que será aplicable el proyecto de artículo 88	50-51
Texto reformulado propuesto de las disposiciones relativas al ámbito de aplicación y a la autonomía contractual (proyectos de artículo 1, 2, 3, 4, 88, 89 y nuevo proyecto de artículo 88 a)	52-104
Nueva redacción propuesta del artículo 1	54-58
Nueva redacción propuesta del artículo 2	59-62
Nueva redacción propuesta del artículo 3	63-66
Propuesta de inserción del proyecto de artículo 4	67-73
Propuesta de nuevo enunciado del artículo 88	74-80
Propuesta de proyecto de artículo 88a	81-104
Proyecto de párrafo 1 del artículo 88a	81-85
Proyecto de artículo 88a, párrafos 2 y 3	86-89
Proyecto de artículo 88a, párrafo 4	90-92
Proyecto de artículo 88a, párrafo 5	93-99
Proyecto de artículo 88a, párrafo 6	100-104

Proyecto de artículo 89 105-109
Vía judicial: Capítulo 15 110-175
Cuestión 1: Factores de conexión 111-128
Proyecto de artículo 72 111-124
Proyecto de artículo 72 bis 125-128
Cuestión 2: Disposiciones relativas al embargo preventivo 129-142
Proyecto de artículo 73 129-136
Proyecto de artículo 74 137-142
Cuestión 3: Actuaciones concurrentes, demanda solidaria, litisconsorcio y litispendencia 143-155
Propuesta de inserción en el texto de un nuevo artículo 74 *bis*. Concurrencia de las actuaciones 143-146
Propuesta de inserción en el texto de un nuevo artículo 74 *ter*. Demanda solidaria. Litisconsorcio 147-152
Proyecto de artículo 75. Litispendencia 153-155
Cuestión 4: Cláusulas de jurisdicción exclusiva 156-168
Cuestión 5: Acuerdo sobre jurisdicción a raíz de una controversia 169-171
Proyecto de artículo 75 bis 169-171
Cuestión 6: Reconocimiento y ejecución 172-175
Vía arbitral - Capítulo 16 176-179
Disposiciones revisadas sobre el comercio electrónico 180-210
Definiciones (Proyecto de artículo 1) 181-185
Capítulo 2: Comunicación electrónica 186-199
Proyecto de artículo 3 186-187
Proyecto de artículo 4 188-189
Proyecto de artículo 5 190-191
Proyecto de artículo 6 192-199
Capítulo 8: Títulos de transporte y documentos electrónicos 200-205
Proyecto de artículo 33 200
Proyecto de artículo 35 201-205
Proyectos de artículo que rigen aspectos del comercio electrónico 206-210
Derecho de control, Transferencia de derechos 206
Propuesta de reformulación de algunas disposiciones sobre comercio electrónico 207-210
Derecho de control 211
Transferencia de derechos 212-213
III. Otros asuntos 214-217

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 acerca de 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 recopilación más reciente de antecedentes legislativos del proyecto de instrumento figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.43.

2. El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 15º período de sesiones en Nueva York del 18 al 28 de abril de 2005. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Australia, Austria, Belarús, Brasil, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, Croacia, Ecuador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, India, Iraq, Italia, Japón, Kenya, Kuwait, Lituania, Madagascar, Marruecos, México, Mongolia, Pakistán, Qatar, República Checa, República de Corea, Serbia y Montenegro, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda y Venezuela (República Bolivariana de).

3. También asistieron observadores de los siguientes Estados: Afganistán, Cuba, Dinamarca, Etiopía, Filipinas, Finlandia, Grecia, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Santa Sede, Senegal y Ucrania.

5. Asistieron, además, observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) **Organizaciones intergubernamentales invitadas por la Comisión**: Comisión Europea (CE), Consejo de la Unión Europea y Unión Africana

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 y del Báltico (BIMCO), Federación Internacional de Asociaciones de Expedidores de Carga, Grupo Internacional de Asociaciones de Protección e Indemnización 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)

Copresidente: Sr. David Morán Bovio (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.43);

---

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

b) Una nota preparada por la Secretaría en la que figuraba una primera revisión del proyecto de instrumento (A/CN.9/WG.III/WP.32);

c) Una 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) y en su 13º período de sesiones (A/CN.9/WG.III/WP.39);

d) Una nota preparada por la Secretaría, con una versión provisional reformulada del ámbito de las disposiciones concernientes al ámbito de aplicación del proyecto de instrumento presentado al Grupo de Trabajo, para su examen, por un grupo de redacción oficioso en el 14º período de sesiones, junto con un comentario ligeramente revisado (A/CN.9/WG.III/WP.44);

e) Una nota preparada por la Secretaría sobre prácticas internacionales uniformes de arbitraje (A/CN.9/WG.III/WP.45);

f) Observaciones de la Secretaría de la UNCTAD sobre la autonomía contractual (A/CN.9/WG.III/WP.46);

g) Una nota de la Secretaría, con propuestas de revisión referentes a las disposiciones sobre comercio electrónico (A/CN.9/WG.III/WP.47).

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 el examen del proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías (en adelante, "el proyecto de instrumento") tomando como base los siguientes documentos:

- El texto que figura en el anexo de la nota de la Secretaría A/CN.9/WG.III/WP.32;
- Una propuesta de revisión provisional de los artículos del proyecto de instrumento que el Grupo de Trabajo examinó en sus períodos de sesiones 12º (A/CN.9/WG.III/WP.36); 13º (A/CN.9/WG.III/WP.39), y 14º (A/CN.9/WG.III/WP.44); y
- Una propuesta de disposiciones revisadas sobre comercio electrónico (A/CN.9/WG.III/WP.47).

9. Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, preparara un proyecto revisado sobre varias disposiciones. Las deliberaciones y conclusiones se recogen en la sección II, que figura a continuación.

II. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías

Ámbito de aplicación y autonomía contractual (proyectos de artículo 1, 2, 88 y 89)

10. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado muy recientemente los temas del ámbito de aplicación y de la autonomía contractual, en su 14º período de sesiones (A/CN.9/572, párrs. 81 a 104), y que había estudiado anteriormente los proyectos de artículo 1 y 2 en su 12º período de sesiones (A/CN.9/544, párrs. 51 a 84), y los proyectos de artículo 88 y 89 en su 11º período de sesiones (A/CN.9/526, párrs. 203 a 218).

11. El Grupo de Trabajo fue informado brevemente de la labor de un grupo de consulta oficioso (véase A/CN.9/572, párr. 166) que se reunió entre los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, con miras a acelerar el intercambio de pareceres, la formulación de propuestas y la formación de un consenso en el marco de la preparación del proyecto de instrumento. Se informó al Grupo de Trabajo de que había habido un intercambio de pareceres con el grupo de consulta oficioso respecto de los temas del ámbito de aplicación y de la autonomía contractual, teniendo en cuenta el texto preparado por el grupo de redacción oficioso y conforme a las instrucciones dadas por el Grupo de Trabajo, durante su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/572, párr. 90), publicado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44, así como el texto de los proyectos de artículo 88 y 89, conforme aparecen en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Debate general y metodología para proseguir la labor en curso

12. El Grupo de Trabajo fue informado de que, en el curso de los trabajos llevados a cabo por el grupo de consulta oficioso reunido entre períodos de sesiones, se habían formulado sugerencias de redacción y se habían expresado diversos pareceres sobre ciertas cuestiones importantes de política normativa respecto de las disposiciones concernientes al ámbito de aplicación del futuro régimen, presentados en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44, y respecto de los artículos 88 y 89 del proyecto de instrumento. A raíz de las conclusiones a las que llegó el Grupo de Trabajo respecto de los acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (OLSA) (véase A/CN.9/572, párr. 104 y, en términos más generales, A/CN.9/WG.III/WP.42 y A/CN.9/WG.III/WP.34, párrs. 18 a 29 y 34 a 35), se sugirió que la inclusión de los acuerdos OLSA en el ámbito de aplicación del futuro régimen no había de efectuarse necesariamente por vía de una disposición aparte, que tal vez fuera difícil de redactar. Se sugirió, en su lugar, que puesto que el acuerdo OLSA era una modalidad de contrato por volumen de carga transportada, bastaría con hacer algún ajuste en las disposiciones enunciadas en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44 y en los proyectos de artículo 88 y 89 con miras a subsumir al acuerdo OLSA en el marco actual de los contratos por volumen de carga, que ya estaban englobados en el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento. Se dijo también que dicho enfoque evitaría además la necesidad de definir al acuerdo OLSA, que había suscitado cierta inquietud entre las delegaciones del Grupo de Trabajo.

13. Hubo un apoyo general de la técnica sugerida para la inclusión de los acuerdos OLSA en el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento que examinaba el Grupo de Trabajo. El Grupo de Trabajo convino en que un grupo de redacción oficioso se encargara de preparar los retoques necesarios en el texto de las disposiciones referentes al ámbito de aplicación, a fin de mejorar su redacción y dar cabida a los acuerdos OLSA en el ámbito de aplicación del futuro régimen. Ahora bien, se observó que procedía que el Grupo de Trabajo resolviera ciertas cuestiones de política normativa suscitadas por las disposiciones relativas al ámbito de aplicación, antes de que se iniciara dicha labor de redacción. El Grupo de Trabajo convino en que se examinara todo lo concerniente a dicha labor a la luz de las cuestiones clave que se enuncian y examinan en los epígrafes y párrafos que figuran a continuación.

Cuestión 1: Determinar si procede incluir al acuerdo OLSA en el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento en su calidad de contrato por volumen de carga, dejando que su inclusión dependa del carácter de cada una de las remesas previstas en dicho contrato

14. El Grupo de Trabajo debatió si sería aceptable que el acuerdo OLSA fuera tratado en el proyecto de instrumento como una subcategoría de los contratos negociados por volumen de carga, lo que se regularía en el marco de las disposiciones generales referentes al ámbito de aplicación del instrumento. Se sugirió que el proyecto de instrumento no fuera aplicable a los contratos negociados por volumen de carga, salvo que su régimen fuera aplicable a las remesas particulares negociadas en dichos contratos. Se sugirió también que se diera autonomía a las partes para sustraerse de algunas de las disposiciones del proyecto de instrumento respecto de todo contrato negociado por volumen de carga al que fuera aplicable su régimen, siempre que se cumplieran ciertas condiciones adicionales destinadas a amparar a la parte más débil en un contrato negociado por volumen de carga.

15. Se apoyó la idea de que el proyecto de instrumento adoptara este enfoque respecto de los acuerdos OLSA. Se dijo, al respecto, que una de las ventajas sería la de separar la cuestión del ámbito de aplicación del instrumento de la cuestión de la autonomía de las partes para sustraerse a su régimen, respecto de algunas de sus disposiciones. Se dijo que otra ventaja sería la de que era preferible el concepto de "contrato por volumen de carga" que el de acuerdo OLSA, ya que el primer concepto era más amplio y más universal. Se expresaron ciertas inquietudes ante la complejidad de la solución propuesta y ante el riesgo de que se prestara a confusiones. Se subrayó también que el texto debería ser formulado con particular cuidado, para evitar que la mayor amplitud que se estaba dando al concepto de contrato por volumen de carga no diera a lugar a que se declarara aplicable el futuro instrumento a algunos contratos de transporte por servicio no regular. Se preguntó si la fórmula utilizada en el proyecto de artículo 4 presentado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44 ("el transporte futuro de mercancías por remesas sucesivas") correspondía a la noción de contrato por volumen de carga o era de hecho un concepto más amplio. Se preguntó asimismo cómo habría de clasificarse una remesa individual transportada en virtud de un contrato de transporte en el que el porteador hubiera convenido utilizar un servicio de línea, pero utilizara, en su lugar, un servicio no regular.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca de la cuestión 1

16. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- La respuesta a la cuestión 1 debía ser afirmativa; y que
- Debía pedirse a un grupo de redacción oficioso que reformulara las disposiciones concernientes al ámbito de aplicación teniendo en cuenta los pareceres expresados y recogidos en los párrafos anteriores.

Cuestión 2: ¿Qué condiciones deben darse para que las partes gocen de autonomía para sustraerse a ciertas reglas del proyecto de instrumento?

17. Se indicó que deberían darse los siguientes cuatro requisitos para que un contrato por volumen de carga, o alguna remesa en él estipulada, se sustrajera al régimen del instrumento:

- El contrato debería haber sido [mutuamente negociado y] convenido por escrito o por vía electrónica;
- El contrato debería estipular algún servicio de transporte explícito que el porteador se obligaría a cumplir;
- Toda cláusula del contrato por volumen de carga que previera algún deber, derecho, obligación o responsabilidad superior o inferior a lo que fuera usual, debería estar consignada en el contrato y no sería incorporable por mera remisión a algún otro documento; y
- El contrato no debería consistir en [una lista pública de precios y servicios del porteador,] un conocimiento de embarque, un título de transporte, un documento electrónico, un recibo de entrega de la carga o documento similar, aun cuando cabrá que el contrato incorpore a su texto documentos de esa índole por vía de remisión.

18. Si bien se expresó el parecer de que las partes no deberían gozar, en ningún supuesto, de autonomía para sustraerse a lo dispuesto en el régimen del proyecto de instrumento, se apoyó también la idea de reconocerles dicha autonomía en algunos supuestos. Se expresó el parecer de que las cuatro condiciones enunciadas en el párrafo anterior no eran lo bastante claras, ni se diferenciaban lo bastante de otros contratos, para determinar todo supuesto concreto en el que las partes gozarían de autonomía contractual. Otros oradores insistieron en que los cuatro requisitos anteriormente esbozados no tenían otra finalidad que la de evitar el supuesto de que el contrato por volumen de carga se prestara a ser utilizado en detrimento de alguna de las partes en dicho contrato. Se sugirió que esa meta se lograría gracias al efecto combinado de los requisitos enunciados en el párrafo anterior y el requisito de que las partes hubieran convenido mutuamente en todas las condiciones conocidas del contrato. Se expresaron ciertas dudas sobre la necesidad de que dicho acuerdo constara por escrito.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca de la cuestión 2

19. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- El plan sugerido para sustraerse por vía contractual a algunas de las disposiciones del régimen del proyecto de convención podría servir de base

para deliberaciones ulteriores al respecto, pero que debía pedirse al grupo de redacción oficioso que tuviera en cuenta los pareceres expresados en los párrafos anteriores al examinar los requisitos exigibles para apartarse en algún contrato, del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento.

Cuestión 3: Determinar si procede que algunas disposiciones del proyecto de instrumento sean declaradas de carácter imperativo, de modo que las partes no gocen de autonomía alguna para apartarse de ellas, y de ser ése el caso, ¿cuáles serían esas disposiciones?

20. Se expresó el parecer de que en sus deliberaciones respecto del artículo 14 del proyecto de instrumento, el Grupo de Trabajo había examinado y descartado el concepto de obligaciones de carácter imperativo en el proyecto de instrumento. Se expresó la inquietud de que el mero hecho de declarar que algunas disposiciones del proyecto de instrumento son de carácter imperativo sería equiparable a la reintroducción de este concepto. Se afirmó además que si las partes en un contrato por volumen de carga, del tipo actualmente considerado, estaban lo bastante amparadas para poder negociar, sin riesgo, al margen de lo dispuesto en el proyecto de instrumento, debía reconocérseles autonomía contractual para negociar autónomamente cualquier aspecto del acuerdo, incluso cuestiones concernientes a la navegabilidad.

21. En sentido contrario, se expresó el parecer de que bajo ningún pretexto debía permitirse que las partes se sustrajeran, por vía contractual, al régimen de ciertas disposiciones del proyecto de instrumento, particularmente a las relativas a la navegabilidad del buque, enunciadas en el proyecto de artículo 13. Se expresó cierta inquietud respecto de las consecuencias eventuales de no permitir, en ningún supuesto, que el contrato se apartara del régimen aplicable en materia de navegabilidad, particularmente en lo referente a ciertas cuestiones vinculables a la navegabilidad del buque, como pudieran ser los límites aplicables en materia de responsabilidad. Si bien se replicó que prohibir toda autonomía contractual en lo relativo a la navegabilidad no afectaría en modo alguno al régimen aplicable en materia de límites de la responsabilidad, se sostuvo que las consecuencias globales de otorgar tal carácter imperativo a las obligaciones concernientes a la navegabilidad deberían examinarse más detenidamente.

22. En términos más generales, se afirmó que las obligaciones referentes a la seguridad marítima, enunciadas en el proyecto de convención, no deberían dejarse al arbitrio de la autonomía contractual, pero se dijo también, en sentido contrario, que toda cuestión relativa a la seguridad debería estar sujeta al derecho público que fuera aplicable al respecto. Se observó que algunas disposiciones relativas a las obligaciones del cargador, como las enunciadas en los proyectos de artículo 25 y 27, así como la obligación del porteador, enunciada en el proyecto de artículo 26, de informar al cargador, a instancia del mismo, podían tener repercusiones en materia de seguridad, por lo que cabría considerar la procedencia de regularlas conforme a criterios similares.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca de la cuestión 3

23. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Las obligaciones concernientes a la navegabilidad del buque debían ser objeto de una disposición de carácter imperativo que no debía dejarse, en el proyecto de instrumento, al arbitrio de la autonomía contractual de las partes;
- Debía pedirse al grupo de redacción oficioso que tuviera en cuenta los pareceres recogidos en los párrafos anteriores al examinar esta cuestión.

Cuestión 4: Determinar si procede que toda cláusula contractual negociada por el porteador y el cargador, al margen del régimen del futuro instrumento, sea también aplicable a todo tercero que haya expresamente consentido en quedar obligado por lo estipulado en ese contrato, y en caso afirmativo ¿en qué condiciones?

24. El Grupo de Trabajo pasó a considerar si una cláusula contractual, negociada por el porteador y el cargador al margen del régimen del futuro instrumento y obligatoria entre ellos, debía ser también aplicable a todo tercero que hubiera consentido expresamente en quedar obligado por ella. Se expresó apoyo por el parecer de que el sentido de las palabras inglesas "*expressly consented*" (consentir expresamente) resultaba ambiguo, por lo que resultaría difícil amparar adecuadamente los intereses de terceros, sin explicitar más dicho texto. Se citó como ejemplo a dicho respecto la situación que pudiera darse en el comercio de que algún comerciante hubiera dado a entender a todos sus compradores que consentía en que cierta cuestión quedara al margen del régimen legal que fuera por lo demás aplicable. Se expresó también inquietud respecto del alcance de dicho requisito, es decir, si el consentimiento expreso del tercero había de darse respecto del contrato en general o de alguna cláusula en particular de dicho contrato que se apartara del régimen del futuro instrumento. Algunos opinaron que debería exigirse el consentimiento explícito del tercero respecto de toda cláusula que se apartara de dicho régimen. Predominó claramente el parecer de que, de ser aprobado por el Grupo de Trabajo que se inserte en el futuro instrumento una disposición en dicho sentido, se debería formular con particular cuidado y claridad el requisito clave de que todo tercero obligado deberá haber dado su consentimiento explícito a la cláusula contractual estipulada al margen del régimen general aplicable, para quedar obligado por ella.

25. Hubo apoyo a favor de la sugerencia de que insertara en el proyecto de instrumento una disposición conforme a la enunciada en el artículo 5 del A/CN.9/WG.III/WP.44, con tal de que se amparara debidamente todo tercero que gozara de algún derecho en virtud del contrato de transporte, y de que no fuera necesario insertar, en el proyecto de instrumento, ninguna disposición adicional para amparar a los terceros frente a toda cláusula concertada por las partes en un contrato que se negociara por volumen de carga, al margen del régimen del instrumento. Ahora bien, se expresó también apoyo por el parecer de que el proyecto de artículo 5 no amparaba adecuadamente a los terceros en el supuesto considerado, por lo que se requeriría una disposición cuidadosamente redactada para remediar dicha insuficiencia. Se sostuvo que la finalidad primaria de dicha disposición sería la de poner coto a la autonomía de las partes en un contrato por volumen de carga para apartarse del régimen del instrumento, y evitar que un tercero pudiera quedar obligado por una cláusula así pactada, sin que hubiera dado su consentimiento explícito. Se señaló que la ausencia de una disposición al respecto en el proyecto de

instrumento dejaría esta cuestión al arbitrio del derecho interno aplicable, lo que supondría tal vez que ningún tercero podrá adquirir un derecho nacido del contrato sino con arreglo a los propios términos del contrato. Se sugirió además que ello entrañaría el riesgo, en algunos países, de que un tercero quedara desamparado o se viera obligado por una cláusula contractual negociada al margen del régimen del instrumento a la que él no hubiera dado su consentimiento. Se expresó el parecer de que cabría reformular el texto del proyecto de artículo 5, presentado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44, con miras a que respondiera a dichas inquietudes, evitándose así la necesidad de tener que formular una disposición adicional. Se afirmó además que, de obrarse de otro modo, se estarían estableciendo dos regímenes distintos para terceros, según que sus derechos dimanaran de una póliza de fletamento o de un contrato negociado por volumen de carga.

26. Se expresaron además inquietudes respecto de la influencia que pudiera tener una cláusula negociada al margen del régimen del instrumento, en un contrato por volumen de carga, sobre los derechos de un tercero en lo concerniente a las cláusulas de arbitraje o a las cláusulas de elección del foro competente para entender de la controversia. Se convino en que esta cuestión fuera abordada por el Grupo de Trabajo cuando examinara los capítulos relativos a la jurisdicción y al arbitraje. Se suscitó otra cuestión respecto del acuerdo expresado por el Grupo de Trabajo, en su 14º período de sesiones, de que se recurriera a algún vínculo documental como medio para la identificación de todo tercero cuyos derechos estuvieran amparados por el régimen del futuro instrumento (véase A/CN.9/572, párrs. 91, 94 y 96). Se sostuvo que esta decisión se había adoptado únicamente respecto de las disposiciones de índole más general concernientes al ámbito de aplicación para el amparo de los derechos de terceros y no respecto del supuesto particular de amparar los derechos de un tercero dimanantes de un contrato negociado por volumen de carga (este punto se examina más en detalle en los párrafos 35 a 44 *infra*).

27. Hubo acuerdo general respecto de varias de las inquietudes, señaladas en los párrafos anteriores, concernientes al hecho de que un tercero pudiera quedar obligado, sin su consentimiento explícito, por alguna cláusula contractual concertada al margen del régimen del futuro instrumento. Ahora bien, se apoyó la sugerencia de que se adoptara un enfoque más lato y más comercial respecto de esta cuestión, y de que los terceros quedaran vinculados por las excepciones hechas a los contratos, pues no debían gozar de mayores derechos que las partes originales en el contrato. Asimismo, se sugirió que el Grupo de Trabajo tuviera en cuenta el contexto comercial en donde sucedieran los hechos, por ejemplo, el supuesto de que un tercero no fuera alguien verdaderamente ajeno a las partes contractuales, sino que fuera simplemente otro miembro de un mismo grupo empresarial.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca de la cuestión 4

28. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se incluyera en el proyecto de instrumento una disposición por la que se facultara a todo tercero, o persona ajena a un contrato negociado por volumen de carga, a consentir en quedar obligado por toda cláusula contractual que se apartara del régimen del instrumento, conforme a lo convenido por las partes en dicho contrato;

- Pedir al grupo de redacción oficioso que, basándose en las observaciones expuestas en los párrafos anteriores, formulara una disposición a dicho respecto, que sería examinada por el Grupo de Trabajo.

Cuestión 5: Definición del "contrato de transporte"

29. La siguiente cuestión concerniente al ámbito de aplicación y a la autonomía contractual examinada por el Grupo de Trabajo fue la definición de "contrato de transporte", enunciada en el documento A.CN.9/WG.III/WP.44.

30. Se sugirió sustituir las palabras "se compromete a cambio del pago de un flete" por "se compromete a cambio de una promesa de pagar el flete", a fin de evitar el riesgo de que las palabras "a cambio del pago de un flete" se interpretaran restrictivamente y se entendiera que excluían la promesa de un pago futuro. Si bien se expresó cierto apoyo a favor de dicho cambio, el Grupo de Trabajo estimó que el nuevo texto no aclaraba en nada el sentido de la disposición.

31. El Grupo de Trabajo examinó además si procedía comenzar la segunda frase de la definición por la fórmula "Ese compromiso" o por "Ese contrato". El Grupo de Trabajo estimó preferible la fórmula "Ese contrato".

32. Se sugirió también insertar el término "[internacional]" en el texto "deberá prever el transporte de mercancías por mar", colocándolo a continuación de "transporte". Se adujo como razón para dicho cambio que el artículo 2, conforme estaba enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44, no expresaba adecuadamente el requisito de la internacionalidad del tramo marítimo de la operación de transporte. Si bien se expresaron dudas respecto de la necesidad del término "internacional", el Grupo de Trabajo convino en insertarlo entre corchetes, en espera de que se examinara el texto del proyecto de artículo 2.

33. Otra cuestión debatida por el Grupo de Trabajo fue la de si procedía retener o suprimir el texto entre corchetes que figuraba al final de la definición: "[Se considerará como contrato de transporte todo contrato en el que se prevea la opción de transportar las mercancías por mar, siempre y cuando dichas mercancías se transporten efectivamente por mar]". Se sugirió que se retuviera este texto, suprimiendo los corchetes, ya que su inclusión dotaría de mayor certeza a la aplicabilidad del régimen del instrumento en supuestos en los que el contrato de transporte no especificara la modalidad de transporte, pero en los que el transporte se efectuara de hecho por mar. Si bien se expresó cierta comprensión por este parecer, se sugirió que una interpretación flexible de la primera oración bastaría para obtener ese mismo resultado, por lo que cabía suprimir el texto final entre corchetes, al estimarse que era innecesario. Se dijo además que un contrato podría implícitamente prever el transporte por mar, pero que, en todo supuesto, la clave para determinar el ámbito de aplicación del régimen del instrumento había de ser el propio contrato de transporte y no el medio que efectivamente se utilizara para transportar las mercancías. Según otro parecer, se estimó que al haberse adoptado en el régimen del instrumento el criterio de que fuera aplicable "al transporte por mar y por todo otro medio", la inclusión del texto entre corchetes resultaba superflua.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca de la cuestión 5

34. Tras deliberar al respecto el Grupo de Trabajo decidió:

- Sustituir las palabras “Ese compromiso” por “Ese contrato” al inicio de la segunda frase de la definición de contrato de transporte;
- Insertar el término “[internacional]”, colocado entre corchetes, entre la frase “deberá prever el transporte” y las palabras “de mercancías por mar”, en espera de lo que decidiera el Grupo de Trabajo al examinar el proyecto de artículo 2 del documento A.CN.9/WG.III/WP.44;
- Suprimir el texto final entre corchetes de la definición que se daba de contrato de transporte.

Cuestión 6: Determinar si procede adoptar el criterio de un nexo documental o no documental para la protección de terceros en el marco del proyecto de artículo 5 presentado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44

35. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado muy recientemente la cuestión del amparo de terceros y una versión anterior del proyecto de artículo 5, que fue presentada en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44, con ocasión de su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/572, párrs. 91 a 96 y 105). A raíz de esas deliberaciones, se hicieron algunos retoques en el texto del proyecto de artículo 5 presentado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44, por lo que las deliberaciones prosiguieron a la luz del siguiente texto:

> “Artículo 5
>
> Si un título de transporte o un documento electrónico se expide a raíz de un contrato de fletamento o de un contrato al que sea aplicable lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 3, [dicho título de transporte o documento electrónico deberá cumplir con las condiciones enunciadas en el presente Instrumento y] las disposiciones del presente Instrumento serán aplicables al contrato consignado en dicho título de transporte o documento electrónico [desde el momento en que el mencionado título o documento regule] [en lo concerniente a] la relación entre el porteador y [toda persona que goce de algún derecho nacido del contrato de transporte] [el consignador, el consignatario, la parte controladora, el tenedor o la persona a la que se hace referencia en el artículo 31], siempre y cuando esa persona no sea [un] [el] fletador ni [una] [la otra] parte en un contrato al que sea aplicable lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 3.”

36. El Grupo de Trabajo examinó si procedía retener el criterio del nexo o vínculo documental para la protección de terceros (véase A/CN.9/572, párr. 96); y, en dicho caso, quiénes serían los terceros que habían de ser amparados en el marco del régimen del futuro instrumento. Cierto número de delegaciones expresaron su apoyo por el criterio del nexo o vínculo documental. Se indicó que la necesidad de amparar a terceros surgiría únicamente al serles presentado un documento en apariencia fiable. Se sugirió que el criterio del nexo documental ofrecía una solución más viable desde una perspectiva comercial y más en línea con la práctica actual del comercio. Se dijo además que en algunos ordenamientos se tenía por fiables a otros documentos, distintos del conocimiento de embarque, así como a todo documento que obrara en manos del cargador, y que en la práctica se admitían también títulos no negociables. Se indicó que estas circunstancias pedían que se ampliara el ámbito

de aplicación del proyecto de instrumento en lo concerniente al amparo de terceros. Ahora bien, se expresó también el parecer contrario de que el ámbito de aplicación del texto del artículo 5 presentado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44 era demasiado amplio.

37. Hubo asimismo notable apoyo a favor de que se adoptara un criterio de conexión no documental. Se dijo que no cabía comprender la razón de tener que amparar a terceros que fueran tenedores de títulos o documentos no negociables. Se dijo también que en algunos ramos del comercio, y concretamente en el transporte por buque de corta distancia, la práctica comercial no preveía la emisión de título o documento alguno, mientras que en otros ramos del comercio los documentos obraban siempre en manos del porteador, por lo que el criterio del nexo documental privaría de amparo a todo tercero involucrado en alguna de esas operaciones. Se señaló que el porteador y el cargador se encontraban habilitados para decidir si habían de emitir o no un documento y cuál sería el documento emitido, por lo que el criterio del nexo documental dejaría el amparo de terceros al arbitrio de lo que decidieran las partes en el contrato de transporte.

38. Según otro razonamiento igualmente contrario al criterio del nexo documental, se dijo que solo cabía reconocer autonomía contractual a las partes en la medida en que toda cláusula que así negociaran fuera solo aplicable entre las partes contractuales y no a terceros que tal vez ni siquiera tuvieran conocimiento de lo estipulado en virtud de la autonomía contractual de las partes. Se sugirió que no tenía sentido basar el amparo de terceros en la existencia de un documento. Se dijo además que la confianza depositada por un tercero en un documento estaría sólo justificada en la medida en que ese documento constituyera una prueba concluyente, como sería el caso de un conocimiento de embarque negociable, pero que no debía ampararse la confianza depositada por un tercero que se fiara de un documento que no fuera probatorio del contrato.

39. Se consideró además que el enfoque no documental se adaptaría mejor a las posibles necesidades futuras del comercio electrónico, así como al hecho de que un documento de transporte electrónico pudiera no parecerse en nada a un conocimiento de embarque. Se sostuvo en contra de este parecer el hecho de que el proyecto de artículo 5 enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44 ya hacía referencia al concepto de documento electrónico de transporte y a la postura general adoptada por el régimen del futuro instrumento a favor de toda novedad tecnológica eventual.

40. En sentido contrario, se dijo que el enfoque consistente en adoptar un nexo no documental daría a esta norma un alcance demasiado amplio, por lo que su adopción podía tener consecuencias imprevisibles, mientras que el enfoque del nexo documental era bien conocido y las consecuencias de su aplicación eran fácilmente previsibles.

Relación entre la versión del artículo 5 sobre el ámbito de aplicación presentada en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44 y el amparo de terceros

41. Se dijo que el texto actual de artículo 5, presentado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44, sería únicamente aplicable a los derechos de terceros dimanantes de contratos de fletamento y de otros contratos igualmente excluidos del ámbito de aplicación del régimen del futuro instrumento, por lo que cabía considerar

dicho artículo como un artículo concerniente al ámbito de aplicación cuyo efecto consistiría en amparar a terceros que, por lo demás, estaban ya excluidos del régimen del instrumento. Se dijo también que no había razón alguna para que un tercero con algún derecho dimanante de dicho tipo de contrato estuviera en una situación más favorable que las propias partes en dicho contrato. Frente a esta opinión, se sostuvo que no debía interrumpirse la larga práctica de amparar a todo tercero tenedor de un conocimiento de embarque emitido en virtud de un contrato de fletamento. Se dijo además que la autonomía contractual había sido introducida, en el pasado, en instrumentos reguladores del transporte marítimo internacional mediante la exención de determinados contratos, como el contrato de fletamento, del ámbito de aplicación de dicha normativa, como puede verse, por ejemplo, en el artículo V de las Reglas de La Haya, que no tenía por objeto directo amparar a terceros sino meramente excluir de su propio ámbito al contrato de fletamento. Se observó, además, que si bien cabría obtener el mismo resultado incluyendo a esos contratos excluidos en el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento y autorizando el ejercicio, al respecto, de la autonomía contractual, cualquiera de las dos técnicas por la que se optara requeriría alguna disposición que amparara los derechos de terceros.

42. Se indicó además que en el proyecto de artículo 5 presentado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44 se había omitido la referencia al contrato negociado por volumen de carga que se hacía en el texto del párrafo 4 del proyecto de artículo 2 enunciado en A/CN.9/WG.III/WP.36, por haberse sostenido que, en la práctica, no se emitía documento de transporte alguno en virtud de un contrato marco negociado por volumen de carga, sino únicamente en función o a favor de toda remesa individual que fuera transportada en el marco de un contrato por volumen de carga.

Requisitos documentales aplicables, caso de adoptarse el criterio del nexo documental

43. Partiendo de la hipótesis de que se seguiría el criterio del nexo documental, el Grupo de Trabajo examinó ciertas cuestiones relacionadas con el tipo de documento que daría lugar al amparo de los derechos de un tercero. Si bien existía cierto consenso de que un conocimiento de embarque bastaba para justificar dicho amparo, se expresaron inquietudes respecto de los recibos de entrega o de mercancías, así como respecto del concepto de documentos no negociables “intermediarios”, como una carta de porte marítimo. Se señaló que el texto del párrafo 2 del proyecto de artículo 3 del documento A/CN.9/WG.III/WP.44 podría servir de orientación para aclarar este punto.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca de la cuestión 6

44. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- El texto actual del artículo, consignado en el anterior párrafo 35 debe ser adoptado como texto básico susceptible de ser mejorado para conciliar las dos posturas reflejadas en los anteriores párrafos, sobre la base de un nuevo texto que prepararía el grupo de redacción oficioso para su futuro examen por el Grupo de Trabajo;

- De no prosperar dicha labor de redacción, debía mantenerse el texto actual en donde se reflejaban entre corchetes las dos posturas adoptadas respecto del

proyecto de artículo, para proseguir su examen en un período ulterior de sesiones.

Cuestión 7: Determinar si procede adoptar, en el proyecto de artículo 88, un enfoque de "sentido único" o de "doble sentido"

45. El Grupo de Trabajo pasó a examinar a continuación el texto del proyecto de artículo 88, conforme puede verse formulado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32, con la inserción del término "[marítima]" a continuación del término "parte ejecutante" en los párrafos 1 y 2, y colocándose entre corchetes el texto "[, del cargador, de la parte controladora, o del consignatario con arreglo al régimen del presente instrumento]", que figura al final del párrafo 1. Se debatió la cuestión de si debía adoptarse, en el proyecto de artículo 88, un enfoque imperativo de "sentido único" o de "doble sentido".

46. Se apoyó la idea de que en dicho artículo se adoptara un enfoque imperativo de "sentido único". Conforme a este enfoque, no sería posible efectuar reducción alguna, por vía contractual, de la responsabilidad del porteador y de las demás partes contractuales mencionadas en el proyecto de artículo, mientras que sí sería posible elevar los límites de esa responsabilidad. Se indicó que este enfoque partía del supuesto de que el cargador debía ser amparado con arreglo a principios similares a aquellos en los que se inspiraba la normativa protectora del consumidor. Se sugirió que se suprimieran las palabras del párrafo 1 "[, o incrementar]" y que se suprimieran los corchetes de la conjunción "o".

47. Se indicó además que este enfoque imperativo de "sentido único" era compatible con toda autonomía contractual que se le reconociera al cargador para elevar los límites de su propia responsabilidad. Ahora bien, se expresó también el parecer de que no debía facultarse a las partes para incrementar, por vía contractual, las obligaciones del cargador. Se sugirió a este respecto, que convendría aclarar, en el texto de cada una de las disposiciones pertinentes, la situación en que se encontraría el cargador en lo concerniente a su propia responsabilidad. Se sugirió, además, que se insertara una disposición en el proyecto de instrumento por la que se impidiera, a su vez, al cargador que redujera el alcance de sus propias obligaciones.

48. Algunas delegaciones apoyaron el enfoque imperativo de "doble sentido", según el cual no debía permitirse que se modificara, por vía contractual, ningún aspecto de la responsabilidad de las partes. Se estimó que este enfoque reflejaba mejor el equilibrio económico existente actualmente entre la parte porteadora y la parte cargadora en un contrato de transporte, mientras que se criticó el enfoque imperativo de "sentido único" por otorgar al cargador un amparo innecesario. Ahora bien, se recordó también que en el ámbito internacional únicamente se había adoptado el enfoque imperativo de "doble sentido" en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera de 1956 (el "Convenio CMR"), con resultados que cabía tachar de dudosos, ya que esta disposición restringía el libre juego de la competencia entre los porteadores en detrimento de los usuarios de este medio de transporte.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca de la cuestión 7

49. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se suprimiera en el párrafo 1 del proyecto de artículo 88 el texto "[, o incrementar]" y que la conjunción "o" figurara sin corchetes.

Cuestión 8: Determinar cuáles son las partes a las que será aplicable el proyecto de artículo 88

50. Se sugirió que se examinara más en detalle la cuestión de cuáles serían las partes a las que sería aplicable el proyecto de artículo. Se indicó que, por ejemplo, el proyecto de texto no hacía referencia alguna al consignador, pero mencionaba en cambio al consignatario. Se indicó también que debería plantearse la procedencia de hacer extensivo el amparo otorgado por este artículo a toda parte ejecutante eventual, dado el carácter multimodal de la operación de transporte regulada por el futuro instrumento. Ahora bien, se recordó también, a este respecto, que el régimen del instrumento no sería aplicable a las partes ejecutantes de los tramos no marítimos de la operación. Por último, se sugirió que se había de hacer referencia explícita a toda parte ejecutante marítima a fin de evitar que el porteador eludiera su responsabilidad invocando la responsabilidad exclusiva de la parte ejecutante marítima.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca de la cuestión 8

51. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió:

- Suprimir los corchetes del término "marítima", en los párrafos 1 y 2 de la versión examinada del artículo 88;

- Mantener entre corchetes el texto del final del párrafo 1 del proyecto de artículo 88 examinado, para que el Grupo de Trabajo prosiguiera su examen en un período ulterior de sesiones.

Texto reformulado propuesto de las disposiciones relativas al ámbito de aplicación y a la autonomía contractual (proyectos de artículo 1, 2, 3, 4, 88, 89 y nuevo proyecto de artículo 88 a)

52. A la luz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo (véanse los párrafos 10 a 51 *supra*) acerca de las disposiciones del proyecto de instrumento relativas al ámbito de aplicación y a la autonomía contractual, conforme aparecen en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44 (proyectos de artículo 1, 2, 3, 4 y 5) y en A/CN.9/WG.III/WP.32 (proyectos de artículo 88 y 89), un grupo de redacción oficioso, integrado por varias delegaciones, preparó una versión revisada de esas disposiciones que dio lugar a una versión reformulada, propuesta por dicho grupo de redacción oficioso, de los artículos 1, 2, 3, 4, 88, y 89, y a que se propusiera un nuevo proyecto de artículo 88a que permitiera el ejercicio de la autonomía contractual en ciertos contratos por volumen de carga que cumplieran con las condiciones prescritas. El nuevo texto propuesto de esas disposiciones diría:

"Artículo 1

a) Por "contrato de transporte" se entenderá un contrato en virtud del cual un porteador se comprometa, a cambio del pago de un flete, a transportar mercancías de un lugar a otro. Dicho contrato deberá prever el transporte de mercancías por mar y podrá prever el recurso a alguna otra modalidad de transporte en tramos anteriores o subsiguientes al tramo marítimo.

x) Por “contrato por volumen de carga” se entenderá todo contrato que prevea el transporte de [cierta cantidad mínima de] carga en una serie de remesas, durante cierto período de tiempo contractualmente estipulado.

xx) Por “transporte por servicio no regular” se entenderá todo transporte que no se haga por servicio de línea. Para los fines del presente párrafo, se entenderá por “transporte por servicio de línea” todo servicio de transporte que i) se ofrezca al público mediante algún anuncio o medio similar de publicidad y ii) incluya el transporte a bordo de buques que navegan con regularidad entre puertos previamente designados y de conformidad con un calendario de fechas de navegación anunciado al público.”

“Artículo 2

1. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3, el presente Instrumento será aplicable a todo contrato de transporte en el que el lugar de recepción y el lugar de entrega estén situados en distintos Estados, y en el que el puerto de carga [de un tramo marítimo] y el puerto de descarga [de ese mismo tramo marítimo] estén situados en distintos Estados, siempre que:

a) el lugar de recepción [o puerto de carga] esté situado en un Estado Parte; o

b) el lugar de entrega [o puerto de descarga] esté situado en un Estado Parte; o

[c) en el contrato de transporte se estipule que dicho contrato se regirá por el presente Instrumento, o por la ley de algún Estado que lo haya declarado aplicable].

Por todo [lugar o][2] puerto al que se haga referencia, deberá entenderse un [lugar o] puerto estipulado en el contrato de transporte.

2. El presente Instrumento será aplicable independientemente de la nacionalidad del buque, del porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del consignatario o de cualquier otra parte interesada.”

“Artículo 3

1. El presente Instrumento no será aplicable a:

a) los contratos de fletamento;

b) todo contrato para la utilización de un buque o de algún espacio designado en el interior de un buque;

c) todo otro contrato de transporte por servicio no regular, salvo con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2; y

d) todo contrato por volumen de carga, salvo con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3.

---

[2] De definirse en el artículo el “lugar de recepción” y el “lugar de entrega”, toda referencia a “lugar” resultará innecesaria.

2. Sin menoscabo alguno de lo dispuesto en los apartados a) y b) del párrafo 1, el presente Instrumento será aplicable a todo contrato de transporte por servicio no regular, cuando dicho contrato esté consignado o se haya dejado constancia del mismo en un título de transporte o en un documento electrónico de transporte, y dicho título o documento deje además constancia de la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante, salvo que el contrato sea un contrato de fletamento o un contrato para la utilización de un buque o de algún espacio designado en el interior del mismo.

3. a) El presente Instrumento será aplicable a las estipulaciones o cláusulas concernientes a cada una de las remesas enviadas en el marco de un contrato concertado por volumen de carga, en la medida en que así lo indique lo dispuesto en el presente capítulo[3];

b) El presente Instrumento será aplicable a las estipulaciones o cláusulas de todo contrato por volumen de carga, en la medida en que sean aplicables a una remesa transportada en el marco de dicho contrato que se rija por el presente Instrumento, a tenor de lo dispuesto en el apartado a) del presente párrafo."

"Artículo 4

No obstante lo dispuesto en el artículo 3, si se emite un título de transporte o un documento electrónico de transporte a raíz de un contrato de fletamento o a raíz de uno de los contratos al que se haga referencia en los apartados b) o c) del párrafo 1 del artículo 3, el régimen del presente Instrumento será aplicable al contrato del que se haya dejado constancia o que esté consignado en el título de transporte o en el documento electrónico de transporte emitido, en lo concerniente a la relación entre el porteador y el consignador, el consignatario, la parte controladora, el tenedor, o la persona a la que se hace referencia en el artículo 31, con tal de que no sea la otra parte en alguno de los contratos previstos en los apartados b) o c) del párrafo 1 del artículo 3."

"Artículo 88

1. Salvo que el presente instrumento disponga otra cosa, toda estipulación contractual será nula y sin efecto alguno, si:

a) excluye directa o indirectamente o limita alguna de las obligaciones del porteador o de una parte ejecutante marítima, que esté prescrita en el presente Instrumento;

b) excluye directa o indirectamente o limita la responsabilidad del porteador o de una parte ejecutante marítima por el incumplimiento de toda obligación prescrita por el presente Instrumento; o

c) cede, al porteador o a alguna persona mencionada en el artículo 14 bis, algún beneficio del seguro de las mercancías.

---

[3] Con arreglo a la versión aquí propuesta, los artículos 2 a 4 formarían el capítulo relativo al ámbito de aplicación, y el artículo 1 constituiría por sí solo el denominado capítulo de definiciones.

[2. Salvo que el presente Instrumento disponga otra cosa, toda estipulación contractual será nula y sin efecto alguno, si:

a) excluye directa o indirectamente, limita, [o aumenta] las obligaciones del cargador, del consignador, del consignatario, de la parte controladora, del tenedor, o de la persona a la que se hace referencia en el artículo 31, que estén prescritas en el capítulo 7 del presente Instrumento; o

b) si excluye directa o indirectamente, limita, [o aumenta] la responsabilidad del cargador, del consignador, del consignatario, de la parte controladora, del tenedor, o de la persona a la que se hace referencia en el artículo 31, por concepto de todo incumplimiento de alguna de sus obligaciones con arreglo al capítulo 7.]"

"Artículo 88a[4]

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 88, de estar sometidas las estipulaciones o cláusulas de un contrato por volumen de carga, con arreglo a lo previsto en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 3, al régimen del presente Instrumento, dicho contrato podrá estipular deberes, derechos, obligaciones o responsabilidades que sean superiores o inferiores a las prescritas en el régimen del Instrumento, siempre y cuando el contrato por volumen de carga [esté consignado por escrito o por algún medio electrónico][5], e indique de forma explícita que alguna de sus estipulaciones o cláusulas se aparta del régimen del presente Instrumento, y siempre que el contrato por volumen de carga:

a) haya sido personalmente negociado; o

b) indique de forma explícita toda sección del mismo en donde alguna de sus cláusulas se aparte del régimen del presente Instrumento.

2. Toda cláusula o estipulación negociada con arreglo a lo previsto en el párrafo 1 deberá figurar en el contrato y no podrá ser incorporada por remisión a algún otro documento.

3. [Ninguna lista pública de precios y servicios del porteador, así como] ningún título de transporte, documento electrónico de transporte, u otro documento similar, constituye un contrato por volumen de carga a efectos del párrafo 1, pero todo contrato por volumen de carga podrá incorporar por remisión dichos documentos al texto del contrato.

4. El derecho a estipular al margen del régimen del Instrumento, con arreglo al presente artículo, será aplicable a toda cláusula o estipulación reguladora de las remesas enviadas en el marco de un contrato por volumen de carga, en la medida en que dicha cláusula o estipulación esté sometida al régimen del presente Instrumento, con arreglo a lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 3.

---

[4] Se habrá de examinar más en detalle la posición de la parte ejecutante marítima en relación con el proyecto de artículo 15.

[5] Se ampliaría el alcance del artículo 5, enunciado en A/CN.9/WG.III/WP.47, para dar cabida a la presente disposición.

5. El párrafo 1 no será aplicable a:

a) las obligaciones prescritas en los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 13 [ni a la responsabilidad dimanante del incumplimiento de alguna de esas obligaciones, así como tampoco al límite de esa responsabilidad];

[b) los derechos y obligaciones prescritos en los artículos [19], [25], [26], [27], [XX][6] [, ni a la responsabilidad por el incumplimiento de alguna de esas obligaciones]].

6. El párrafo 1 será aplicable:

a) a la relación entre el porteador y el cargador;

b) a la relación entre el porteador y toda otra parte interesada; que haya explícitamente consentido [por escrito o por algún medio electrónico][7] en quedar obligada por toda cláusula del contrato por volumen de carga que se aparte del régimen del presente Instrumento. [En dicho consentimiento explícito se deberá dejar constancia de que la parte que lo otorgue fue avisada en términos claros de que el contrato por volumen de carga se apartaba del régimen del Instrumento, y el consentimiento así otorgado no deberá figurar en [una lista pública de precios y servicios del porteador, ni en] un título de transporte o un documento electrónico de transporte. El porteador deberá asumir la carga de probar que se cumplen todos los requisitos para estipular al margen del régimen del Instrumento.]

Artículo 89

No obstante lo dispuesto en los capítulos 4 y 5 del presente Instrumento, cabrá excluir o limitar, conforme a lo estipulado en alguna cláusula del contrato de transporte, la responsabilidad tanto del porteador como de la parte ejecutante marítima, siempre que:

a) las mercancías transportadas sean animales vivos, salvo que se demuestre que la pérdida, el daño o el retraso en la entrega sea resultado de algún acto u omisión del porteador [o de alguna persona mencionada en el artículo 14bis] que se haya realizado temerariamente y a sabiendas de que probablemente sobrevendrían la pérdida, el daño o el retraso; o

b) la naturaleza o la condición de las mercancías transportadas o las circunstancias y las condiciones en que se haya de efectuar su transporte sean tales que sea razonable concertar un acuerdo especial al respecto, con tal de que toda remesa comercial ordinaria transportada en el giro habitual del comercio no se vea afectada por dicho acuerdo y con tal de que no se emita

---

[6] El artículo XX contiene una nueva disposición reguladora del transporte de mercancías peligrosas que deberá ser incorporada al Instrumento a raíz de una decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 13º período de sesiones celebrado en mayo de 2004, por la que se pide que se inserte en el lugar apropiado del texto del instrumento una disposición reguladora del transporte de mercancías peligrosas, inspirada en el principio de la responsabilidad estricta o absoluta del cargador por toda insuficiencia o error de la información por él facilitada acerca de la índole de las mercancías (véase A/CN.9/552, párrafos 146 a 148). En el párrafo 19 del documento A/CN.9/WG.III/WP.39 se ha propuesto una disposición al respecto.

[7] Se ampliaría el alcance del artículo 5 que aparece en A/CN.9/WG.III/WP.47, a fin de dar cabida a esta disposición.

ningún título de transporte negociable ni ningún documento electrónico de transporte negociable para el transporte de las mercancías."

53. El Grupo de Trabajo fue brevemente informado por el grupo de redacción oficioso acerca de los cambios efectuados respecto de la anterior versión de los artículos que figuraban en los documentos A/CN.9/WG.III/WP.44 y A/CN.9/WG.III/WP.32. Se suprimió, conforme a lo decidido por el Grupo de Trabajo (véanse los párrafos 33 y 34 *supra*) la última frase entre corchetes de la anterior versión del proyecto de artículo 1 a). Se añadió además una definición de "contrato por volumen de carga", conforme a lo sugerido en el párrafo x) y se suprimió la definición de "servicio de línea", por juzgarla innecesaria a la luz de ciertas disposiciones ulteriormente propuestas en las que se hablaba únicamente de "transporte por servicios no regulares". En la oración reformulada propuesta para el párrafo 1 del artículo 2 se suprimieron las referencias a "[indicado en el contrato]", al estimarse preferible insertarse una nueva oración final en dicho párrafo. Se suprimió, por falta de apoyo, la versión anterior del apartado c) del párrafo 1 del artículo 2. Se insertaron, para su ulterior examen por el Grupo de Trabajo, los textos entre corchetes que figuran en la versión reformulada propuesta en los del apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 2, con objeto de insistir en la connotación marítima del transporte. En aras de la claridad, se fusionaron los proyectos de artículo 3 y 4 de la versión anterior en la versión reformulada propuesta del artículo 3. Se observó que en la regla principal de la versión reformulada propuesta del párrafo 1 del artículo 3 se enumeraban los contratos no incluidos en el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento, y que si bien el texto del apartado b) mencionaba expresamente al contrato de fletamento, el texto del apartado a) lo mencionaba asimismo por razones históricas. El párrafo 2 de la versión reformulada propuesta del artículo 3 presentaba una versión ligeramente reformulada de la versión anterior del párrafo 2 del proyecto de artículo 3 en lo referente a la inclusión de ciertos contratos utilizados para el transporte de mercancías por servicios no regulares. El párrafo 3 de la versión reformulada propuesta del artículo 3 tenía por objeto incluir en el ámbito de aplicación del régimen del instrumento ciertas remesas individuales transportadas en el marco de un contrato por volumen de carga. La versión reformulada propuesta del artículo 4 volvía a enunciar elementos del anterior proyecto de artículo 5, recurriendo al criterio documental, y enumerando explícitamente las personas a las que sería aplicable. Al igual que en la versión anterior en A/CN.9/WG.III/WP.32, la versión reformulada propuesta del artículo 88 se ocupaba de las disposiciones de carácter imperativo del régimen del instrumento, pero dividiendo la cuestión regulada entre el párrafo 1, relativo al porteador y a la parte ejecutante marítima, y el párrafo 2, referente a los titulares de la carga. El párrafo 1 propuesto se inspiraba en el criterio imperativo de sentido único convenido respecto del porteador, el nuevo artículo 88a tenía por objeto reflejar las deliberaciones del Grupo de Trabajo en lo concerniente a la autonomía contractual de las partes respecto del régimen del instrumento en ciertos supuestos referentes a un contrato por volumen de carga, mencionándose los requisitos especiales que habían de darse para que las partes pudieran ejercitar su autonomía, así como algunos requisitos suplementarios. Se observó, además, que con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 4 del nuevo artículo 88a, si un contrato por volumen de carga cumplía con los requisitos enumerados, toda estipulación válida que se apartara del régimen de instrumento sería aplicable tanto al contrato por volumen de carga como a cada una de las remesas, conforme a lo indicado en el nuevo

artículo 88a propuesto. El párrafo 5 del nuevo artículo 88a enunciaba ciertas disposiciones de carácter imperativo que excluían toda autonomía contractual de las partes, y el párrafo 6 de ese mismo artículo determinaba a quién serían aplicables las cláusulas o estipulaciones por las que un contrato se apartara del régimen del instrumento, y los componentes indispensables de todo "consentimiento explícito" que habría de dar toda persona eventualmente afectada por la cláusula o estipulación formulada al margen del régimen del Instrumento para quedar obligada, al tiempo que imponía sobre el porteador la carga de la prueba de que se daban los requisitos indispensables para el ejercicio de la autonomía contractual.

Nueva redacción propuesta del artículo 1

54. El Grupo de Trabajo examinó en primer lugar el texto propuesto para el proyecto de artículo 1 (véase el párrafo 52 *supra*)**.**

Definición del contrato por volumen de carga (nueva redacción propuesta del artículo 1, párrafo x)

55. Se sugirió que se suprimieran las palabras "[cierta cantidad mínima de]" del propuesto proyecto de párrafo x) del artículo 1, a fin de recoger una práctica comercial en los contratos por volumen de carga, que no especifica la cantidad mínima de mercancías que deberán transportarse sino una cantidad estimada. Se subrayó que la referencia a la cantidad de mercancías transportadas debería mantenerse, aunque sin mencionar una cantidad mínima.

56. Se sugirió que se suprimieran las palabras "durante cierto período de tiempo contractualmente estipulado" de la propuesta de proyecto de párrafo x) del artículo 1. Sin embargo, se indicó que un período de tiempo limitado era esencial para la definición de los contratos por volumen de carga. Se añadió que, en la práctica, los porteadores no podían reservar espacio a un cargador durante un período de tiempo indeterminado.

Definición de transporte por servicio regular y por servicio no regular (propuesta de proyecto de artículo 1, párrafo xx)

57. Se sugirió que se invirtiera el orden de las frases de la propuesta de proyecto de párrafo xx) del artículo 1. Sin embargo, se observó también que el orden de las frases propuesto reflejaba mejor la utilización hecha en el proyecto de instrumento del concepto de transporte por servicio no regular. Otra sugerencia de redacción fue suprimir por completo la definición de "transporte por servicio no regular". Además, en respuesta a una pregunta, se explicó que la frase "incluya el transporte" del apartado ii) resultaba necesaria para decir que solo se describía una parte del servicio de transporte, que podía incluir otros servicios, como el almacenamiento.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre la propuesta de proyecto de artículo 1

58. Después del debate, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- La propuesta de proyecto de texto del artículo 1 debería mantenerse, para proseguir su debate en un futuro período de sesiones teniendo presentes las consideraciones expuestas en los párrafos anteriores.

Nueva redacción propuesta del artículo 2

59. El Grupo de Trabajo examinó a continuación el nuevo enunciado propuesto del artículo 2 (véase el párrafo 52 *supra*).

Definición del ámbito geográfico de aplicación

60. Se expresó preocupación por el hecho de que la propuesta de proyecto de artículo 2, párrafo 1 del proyecto de instrumento no aclarase suficientemente el requisito de la internacionalidad del tramo marítimo del transporte para la aplicación del proyecto de instrumento. Se expresaron diversas opiniones sobre si deberían mantenerse las dos referencias al transporte marítimo enunciadas en el encabezamiento del nuevo párrafo 1 o solo alguna de ellas, pero no se llegó a ninguna decisión al respecto.

Propuesta de proyecto de artículo 2, 1, c). Elección contractual de la aplicación del proyecto de instrumento

61. Se sugirió que el texto entre corchetes propuesto para la nueva redacción del artículo 2, 1 c) fuera suprimido, ya que, al no haber ninguna referencia a la internacionalidad en la definición del contrato de transporte, el texto podría permitir a las partes en un contrato de transporte interno optar por la aplicación del proyecto de instrumento. Sin embargo, se consideró también que el texto entre corchetes propuesto debería mantenerse, ya que correspondía al del párrafo c) del artículo X de las Reglas de La Haya-Visby, que se aplicaba ampliamente en la práctica, especialmente en el tráfico de mercancías a través de Estados que no fueran parte en el instrumento. A su vez, se observó que ese párrafo de las Reglas de La Haya-Visby había planteado en algunos países dificultades a nivel constitucional, que podrían prevenirse suprimiendo el texto propuesto entre corchetes para el proyecto de artículo 2, 1, c). Se indicó además que el artículo X, c) de las Reglas de La Haya-Visby se introdujo en ese instrumento por el Protocolo de Visby de 1968, por razones que no eran pertinentes para el proyecto de instrumento, y que esa disposición daba lugar a diferentes interpretaciones en distintos ordenamientos. Se estimó también que mantener el texto propuesto entre corchetes del proyecto de artículo 2, 1, c) sería incompatible con el proyecto de artículos 15 y 16 del proyecto de instrumento, ya que el efecto conjunto de esas normas permitiría a las partes elegir las reglas de procedimiento y esa elección estaría en contradicción con disposiciones imperativas del derecho internacional privado. En este sentido, se sugirió que se siguiera examinando la posibilidad de redactar de nuevo la propuesta de texto entre corchetes para el proyecto de artículo 2, 1, c), a fin de limitar sus efectos a las cuestiones contractuales, como, por ejemplo, la elección contractual de la ley aplicable.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre la propuesta de proyecto de artículo 2

62. Después del debate, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- La nueva redacción propuesta del artículo 2, incluido todo el texto entre corchetes, se utilizaría como base para proseguir el debate en un futuro período de sesiones.

Nueva redacción propuesta del artículo 3

63. El Grupo de Trabajo examinó la nueva redacción propuesta del artículo 3 (véase el párrafo 52 *supra*).

Excepciones al ámbito de aplicación del proyecto de instrumento

Propuesta de proyectos de párrafos 1 y 2 del artículo 3

64. Se observó que la nueva redacción propuesta del párrafo 1 del artículo 3 tenía por objeto principalmente excluir los contratos de transporte por servicio no regular del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento. Se informó al Grupo de Trabajo de que la intención de la nueva redacción propuesta del párrafo 2 del artículo 3 era establecer una excepción al nuevo enunciado propuesto del párrafo 1 del artículo 3 con respecto a determinados tipos de transporte por servicios no regulares, en donde la práctica actual era expedir un título de transporte o un documento electrónico de transporte. Se consideró que la regla de la nueva redacción propuesta del párrafo 2 del artículo 3, en virtud de la cual esos contratos quedarían comprendidos en el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento, era congruente con las Reglas de La Haya-Visby en lo que afectaba a los conocimientos de embarque. Además, el efecto del nuevo enunciado propuesto para el párrafo 2 del artículo 3 sería hacer extensiva la regla tradicional a todos los casos en que se expidiera un título de transporte o un documento electrónico de transporte.

Propuesta de proyecto de párrafo 3 del artículo 3

65. Se solicitó aclaración sobre la utilización de las palabras “estipulaciones o cláusulas concernientes a cada una de las remesas enviadas” y “estipulaciones o cláusulas de todo contrato por volumen de carga” en la propuesta de proyecto de párrafo 3 del artículo 3 del proyecto de instrumento. Se indicó que la primera referencia tenía por objeto evitar las dificultades que surgían de que el “envío” fuera un mero cumplimiento del contrato de transporte, mientras que definir el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento exigía una referencia a las estipulaciones contractuales. Ante la falta de un contrato individual que regulara cada envío, había que hacer referencia a esas estipulaciones en el contrato por volumen de carga aplicables a cada envío. La finalidad del apartado b) era dejar en claro que solo esas condiciones del contrato por volumen de carga aplicables a cada envío quedaban comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento. A la inversa, las cláusulas o estipulaciones del contrato por volumen de carga que no se aplicaban a los distintos envíos quedaban fuera del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento. En cuanto a los contratos por volumen de carga aplicables a envíos excluidos del campo de aplicación del proyecto de instrumento (como, por ejemplo, cuando se utilizaban fletamentos para los distintos envíos) quedarían igualmente fuera del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre la propuesta de proyecto de artículo 3

66. Después del debate, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- La propuesta de texto de proyecto de artículo 3 debería insertarse en el proyecto de instrumento, a fin de proseguir el debate en un futuro período de

sesiones teniendo presentes las opiniones y aclaraciones expuestas en los párrafos anteriores.

Propuesta de inserción del proyecto de artículo 4

67. El Grupo de Trabajo examinó la propuesta de proyecto de artículo 4 (véase el párrafo 52 *supra*).

Protección de terceros cuando se expidan títulos de transporte o documentos electrónicos de transporte en virtud de un contrato exceptuado del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento

68. Se indicó que el efecto pretendido de la propuesta de proyecto de artículo 4 era proteger a los terceros en el proyecto de instrumento, en los casos en que se expidiera un título de transporte o un documento electrónico de transporte, de conformidad con un contrato que quedara fuera del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento de conformidad con su proyecto de artículo 3, párrafo 1, apartados a), b) o c). Se dijo además que el mecanismo propuesto en el proyecto de artículo 4 era similar al de las Reglas de La Haya-Visby para los casos en que se expedían conocimientos de embarque. Sin embargo, era necesario hacer ajustes en ese mecanismo, habida cuenta de la adopción de un enfoque contractual para identificar a los terceros necesitados de protección de conformidad con el proyecto de instrumento, y en vista también de la necesidad de referirse no solo a los conocimientos de embarque sino también a todos los títulos de transporte o documentos electrónicos de transporte de acuerdo con los deseos del Grupo de Trabajo.

69. Se expresó la opinión de que el propuesto proyecto de artículo 4 debería ofrecer protección solo a los titulares de documentos negociables y a los tenedores "de buena fe" de esos documentos, en el sentido de que los terceros tenedores de esos instrumentos no negociables desconocerían probablemente la verdadera naturaleza de la relación entre el cargador y el porteador, y por ello necesitarían protección. Se indicó también que, aunque la práctica había creado una categoría de documentos de transporte, como las cartas de porte marítimas, que podían describirse como documentos "cuasinegociables", no era posible definirlos adecuadamente, por lo que la propuesta de proyecto de artículo 4 utilizaba la categoría más amplia de "un título de transporte o un documento de transporte electrónico".

70. Se observó que algún transporte sin línea fija podía quedar comprendido en la definición del proyecto de artículo 3, 1, d) del proyecto de instrumento, y que, a fin de proteger a los terceros tenedores de documentos expedidos en ese transporte, debería añadirse una referencia al proyecto de artículo 3, 1, d) al final de la propuesta de proyecto de artículo 4. Se estimó también que, en el caso de que un consignatario transmitiera sus derechos a un fletador, sería necesario aclarar si éste quedaría obligado por la carta de fletamento o sería protegido como tercero. Sin embargo, se expresó también la opinión de que un caso especial como el descrito no debería tratarse en el proyecto de instrumento.

Concepto de documento y recibos

71. Se sugirió que se aclarase el concepto de título de transporte del propuesto proyecto de artículo 4. Se expresó la opinión de que la aplicación del proyecto de instrumento a terceros no debería hacerse depender de la existencia de un título de transporte.

72. Si bien la definición del concepto de "documento de transporte" en el párrafo k) del proyecto de artículo 1 comprendía simplemente un mero recibo de las mercancías, se explicó que la emisión de este tipo de documentos no provocaba automáticamente la aplicación del proyecto de instrumento a terceros, ya que la propuesta de proyecto de artículo 4 disponía que "las disposiciones del presente instrumento serán aplicables a todo contrato probado o consignado en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte". Se indicó además que la propuesta de proyecto de artículo 4 se aplicaría a los contratos de transporte por servicios no regulares exceptuados del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento, y que, en la práctica, en esa clase de transporte rara vez se expediría un recibo y, si se hacía, sería sobre todo en los casos en que el cargador y el consignatario fueran jurídica o económicamente una misma entidad. Sin embargo, se consideró también que un recibo podría ser prueba de la existencia de un contrato, y que los terceros tenedores de un recibo quedarían comprendidos en el ámbito de aplicación de la propuesta de proyecto de artículo 4 del proyecto de instrumento, en la medida en que ese recibo probara el contrato.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre la propuesta de proyecto de artículo 4

73. Después del debate, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- La propuesta de proyecto de artículo 4 debería utilizarse como base para proseguir las deliberaciones en un futuro período de sesiones;
- La sugerencia de insertar una referencia al proyecto párrafo 1 d) del artículo 3, al final del proyecto de artículo 4, debería tomarse en consideración en el texto que preparase la Secretaría, al igual que toda aclaración necesaria sobre la forma de regular los recibos.

Propuesta de nuevo enunciado del artículo 88

74. El Grupo de Trabajo examinó en primer lugar el texto propuesto para el proyecto de artículo 88 (véase el párrafo 52 *supra*). Como ya se ha señalado, el párrafo 1 del proyecto de artículo 88 se refiere a las disposiciones imperativas del proyecto de instrumento relativas al porteador y a la parte marítima ejecutante, y en el párrafo 2 del proyecto de artículo 88 se tratan las disposiciones imperativas del proyecto de instrumento relativas a los propietarios de la carga.

Nueva redacción del párrafo 1 del artículo 88 - Disposiciones imperativas relativas al porteador y a la parte marítima ejecutante

75. En el Grupo de Trabajo, en general, se apoyaron los principios enunciados en la nueva redacción del párrafo 1 del artículo 88. Se observó que, si bien las disposiciones del apartado c) duplicaban el derecho actual, los apartados a) y b) representaban un criterio ligeramente nuevo en el derecho del transporte marítimo. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el apartado a), el porteador tenía

prohibido modificar las obligaciones que le correspondían en virtud del proyecto de instrumento excluyéndolas o limitándolas, mientras que el apartado b) impedía que el porteador excluyera o limitara su responsabilidad por el incumplimiento de toda obligación prescrita por el proyecto de instrumento. Se dijo que el párrafo a), que impedía que el porteador redefiniera sus obligaciones, tenía la finalidad de evitar que el porteador eludiera sus obligaciones haciendo indirectamente lo que no podía hacer directamente.

76. En el Grupo de Trabajo se plantearon algunas cuestiones de redacción. Se planteó la cuestión de saber por qué en el encabezamiento de la nueva redacción del párrafo 1 del artículo 88 se habían eliminado las palabras "estipulaciones contractuales", que sí figuraban en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32, sustituyéndolas en la nueva redacción por "toda estipulación". Se respondió que con esto no se había pretendido introducir ningún cambio de fondo, y que este cambio podía seguir siendo examinado por el Grupo de Trabajo. También se observó una preferencia por que la frase "siempre y cuando, y en la medida,", que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32, se volviera a incluir en la nueva redacción del párrafo 1 del artículo 88. Asimismo, se sugirió que en el apartado a) se hiciera referencia a los proyectos de artículo 10, 11 y 12 del proyecto de instrumento, en los que se estipulaban las obligaciones del porteador. Además, se planteó la cuestión de determinar si cabía decir que la capacidad de las partes para convenir en que algunas de las obligaciones del porteador fueran cumplidas por el cargador, la parte controladora o el consignatario, o en nombre de uno de ellos, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del proyecto de artículo 11, contradecía lo dispuesto en el nuevo enunciado del párrafo 1 del artículo 88, en particular en vista de que en esa disposición se hacía referencia a las partes ejecutantes marítimas. A modo de explicación, se señaló que en el nuevo enunciado del párrafo 1 del artículo 88 se hacía referencia a las partes ejecutantes marítimas para reglamentar las "cláusulas Himalaya", que podían eximir de responsabilidad a una parte ejecutante marítima, o reducir su responsabilidad, haciendo extensivos a las partes ejecutantes marítimas algunos de los beneficios contractuales de los que de otro modo no disfrutarían. También se sugirió que en el apartado b) se sustituyeran las palabras "el incumplimiento de toda obligación" por "el incumplimiento de toda disposición".

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el nuevo enunciado del párrafo 1 del artículo 88

77. Tras el debate, el Grupo de Trabajo decidió que:

- El nuevo enunciado propuesto para el párrafo 1 del artículo 88 había de mantenerse en el proyecto de instrumento, a fin de proseguir los debates al respecto en un futuro período de sesiones teniendo presentes las consideraciones expuestas en los párrafos anteriores.

Propuesta de párrafo 2 del artículo 88 - Disposiciones imperativas con respecto a los propietarios de la carga

78. En el Grupo de Trabajo se apoyó la disposición propuesta como párrafo 2 del proyecto de artículo 88, y se expresó la opinión de que la propuesta reflejaba los debates celebrados sobre este tema en el Grupo de Trabajo (véanse los

párrafos 45 a 51 *supra*). Se pensó que, como la nueva redacción propuesta del párrafo 1 del artículo 88 contenía disposiciones vinculantes con respecto al porteador y a la parte ejecutante marítima, en aras de la coherencia, el proyecto de instrumento también debía contener disposiciones imperativas respecto de los propietarios de la carga. Se sugirió que para garantizar una verdadera igualdad de trato a este respecto, no había motivo para prohibir que un cargador incrementara sus responsabilidades, por lo que propugnó la supresión de las palabras "[o aumenta]" en los apartados a) y b).

79. Conforme a otra opinión, en el proyecto de instrumento sólo debía haber disposiciones vinculantes cuando fuera verdaderamente necesario, y se sugirió que si esas disposiciones tenían por finalidad proteger a los pequeños cargadores, se debía eliminar el párrafo 2 en su totalidad. También se expresó la opinión de que no debía haber un trato absolutamente igual para porteadores y cargadores en las disposiciones de carácter imperativas que les concernían, ya que los porteadores tenían la ventaja de tener una responsabilidad limitada en virtud del proyecto de instrumento, y porque el párrafo 1 tenía por finalidad proteger a los pequeños cargadores, pero el párrafo 2 tenía por objeto proteger a los pequeños porteadores y otros propietarios de la carga. También se observó que el capítulo 7 del proyecto de instrumento contenía las obligaciones que imponía al cargador el proyecto de instrumento, y se sugirió que todo examen de si esas obligaciones debían ser imperativas, como por ejemplo la obligación enunciada en el proyecto de artículo 25 de que el estibado de las mercancías debía hacerse en condiciones de seguridad, debía efectuarse artículo por artículo de ese capítulo, y no en una disposición de carácter general como la propuesta en el párrafo 2 del artículo 88. La sugerencia de que el párrafo 2 del artículo 88 propuesto se suprimiera mereció apoyo. No obstante, se expresó la opinión contraria, de que desde la perspectiva de la redacción era más conveniente contar con una disposición de carácter general, como la propuesta en el párrafo 2 del artículo 88, que proceder a un examen de las obligaciones del cargador artículo por artículo. Se sugirió que la propuesta de párrafo 2 del artículo 88 figurara en el texto entre corchetes hasta que el Grupo de Trabajo hubiera examinado las obligaciones del cargador en el capítulo 7, y hubiera decidido si era más conveniente abordar las obligaciones imperativas del cargador artículo por artículo o mediante una disposición de carácter general.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre la propuesta de párrafo 2 del artículo 88

80. Tras el debate, el Grupo de Trabajo decidió que:

- El párrafo 2 del artículo 88 propuesto se mantuviera entre corchetes para que fuera objeto de ulteriores deliberaciones después de examinarse las obligaciones del cargador enunciadas en el capítulo 7 del proyecto de instrumento.

Propuesta de proyecto de artículo 88a

Proyecto de párrafo 1 del artículo 88a

81. El Grupo de Trabajo examinó a continuación la propuesta de proyecto de párrafo 1 del artículo 88a (véase el párrafo 52 *supra*).

Debate general

82. Como base para proseguir las deliberaciones en un ulterior período de sesiones, y a reserva de los eventuales retoques de redacción en función de los debates, se apoyó el principio expuesto en la propuesta de proyecto de párrafo 1 del artículo 88a, así como su estructura general para prever la posibilidad de apartarse del régimen del proyecto de instrumento en ciertas condiciones. Se observó que el proyecto de párrafo 1 del artículo 88a propuesto se había redactado con sumo cuidado, con miras a compaginar la necesidad de asegurar un acuerdo respecto de la excepción de que se trataba, con la necesidad de mantener un cierto pragmatismo comercial. Se expresó la opinión de que esto se lograba en el párrafo 1 del artículo 88a propuesto al exigir que los contratos por volumen de carga consignados indicaran de forma explícita que alguna de sus estipulaciones o cláusulas se apartaba del régimen del proyecto de instrumento y que, o bien el contrato por volumen había sido personalmente negociado en virtud de lo dispuesto en el apartado a) o bien, de conformidad con el apartado b), se indicara de forma explícita toda sección del contrato por volumen de carga en donde alguna de sus cláusulas se apartara del régimen del proyecto de instrumento. Se estimó que si bien era preciso introducir cambios de redacción, este criterio brindaba una estructura apropiada para proteger a las partes en el contrato sin que las condiciones de la protección fueran tan onerosas que comercialmente resultaran poco prácticas.

83. Se expresó una cierta inquietud respecto de la utilización de la palabra "o" entre los apartados a) y b) del párrafo 1 del artículo 88a propuesto, ya que se consideró que era condición apropiada para apartarse del régimen del proyecto de instrumento que todo contrato por volumen de carga hubiera sido "personalmente negociado". Se sugirió que en el artículo propuesto se mencionaran algunos indicadores que habría que examinar al decidir si un contrato había sido personalmente negociado, como, por ejemplo, la respectiva capacidad de negociación de las partes. Se expresó la opinión de que el apartado b) debía figurar entre corchetes, o de que se podía eliminar por completo, de manera que se exigiera que todos los contratos por volumen de carga que se apartaran del régimen del proyecto de instrumento hubieran sido personalmente negociados. Sin embargo, también se expresó la opinión de que este párrafo era de gran importancia en algunos ordenamientos, en los que los pequeños cargadores se veían virtualmente obligados por razones económicas a concertar contratos por volumen de carga y, a menudo, en condiciones uniformes. En vista del peligro que podían suponer estas condiciones uniformes al encubrir que se apartaban de las obligaciones prescritas en el proyecto de instrumento, se estimó que el apartado b) brindaba una protección práctica e indispensable a los pequeños cargadores que se enfrentaban con esas condiciones uniformes. Se dijo que otra ventaja de mantener el apartado b) en el proyecto de párrafo 1 del artículo 88a propuesto residía en que, si bien las negociaciones concernientes a las obligaciones específicas del contrato entraban claramente en el ámbito de aplicación del apartado a) de la disposición, el apartado b) era necesario para cubrir las situaciones en que las obligaciones estipuladas en el contrato, y las que se apartaban del régimen del proyecto de instrumento, se aceptaban y no se negociaban, sino que las negociaciones se centraban en el precio que había que pagar por el flete.

84. Se plantearon otras sugerencias respecto de la redacción en lo relativo al párrafo 1 del artículo 88a propuesto. Se manifestaron algunas dudas respecto del

significado de las palabras “de forma explícita” que aparecían dos veces en el párrafo 1 del artículo 88a propuesto, y se estimó que era preciso aclarar el significado de esas palabras. También se sugirió que en el párrafo 1 del artículo 88a propuesto se incluyera específicamente la expresión “a reserva del párrafo 5”.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre la propuesta de proyecto de párrafo 1 del artículo 88a

85. Tras el debate, el Grupo de Trabajo decidió que:

- El párrafo 1 del proyecto de artículo 88a propuesto se mantendría en el texto del proyecto de instrumento como base para proseguir las deliberaciones en un futuro período de sesiones, a reserva de posibles modificaciones de redacción en función de las deliberaciones.

Proyecto de artículo 88a, párrafos 2 y 3

86. Se consideró que resultaba superfluo el requisito enunciado en el párrafo 2 del artículo 88a de que toda cláusula estipulada al margen del régimen del Instrumento debiera figurar en el contrato de transporte, dado que el párrafo 1 de ese mismo artículo ya disponía que dichas estipulaciones deberían estar consignadas con claridad en el texto del contrato. No obstante, se observó también que el alcance de uno y otro párrafo no era el mismo, dado que el párrafo 1 exigía que toda estipulación al margen del régimen del Instrumento y toda otra cláusula contractual afectada por dicha estipulación, debería estar consignada en el propio contrato de transporte y debería ser señalada a la otra parte contratante, mientras que el párrafo 2 se limitaba a prohibir que se incorporara al texto del contrato, por vía de remisión, una cláusula o estipulación que se apartara del régimen del Instrumento.

87. Se opinó que habría que aclarar el texto del párrafo 3 del artículo 88a en lo referente a la relación entre el título de transporte, definido en el proyecto de artículo 1 k), y el contrato de transporte. Se sugirió que se sustituyeran las palabras “(no) constituye un contrato” del párrafo 3 por “(no) deja constancia de” o por alguna expresión similar que diera a entender que el título de transporte no debía ser utilizable como medio probatorio del contrato de transporte. Se sugirió que se insertara en el proyecto de instrumento una definición de contrato por volumen de carga. Se sugirió asimismo que el párrafo 3 del artículo 88a fuera dividido en dos frases, suprimiéndose la conjunción “pero”.

88. Se expresó inquietud ante la posibilidad de que la regla concerniente a la incorporación por remisión, enunciada en la segunda frase del párrafo 3 del proyecto de artículo 88a, diera lugar a la inserción en el contrato de cláusulas que se apartaran del régimen del instrumento, que figuraran en algún documento así incorporado. Ahora bien, se observó que el párrafo 2 de ese mismo artículo ordenaba que toda cláusula o estipulación al margen del régimen del instrumento debía estar consignada en el propio contrato de transporte. Se estimó que no debería insertarse en el texto el párrafo 3 del proyecto de artículo 88a, salvo que dicho párrafo enunciara los requisitos que habrían de cumplirse para toda estipulación al margen del régimen del instrumento. Se respondió que, en algunos países, el gremio de cargadores, pese a estar plenamente consciente de la necesidad de formular correctamente el contrato, sentía la necesidad de estar amparado por alguna regla como la enunciada en el párrafo 3 de dicho artículo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca del texto de los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo 88a

89. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se retuviera el texto propuesto para los párrafos 2 y 3 del artículo 88a, con miras a proseguir su examen en un ulterior período de sesiones teniendo presentes las consideraciones expuestas en los párrafos anteriores.

Proyecto de artículo 88a, párrafo 4

90. Se dijo que el párrafo 4 del proyecto de artículo 88a era necesario por razón del criterio contractual adoptado en la definición del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento. Se observó además que el párrafo 4 reflejaba la decisión de que únicamente aquellas estipulaciones de un contrato por volumen de carga reguladoras de alguna remesa a la que fuera aplicable el régimen del Instrumento podían ser negociadas al margen de dicho régimen (véase el párrafo 52 *supra*).

91. Se sugirió que se insertara en el párrafo 4 del proyecto de artículo 88a una remisión al párrafo 5 del mismo artículo. Se sugirió también sustituir en el original inglés el término “remesas” por “toda remesa”, a fin de dejar en claro que la disposición era aplicable a las cláusulas que regularan cada remesa en particular, que se transportara en el marco de un contrato por volumen de carga, a la que fuera aplicable el régimen del instrumento. Ahora bien, se observó que la referencia a “toda remesa” se prestaba también a malentendidos por razón de que únicamente algunas de las cláusulas de un contrato por volumen de carga pudieran estar sujetas al régimen del futuro instrumento, como sería el caso en todo contrato por volumen de carga que previera el transporte, tanto interno como internacional, de remesas.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca del párrafo 4 propuesto para el artículo 88a 4)

92. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- El texto de la propuesta de párrafo 4 del artículo 88a serviría de base para proseguir las deliberaciones al respecto en un ulterior período de sesiones, teniendo presentes las consideraciones expuestas en los párrafos anteriores.

Proyecto de artículo 88a, párrafo 5

Efectos sobre otros convenios internacionales de transporte

93. Se expresó la inquietud de que al haberse adoptado el criterio de la “interconexión” de todos los regímenes eventualmente aplicables para el nuevo régimen multimodal de transporte enunciado en el proyecto de instrumento, el proyecto de párrafo 5 del artículo 88a pudiera introducir en el contrato de transporte cláusulas negociadas al margen de otros convenios de transporte internacionales no referentes al transporte marítimo, lo que sería contrario a ciertas reglas imperativas de derecho internacional. Ahora bien, se señaló que el proyecto de artículo 8 del futuro instrumento no era una disposición sobre conflictos entre convenios, sino que más bien reflejaba la decisión de permitir que determinadas disposiciones de otros instrumentos internacionales fueran aplicables a los transportes terrestres en el marco del proyecto de instrumento. Se respondió que tan solo algunas de las disposiciones de

otros convenios internacionales serían aplicables a un contrato de transporte que se rigiera por el futuro instrumento, por lo que el texto propuesto para el párrafo 5 del artículo 88a facultaría a las partes para estipular al margen de las disposiciones de dicho instrumento en un contrato por volumen de carga. Hubo acuerdo general en que dicho punto debería ser aclarado ya fuera en el texto del párrafo 5 del proyecto de artículo 88a o en el del proyecto de artículo 8.

Relación con otros párrafos del proyecto de artículo 88a

94. Se sugirió que el encabezamiento del párrafo 5 del proyecto de artículo 88a se refiriera asimismo al párrafo 4 de ese mismo artículo.

Responsabilidad por todo comportamiento temerario o doloso

95. Se sugirió que la remisión que se hacía en el apartado a) del párrafo 5 del proyecto de artículo 88a, al proyecto de artículo 19 del futuro instrumento figurara en un párrafo aparte, dándole mayor alcance, a fin de impedir que las partes en un contrato por volumen de carga redujeran su responsabilidad por todo comportamiento temerario o doloso.

Obligaciones estrictamente imperativas

96. Se sugirió que se insertara en el párrafo 5, apartado a) del proyecto de artículo 88a una remisión al párrafo 1, apartado c) del proyecto de artículo 13. Se señaló que la disposición enunciada en el proyecto de artículo 13.1 c), con respecto a la seguridad de la carga estibada en el interior del buque, constituía un aspecto importante del deber de velar por la navegabilidad del buque, por lo que toda remisión a esa disposición sería conforme a la finalidad del proyecto de párrafo 5 a) del artículo 88a. Ahora bien, se expresó también el parecer de que, a diferencia de los deberes enunciados en los apartados a) y b) del proyecto de artículo 13.1, el deber enunciado en el apartado c) no constituía una cuestión de orden público o de seguridad general, por lo que ese deber debería dejarse al arbitrio de la autonomía contractual de las partes.

97. Se señaló que convendría suprimir los corchetes del texto final del apartado a) párrafo 5 del proyecto de artículo 88a, a fin de aclarar debidamente que no cabría apartarse en nada de la normativa enunciada en los artículos enumerados en dicho apartado, ni en lo concerniente al régimen de la responsabilidad ni en lo relativo al nivel de dicha responsabilidad. Se sugirió asimismo que se hiciera referencia, en el apartado b) del párrafo 5 del proyecto de artículo 88a, a lo dispuesto en el proyecto de instrumento respecto de la vía judicial y de la vía arbitral.

98. Se sugirió además que el Grupo de Trabajo prosiguiera su examen de la lista de disposiciones “estrictamente imperativas” enumeradas en el párrafo 5 del proyecto de artículo 88a, con miras a incluir en esa lista otras obligaciones, tales como el requisito de firma enunciado en el proyecto de artículo 35.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 5 propuesto para el proyecto de artículo 88a

99. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se utilizaría el texto propuesto para el párrafo 5 del proyecto de artículo 88a como base para proseguir las deliberaciones al respecto en un futuro período de sesiones, teniendo en cuenta las sugerencias de que se mencionaran otros artículos del proyecto de instrumento y de que se hiciera remisión a lo dispuesto en el proyecto de instrumento respecto de la vía judicial y de la vía arbitral;
- Se aclarara debidamente la relación entre el párrafo 5 del proyecto de artículo 88a y los demás párrafos de dicho artículo, así como la interacción eventual de dicho párrafo 5 de ese mismo artículo con el régimen de otros instrumentos internacionales de transporte;
- Se examinara en un ulterior período de sesiones la posibilidad de insertar, en un párrafo aparte del proyecto de artículo 88a, alguna regla relativa a la responsabilidad por todo comportamiento temerario o doloso.

Proyecto de artículo 88a, párrafo 6

100. Se opinó en general que el encabezamiento del párrafo 6 del proyecto de artículo 88a debería hacer referencia no sólo al párrafo 1 sino a todos los demás párrafos de dicho proyecto de artículo. Como cuestión de forma, se sugirió también sustituir, en el apartado b) del párrafo 6 del proyecto de artículo 88a, las palabras "toda otra parte interesada" por "toda parte interesada que no sea el cargador".

Proyecto de artículo 88a, el párrafo 6, apartado b). Amparo de terceros

101. Se señaló que el texto propuesto para el apartado b) del párrafo 6 del proyecto de artículo 88a constituía una fórmula de avenencia entre la postura de los que deseaban que los terceros quedaran exentos de toda estipulación contractual que se apartara del régimen del instrumento y la postura de aquellos que deseaban que dichas estipulaciones contractuales fueran igualmente aplicables, sin límite alguno, a todo tercero afectado. Se dijo que esta solución de transacción establecía un delicado equilibrio entre la meta de amparar a todo tercero eventualmente afectado y el objetivo de enunciar una disposición comercialmente viable. Se estimó que exigir que todo tercero eventualmente afectado hubiera dado su consentimiento a toda cláusula de un contrato por volumen de carga que se apartara del régimen del instrumento, bastaría para salvaguardar los intereses de terceros. Ahora bien, se opinó también que no era necesario que un tercero hubiera dado su consentimiento para quedar obligado por ciertas cláusulas de un contrato por volumen de carga que se apartaran del régimen del instrumento, ya que ciertos terceros, como pudiera ser un consignatario, no tendrían inconveniente alguno en adquirir derechos dimanantes del contrato de transporte, por lo que solo debería preverse un régimen especial para el supuesto de que se emitieran títulos de transporte negociables, tal vez inspirado en los criterios seguidos en el artículo 77 del proyecto de instrumento.

Consentimiento explícito

102. Se expresaron inquietudes ante el significado de las palabras "explícitamente consentido" que aparecen en el apartado b) del párrafo 6 del proyecto de artículo 88a. Se dijo que no procedía que se definiera en el proyecto de instrumento la noción de "consentimiento explícito". Se estimó además que convendría aclarar

que el tercero habría de dar su consentimiento directa y personalmente a fin de que no quedara automáticamente obligado por un consentimiento dado en su nombre. Hubo un notable apoyo a favor de que el consentimiento hubiera de ser dado explícita y personalmente por el tercero afectado, pero sin que representara una carga onerosa para los porteadores. Durante las deliberaciones se expresó la necesidad de que mantuvieran consultas con los gremios nacionales del ramo sobre este apartado. Ahora bien, se consideró también que debería introducirse algún mecanismo adecuado para los supuestos en los que muchas personas pudieran verse afectadas, en calidad de terceros, por la ejecución de un contrato por volumen de carga, como sucedería en todo caso en el que se concertara un contrato por volumen de carga cuya validez se extendiera a lo largo de varios años.

103. Se observó que convendría aclarar la segunda parte del apartado b) del párrafo 6 del proyecto de artículo 88a, en lo concerniente a la posibilidad de que el tercero habría de consentir explícitamente en quedar obligado por toda cláusula de un contrato por volumen de carga, consignado en un título de transporte, que se apartara del régimen del Instrumento. Se indicó que, por ejemplo, todo consentimiento que se consignara por escrito sobre un título de transporte debería ser válido para los fines del apartado b) del párrafo 6 del proyecto de artículo 88a.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el párrafo 6 propuesto para el proyecto de artículo 88a

104. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- El texto propuesto del párrafo 6 del proyecto de artículo 88a sirviera de base para proseguir las deliberaciones al respecto en un futuro período de sesiones, teniendo presentes los pareceres expuestos en los párrafos anteriores;
- Se tuviera en cuenta, en el texto que habría de preparar la Secretaría, la sugerencia de que se insertara en el encabezamiento del párrafo 6 del proyecto de artículo 88a una referencia a los párrafos 1 a 5 de dicho artículo.

Proyecto de artículo 89

105. El Grupo de Trabajo examinó la versión reformulada del proyecto de artículo 89 (véase el párrafo 52 *supra*). Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado muy recientemente el proyecto de artículo 89 en su 11º período de sesiones (véase A/CN.9/526, párrs. 216 a 218).

Proyecto de artículo 89, párrafo 1. Transporte de animales vivos.

Autonomía contractual frente al criterio de la exención de responsabilidad

106. Se recordó que el enfoque adoptado en el párrafo 5 del artículo 5 de las Reglas de Hamburgo estaba basado en el criterio de la exención de la responsabilidad del porteador, pero le eximía únicamente de su responsabilidad por toda pérdida, daño o retraso en la entrega de animales vivos resultante de los riesgos especiales inherentes a ese tipo de transporte. Se señaló también que todas las obligaciones, por lo demás, impuestas por las Reglas de Hamburgo obligaban igualmente al porteador de animales vivos. Se observó que el apartado a) del proyecto de artículo 89 estaba, en cambio, inspirado en el enfoque contractual y que, con arreglo

a esta disposición, el porteador de animales vivos habría de responder únicamente por todo acto u omisión temerario y a reserva de toda otra condición enunciada en ese proyecto de disposición. Se expresó apoyo a favor de uno y otro enfoque, y se indicó que el resultado práctico del uno y del otro sería parecido. Se expresó considerable apoyo a favor de la sugerencia de que se complementara la referencia que se hacía a la responsabilidad del porteador con una referencia explícita a sus obligaciones. Una delegación observó, además, que el derecho del porteador a limitar su responsabilidad estaba regulado en el proyecto de artículo 19, independientemente de lo dispuesto en el apartado a) del proyecto de artículo 89.

Empleados y agentes del porteador y de otras partes ejecutantes marítimas

107. Se expresó el parecer de que se habría de evitar hacer referencia a los empleados o agentes del porteador, dada la necesidad, frecuente en este ramo, de eliminar intencionalmente algún animal excitado. Ahora bien, prevaleció el parecer de que debía retenerse el texto entre corchetes del proyecto de artículo 89 a), dado que en la práctica los empleados o agentes del porteador serían los únicos que estarían en contacto con los animales vivos que estuvieran a bordo del buque, y de que convendría además insertar, a continuación del texto entre corchetes, una referencia a toda parte ejecutante marítima. Se señaló, en este mismo sentido, que la eliminación intencional de un animal excitado quedaría exenta de responsabilidad en cuanto medida razonable requerida para salvar o intentar salvar vidas en el mar (véase el proyecto de artículo 14 3) 1), A/CN.9/572, párr. 64).

Transporte multimodal

108. Se preguntó si el párrafo a) del proyecto de artículo 89 exoneraría de responsabilidad en los tramos no marítimos de la operación de transporte, en todo supuesto de transporte multimodal. Se respondió que, si bien el transporte de animales vivos era frecuentemente de carácter multimodal, no se llevaba nunca a cabo en el marco de un contrato de transporte multimodal, por lo que todo tramo no marítimo de la operación se regiría por el derecho interno que le fuera aplicable.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca del proyecto de artículo 89

109. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se retuviera el texto propuesto para el proyecto de artículo 89, junto con el texto entre corchetes y la referencia suplementaria que se hiciera a toda parte ejecutante marítima, con miras a proseguir las deliberaciones al respecto en un futuro período de sesiones, teniendo presentes las consideraciones expuestas en los párrafos anteriores;
- Se insertara en el encabezamiento del proyecto de artículo 89 una referencia a las obligaciones del porteador;
- El contenido del apartado b) del proyecto de artículo 89 era en general aceptable.

Vía judicial: Capítulo 15

110. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado las disposiciones del capítulo 15 del proyecto de instrumento relativas a la vía judicial, en su 14º período de sesiones, y que había convenido en que se incluyera en el proyecto de instrumento un capítulo relativo al eventual recurso a la vía judicial (véase A/CN.9/572, párrs. 110 a 150). A la luz de esas deliberaciones y habida cuenta de las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo durante dicho período de sesiones, se presentaba ahora un texto revisado de las disposiciones del capítulo 15. De cara al examen del texto revisado y de ciertas consideraciones de política normativa suscitadas durante las deliberaciones celebradas entre los períodos de sesiones (véase A/CN.9/572, párr. 166), el Grupo de Trabajo convino en que se examinaran esas consideraciones agrupando las disposiciones del texto revisado por cuestiones clave, conforme puede verse en los epígrafes y párrafos que aparecen a continuación.

Cuestión 1: Factores de conexión; proyecto de artículo 72, nuevas definiciones propuestas, nuevo texto propuesto bajo la numeración de artículo 72 bis

Proyecto de artículo 72

111. El Grupo de Trabajo examinó el siguiente texto del artículo 72 propuesto por cierto número de delegaciones a la luz de las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/572, párrs. 113 a 134):

> "Artículo 72
>
> En todo procedimiento judicial relativo al transporte de mercancías con arreglo al presente instrumento, el [titular de la carga] podrá, según decida, ejercitar una acción ante todo tribunal de un Estado Contratante que sea competente, con arreglo a la ley del foro, y en cuyo territorio jurisdiccional esté situado uno de los siguientes lugares:
>
> a) el [establecimiento principal] o, a falta de éste, la residencia habitual [o domicilio] del demandado; o
>
> ... [el anterior párrafo b) fue suprimido conforme a la decisión en A/CN.9/572, párr. 126] ...
>
> b) el lugar de recepción [efectiva/contractual] de las mercancías o el lugar de su entrega [efectiva/contractual]; o
>
> [c) el puerto donde se efectúe la carga inicial de las mercancías en un buque marítimo; o
>
> d) el puerto donde se efectúe la descarga definitiva de las mercancías desde un buque marítimo; o]
>
> [e) todo lugar adicional designado para dicho fin en el título de transporte o en el documento electrónico.]"

Encabezamiento del proyecto de artículo 72

112. Si bien se recordó al Grupo de Trabajo que algunas delegaciones habían opinado que en el futuro instrumento no debería regularse nada concerniente a la

vía judicial, había prevalecido el parecer reflejado en la decisión adoptada en el 14º período de sesiones de que se mantuviera un capítulo relativo a la vía judicial (véase A/CN.9/572, párr. 113). Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo en lo referente al contenido del encabezamiento del proyecto de artículo 72. Ahora bien, se apoyó la opinión de que, al volverse a examinar el proyecto de artículo 72, debía evitarse que su texto restringiera en modo alguno cualquier derecho de que gozara un porteador a presentar una demanda contra el titular de la carga. Se invitó, además, al Grupo de Trabajo a que considerara en qué medida las reglas enunciadas en el capítulo 15, referentes a cuestiones jurisdiccionales, serían aplicables a los acuerdos que hubieran sido excluidos del ámbito de aplicación del régimen del futuro instrumento, particularmente a la luz de la versión del artículo 5 presentada en el documento A/CN.9/WG.III/WP.44, a tenor de cuyo texto todo tercero afectado por un contrato, excluido del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento, gozaría, no obstante, del amparo otorgado por el régimen del instrumento.

113. Hubo un intercambio de pareceres acerca de cuál sería la persona facultada para ejercitar una acción con arreglo a lo dispuesto en el artículo 72, dado que el Grupo de Trabajo había decidido, en su anterior período de sesiones que este artículo debería ceñirse a regular las acciones que el titular de la carga pudiera ejercitar frente al porteador contractual (véase A/CN.9/572, párr. 117). Algunas delegaciones opinaban que el "cargador o algún otro titular de la carga" sería la persona facultada para presentar una demanda, mientras que otras consideraban que "el cargador, el consignatario o algún otro titular de la carga" o "el tenedor de un título de transporte" eran las personas que estarían debidamente facultadas para ejercitar una acción, debiéndose citar además el parecer de aquellos que estimaban que dichos términos pudieran resultar demasiado imprecisos. Se apoyó la propuesta de que se reinsertara, en la versión inglesa, el término "*plaintiff*" (demandante) para designar al titular de una acción judicial en el encabezamiento del texto, y se dijo que la inserción de las palabras "contra el porteador" a continuación de "procedimiento judicial" evitaría el riesgo de que se frustrara el derecho del demandante a elegir el foro, si el portador se adelantaba a él por el procedimiento de interponer una acción judicial con miras a ser declarado exento de responsabilidad (véase A/CN.9/572, párr. 118). Según una declaración, tal recurso no podría prosperar, puesto que una acción judicial encaminada a obtener una declaración de exención no constituiría una acción "contra el porteador".

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca del encabezamiento del proyecto de artículo 72

114. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Debería enmendarse la frase inicial en términos como los siguientes "En todo procedimiento judicial, entablado frente al porteador y relativo al transporte de mercancías con arreglo al presente instrumento, el demandante podrá, según decida,";
- Las opiniones expresadas en el Grupo de Trabajo, conforme a lo expuesto en los párrafos anteriores, deberán ser tenidas en cuenta en todo retoque que se haga del texto del encabezamiento.

Proyecto de párrafo a) del artículo 72

115. Se estimó que el texto empleado en el proyecto de párrafo a) contenía diversos términos que tal vez resultaran confusos y que, habida cuenta de la brevedad del tiempo habitualmente disponible para interponer una acción judicial, la claridad de toda regla de elección del foro era un factor esencial de la misma. Se indicó que el texto del Reglamento europeo I de Bruselas (Reglamento del Consejo (CE) Núm. 44/2001 sobre la competencia de los tribunales y el reconocimiento y ejecución de toda sentencia sobre asuntos civiles o mercantiles) ofrecía una variante adecuada y ya bien experimentada. Pese a que se expresaron dudas acerca del reconocimiento del concepto de "domicilio" en el derecho interno de algunos países, se apoyó en principio la propuesta de que se simplificara el texto sustituyendo la fórmula utilizada en el párrafo actual por la de "domicilio del demandado", e insertando en la sección de definiciones del proyecto de instrumento una definición de "domicilio" del siguiente tenor:

> "Por "domicilio" se entenderá el lugar donde: a) una sociedad o toda otra persona jurídica tenga su sede social o su administración central o su establecimiento principal; o b) esté ubicada la residencia habitual de una persona natural."

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca del párrafo a) del proyecto de artículo 72

116. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se revisara el texto actual del párrafo a) del proyecto de artículo 72 conforme a lo indicado en el párrafo anterior.

Párrafo b) del proyecto de artículo 72 y nuevas definiciones propuestas

117. Con respecto al párrafo b) del proyecto de artículo 72, se propusieron al Grupo de Trabajo las siguientes definiciones:

> "Artículo 1 (xx)
>
> [De no haberse dispuesto otra cosa en el Instrumento,] se entenderá por "momento de recepción" y "lugar de recepción" el momento y el lugar convenidos en el contrato de transporte o, a falta de toda estipulación al respecto en dicho contrato, el momento y el lugar que sea conforme a la costumbre, a las prácticas o a los usos del comercio. A falta de toda estipulación al respecto en el contrato de transporte, o a falta de toda costumbre, práctica comercial o uso en el comercio, se entenderá por momento y lugar de recepción de las mercancías el lugar y el momento en que el porteador o la parte ejecutante se haga efectivamente cargo de las mercancías."
>
> "Artículo 1 (xxx)
>
> [De no haberse dispuesto otra cosa en el presente Instrumento,] se entenderá por "momento de entrega" y "lugar de entrega" el momento y el lugar estipulado al respecto en el contrato de transporte o, de no haberse estipulado nada en lo relativo a la entrega de las mercancías en dicho contrato, el momento y el lugar que sea conforme a la costumbre, a las prácticas comercial o a los usos del comercio que sea aplicable. A falta de toda estipulación al respecto en el contrato de transporte o a falta de toda costumbre, práctica

comercial o uso en el comercio, se entenderá por momento y lugar de entrega de las mercancías el momento y el lugar en que se haga la descarga de las mercancías del último buque o vehículo en el que se hayan de transportar con arreglo al contrato de transporte."

118. El Grupo de Trabajo no dejó de apoyar que se mantuviera en el texto el lugar de recepción y el lugar de entrega como factores de conexión para la determinación del foro (véase A/CN.9/572, párr. 127). Se observó que las definiciones dadas en párrafos anteriores ayudarían a aclarar el nuevo proyecto de párrafo. Se sugirió, no obstante, que tal vez esas definiciones resultaran innecesarias a la luz de lo dispuesto en los párrafos 2), 3) y 4) del artículo 7 del proyecto de instrumento. Ahora bien se expresaron ciertas dudas al respecto, dado que la finalidad del proyecto de artículo 7 era definir el período de responsabilidad del porteador, por lo que se estimó que su texto resultaría insuficiente a los efectos del proyecto de artículo 72.

119. Con respecto a la cuestión de si procedería referirse al lugar de recepción o de entrega efectivo o contractual, se expresaron ciertas dudas respecto de lo que constituiría un lugar de recepción o de entrega efectiva, dado que, por ejemplo, el lugar de la entrega efectiva pudiera ser un puerto de refugio. Se estimó que el lugar contractual de la recepción y de la entrega era preferible por ser el más predecible.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca del párrafo b) del proyecto de artículo 72

120. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Procedía introducir las definiciones propuestas en el proyecto de instrumento para su ulterior examen; y
- Procedía que en el texto del párrafo b) del proyecto de artículo 72 se hiciera referencia al lugar contractual de la entrega de las mercancías y al lugar contractual de la recepción de las mismas.

Párrafos c) y d) del proyecto de artículo 72

121. Se reiteró el parecer de que procedía incluir en el proyecto de artículo los puertos de carga y de descarga como factores de conexión para determinar la competencia jurisdiccional del foro (véase A/CN.9/572, párr. 128). Además de lo que ya se dijo en las deliberaciones del último período de sesiones del Grupo de Trabajo, se estimó que la inclusión de los puertos como factores de conexión resultaría práctico en todo convenio que fuera aplicable a otros tramos no marítimos de la operación de transporte, ya que ofrecían el mejor lugar para fusionar en un solo proceso el supuesto de que se interponga más de una acción o demanda judicial. Otras razones prácticas que abogaban a favor de la inclusión de este factor de conexión era el hecho de que los puertos constituían el único lugar donde el titular de la carga podría demandar tanto al porteador contractual como a la parte ejecutante, y donde era más probable que se encontraran los documentos y los testigos de la operación, además de ser el lugar donde era más probable que las mercancías sufrieran algún daño. Ahora bien, según una delegación, cabría ampararse contra los inconvenientes de la presentación de más de una demanda insertando en el contrato de transporte una cláusula por la que se declare competente a un solo foro para entender en toda causa relativa al contrato. Se

consideró además que, a fin de mantener la coherencia interna del texto del instrumento en cuanto a la fiabilidad de los factores contractuales, al adoptarse siempre el criterio contractual, el lugar de recepción y el lugar de entrega parecían ser los únicos factores de conexión pertinentes. Se sugirió además que, de mencionarse los puertos en esos párrafos, habría que hacer referencia a los puertos contractualmente designados.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca de los párrafos c) y d) del proyecto de artículo 72

122. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- En el texto del proyecto de instrumento, los párrafos c) y d) del artículo 72 se mantuvieran entre corchetes.

Párrafo e) del proyecto de artículo 72

123. Se expresó la opinión de que el párrafo e) del proyecto de artículo 72, en que se mencionaba todo lugar designado en el título de transporte como factor adicional utilizable para la determinación del foro, estaba estrechamente vinculado a la cuestión de las cláusulas de jurisdicción exclusiva (véanse los párrafos 156 a 168 *infra*), por lo que toda decisión respecto de esta propuesta afectaría necesariamente al párrafo e) del artículo 72. Ahora bien, hubo también apoyo a favor de la sugerencia de que el Grupo de Trabajo podía pronunciarse sobre la procedencia o no de incluir el párrafo e) en el proyecto de artículo 72, con independencia de lo que decidiera respecto de la admisibilidad de una cláusula de jurisdicción exclusiva. Se observó, a este respecto, que el párrafo e) del proyecto de artículo 72 ofrecía un foro aceptable, dado que ya figuraba entre los foros ofrecidos al titular de la carga por el proyecto de artículo 72. Se estimó que también tenía la ventaja de que el lugar designado en el título de transporte sería un lugar habitualmente designado en dichos títulos, por lo que ayudaría a reducir el peligro de que el porteador se viera demandado en varios foros a la vez. Se sugirió asimismo que el texto del proyecto de párrafo restringiera el lugar designable a únicamente los lugares ubicados en algún Estado Contratante. Se apoyó el contenido del párrafo e) del proyecto de artículo 72, siempre y cuando su texto no tratara de alterar la oferta de otros foros que se hacía en el proyecto de artículo 72, y siempre que solo fuera vinculante para las partes en el acuerdo. No obstante, una delegación consideró que esa cláusula debería ser válida también para terceros.

Conclusiones del Grupo de Trabajo respecto del párrafo e) del proyecto de artículo 72

124. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que:

- Se suprimieran los corchetes de todo el párrafo e) del proyecto de artículo 72;
- Cabría examinar la conveniencia de sustituir la palabra “designado” por “estipulado” o por alguna expresión de alcance similar;
- Cabría estudiar la conveniencia de limitar la aplicación de este párrafo a los lugares ubicados en el territorio de Estados Contratantes;
- Se examinaran más detenidamente la posición de los terceros en el marco de esta disposición y la relación de este párrafo con las cláusulas de exclusividad del foro elegido.

Proyecto de artículo 72 bis

125. El Grupo de Trabajo examinó el texto del proyecto de artículo 72 bis, que figura a continuación, propuesto atendiendo a la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones de que, en el proyecto de instrumento, hubiera una disposición separada relativa a los factores de conexión para la determinación del foro en las acciones contra las partes ejecutantes marítimas (véase el documento A/CN.9/572, párr. 117):

"Artículo 72 bis

En todo procedimiento judicial incoado por el cargador u otro propietario de la carga contra la parte ejecutante marítima en relación con el transporte de mercancías con arreglo al presente instrumento, el demandante podrá, a su elección, ejercitar la acción ante un tribunal de un Estado Parte que sea competente, a tenor de la ley del foro, y dentro de cuya jurisdicción esté situado uno de los lugares siguientes:

a) El establecimiento principal o [, a falta de éste,] la residencia habitual/permanente] del demandado; o

b) El lugar en que la parte ejecutante marítima haya recibido [inicialmente] las mercancías; o

c) El lugar en que la parte ejecutante marítima haya entregado [definitivamente] las mercancías."

Debate general

126. Se sugirió que la Secretaría preparara una versión revisada de esta disposición, teniendo presentes las observaciones formuladas respecto de un texto análogo que figura en el proyecto de artículo 72 (véanse los párrafos 111 a 124 *supra*).

127. No obstante, también se observó que algunos de los factores de conexión enunciados en el proyecto de artículo 72 bis no se aplicarían a las partes ejecutantes marítimas. En particular, se indicó que no sería apropiado hacer una referencia a las relaciones contractuales en el caso de las partes ejecutantes marítimas, respecto de las cuales, el contrato de transporte tenía menor relevancia. También se indicó que los proyectos de apartados b) y c), relativos al lugar de recepción y de entrega de las mercancías, no se aplicarían a las partes ejecutantes marítimas que sólo desempeñaran funciones en el buque.

Conclusiones del Grupo de Trabajo

128. Tras el debate, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se pidiera a la Secretaría que introdujera en el texto del proyecto de artículo 72 bis modificaciones basadas en las opiniones expuestas en los párrafos anteriores.

Cuestión 2: Disposiciones relativas al embargo preventivo - proyectos de artículo 73 y 74

Proyecto de artículo 73

129. El Grupo de Trabajo examinó el texto de proyecto de artículo 73, que figuraba en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32. Se recordó al Grupo de Trabajo que en su 14º período de sesiones había decidido poner el texto del proyecto de artículo 73 entre corchetes hasta que se evaluara más a fondo su relación con el Convenio internacional de 1952 relativo al embargo preventivo de buques destinados a la navegación marítima y con el Convenio Internacional de 1999 sobre el Embargo Preventivo de Buques ("los Convenios sobre embargo preventivo") (véase el documento A/CN.9/572, párrafo 139).

130. También se sometió al examen del Grupo de Trabajo la siguiente variante del proyecto de artículo 73:

> "Artículo 73
>
> Nada de lo dispuesto en el presente capítulo afectará la jurisdicción en lo concerniente al embargo preventivo [de conformidad con la normativa aplicable del derecho interno del Estado o del derecho internacional]."

Debate general

131. En principio, el Grupo de Trabajo convino en evitar todo conflicto entre el proyecto de instrumento y los convenios sobre embargo preventivo. Se indicó que dichos convenios contenían normas uniformes para diversos Estados Partes y representaban un delicado equilibro entre intereses diversos y complejos.

132. Muchas delegaciones expresaron su preferencia por la variante enunciada en el párrafo 130, ya que parecía que con ella se lograba mejor y de forma más clara el objetivo de evitar todo conflicto con los convenios sobre embargo preventivo, en particular en vista del número de cuestiones complejas y de posibles puntos conflictivos que podían plantearse.

133. También se expresó la opinión de que debía considerarse la necesidad de evitar un conflicto con los convenios sobre embargo preventivo no solo desde una perspectiva jurisdiccional, sino también en lo relativo a toda determinación de los fundamentos de la demanda de embargo preventivo. A este respecto, se sugirió que tal vez se conseguiría reducir eventuales conflictos que fueran más allá de los conflictos de jurisdicción, si se reemplazaba la palabra "capítulo" por "instrumento". También se expresó la opinión de que debía prestarse la debida atención a la coordinación del proyecto de disposición con algunas disposiciones existentes relativas a la jurisdicción en acciones de responsabilidad derivadas de la utilización o la explotación de un buque, como el artículo 7 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo Europeo.

Referencia a la legislación nacional

134. Varias delegaciones indicaron su preferencia por que se eliminaran los corchetes en la variante del proyecto de artículo 73, haciéndose así referencia a la legislación nacional y a la internacional. Se dijo que los Estados que no habían ratificado ningún instrumento internacional sobre el embargo preventivo habían

adoptado reglamentaciones internas al respecto, y que en el proyecto de instrumento debía evitarse toda injerencia en dichas reglamentaciones.

135. No obstante, también se expresaron opiniones en contra de que se hiciera referencia a la legislación interna en el proyecto de artículo 73. Se estimó que el objetivo de esta disposición debía ser únicamente el de evitar conflictos entre instrumentos internacionales. También se señaló que una referencia al derecho interno podría interpretarse en el sentido de que creaba una nueva jurisdicción interna sobre el embargo preventivo, con consecuencias imprevisibles. Recibió cierto apoyo la sugerencia de que cabría encontrar una solución a este problema adaptando la frase de que se trataba para que dijera "de conformidad con las reglas de derecho aplicables".

Conclusiones del Grupo de Trabajo

136. Tras el debate, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Mantener el proyecto de artículo 73 en el proyecto de instrumento;
- Reemplazar el texto enunciado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32 por la variante del proyecto de artículo 73;
- Pedir a la Secretaría que aclarara el texto del proyecto de artículo 73 en lo relativo a toda demanda que justificara el embargo preventivo sobre la base de las opiniones expuestas en los párrafos precedentes;
- Mantener entre corchetes las palabras "[el derecho interno del Estado o]" hasta que se hubieran examinado más detenidamente.

Proyecto de artículo 74

137. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado muy recientemente el proyecto de artículo 74, en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/572, párrs. 140 y 141). El Grupo de Trabajo examinó la variante A del proyecto de artículo 74, conforme aparece en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Debate general

138. Se sugirió que se aclarara en algunos idiomas el término "competencia", refiriéndolo expresamente a la competencia jurisdiccional de los tribunales. Se sugirió además que se aclarara si el proyecto de artículo 74 tenía por objeto referirse a las medidas cautelares otorgables con arreglo al derecho interno de algunos países ("disposición remisora") que tal vez no correspondieran siempre a la noción de medida estrictamente "cautelar". Ahora bien, se opinó también que toda cuestión de esa índole debería dejarse en manos del derecho interno aplicable.

139. A fin de aclarar el concepto de "medida cautelar", se sugirió que se insertara un párrafo 2, en el proyecto de artículo 74, en donde se definiera la medida cautelar en términos como los siguientes:

"[2. Para los fines del presente artículo se entenderá por 'medida cautelar':

a) Toda orden de preservar, colocar bajo custodia provisional, o vender cualesquiera bienes que sean objeto de la controversia; o

b) Toda orden por la que se haya de depositar en caución una suma correspondiente al importe que represente la controversia; o

c) Toda orden por la que se haya de nombrar a un síndico o administrador judicial; o

d) Toda otra orden destinada a impedir que los bienes de la otra parte sean dispersados con miras a frustrar la ejecución del laudo arbitral que se vaya a emitir; o

e) Toda medida conminatoria o toda medida preventiva de otra índole.]"

140. Si bien se apoyó la inserción de un párrafo 2 en el proyecto de artículo 74, se expresó asimismo el parecer de que toda tentativa de definir las "medidas cautelares" pudiera entrañar muchos problemas, sin que la definición eventualmente dada contribuyera a dotar de mayor claridad al futuro instrumento. Se recordó al Grupo de Trabajo la labor que actualmente realiza el Grupo de Trabajo II de la CNUDMI (arbitraje), precisamente encaminada a definir las medidas cautelares.

141. Se sugirió fusionar el artículo 74 con el artículo 73 a fin de poner en claro que el artículo 74 se refería únicamente a las medidas cautelares que un cargador pudiera demandar frente a un porteador por concepto de la responsabilidad de este último. Ahora bien, se indicó también que las frases primera y segunda del proyecto de artículo 74 regulaban cuestiones diferentes, puesto que la segunda se refería estrictamente el embargo de buques, y, por lo tanto, debería constituir un artículo aparte. Se sugirió además corregir el texto "Lo dispuesto en el presente artículo no privará de competencia" sustituyéndolo por las palabras "Nada de lo dispuesto en el capítulo 15 privará de competencia".

Conclusiones del Grupo de Trabajo

142. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se corrigiera la segunda oración del proyecto de artículo 74 sustituyendo las palabras "Lo dispuesto en el presente artículo no privará de competencia..." por "Nada de lo dispuesto en el capítulo 15 privará de competencia...";
- Se retuviera el texto del proyecto de artículo 74 para su ulterior examen a la luz de los pareceres anteriormente expuestos, procurando en particular alinear la primera oración de este artículo con lo dispuesto en el proyecto de artículo 73;
- Se insertara entre corchetes el texto anteriormente propuesto, como párrafo 2 de este artículo, para proseguir las deliberaciones al respecto en un futuro período de sesiones.

Cuestión 3: Actuaciones concurrentes, demanda solidaria, litisconsorcio y litispendencia (propuestas de nuevos artículos 74 *bis*, 74 *ter* y proyecto de artículo 75)

Propuesta de inserción en el texto de un nuevo artículo 74 *bis*. Concurrencia de las actuaciones

143. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado muy recientemente, en su 14º período de sesiones, la cuestión de la concurrencia de las actuaciones o de la presentación de más de una demanda ante un único foro (véase A/CN.9/572, párrs. 120 y 121). Se reiteró que en todo supuesto de graves incidentes que afectaran a un elevado número de titulares de la carga, cabía que se presentaran acciones contra el porteador ante diversos foros. Se indicó además que cabía que se presentaran esas demandas ante foros geográficamente muy dispersos a resultas del efecto combinado del carácter intrínseco de la operación de transporte de puerta a puerta, regulada por el instrumento, y de la diversidad de los factores de conexión para la determinación del foro competente, enumerados en el proyecto de artículo 72. A raíz del examen de esta cuestión en el 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se sugirió que se introdujera una disposición referente al concurso o a la concurrencia de los procedimientos abiertos que previera el traslado de todas las actuaciones a un único foro que sería aquél ante el que se hubiera entablado la primera acción. Se sugirió que el grupo de Trabajo examinara el siguiente texto:

> "Artículo 74 bis
>
> Si un titular de la carga ha entablado una acción en uno de los lugares enumerados en los artículos 72 y 72 *bis*, toda acción subsiguientemente entablada con arreglo al presente instrumento, relativa a un mismo incidente, deberá ser trasladada, a instancias del demandado, al lugar donde se haya entablado la primera acción."

Debate general

144. Se señaló que, con arreglo a la disposición sugerida, el traslado de las actuaciones podría ser reclamado a raíz de cualquier incidente que diera lugar a la presentación de más de una demanda, y si bien se expresó cierta comprensión frente a la problemática dimanante de que se presentara más de una demanda, se pensó que el umbral fijado resultaría demasiado bajo. Se observó además que la palabra "incidente", frecuente en materia de colisiones, tal vez no resultara clara en el presente contexto. Se señaló además que el proyecto de disposición dejaba cierto número de cuestiones sin resolver, tales como, por ejemplo, la definición de lo que había de entenderse por "primera acción" y cómo funcionaría el traslado de toda actuación entablada por el porteador y el traslado de contrademandas o de acciones presentadas por el porteador para la obtención de una sentencia declaratoria de su exención de responsabilidad. Se estimó que ese problema se simplificaría si se permitía que las partes estipularan una cláusula de jurisdicción exclusiva del foro por ellas designado. Se expresó también el parecer de que el mecanismo sugerido para el traslado de las actuaciones podría elevar las costas procesales eventualmente abonables por el demandado, dado que solo podría activarse a raíz de la presentación de la primera acción, por lo que sería preferible invertir la ruta a seguir, pidiendo a todo demandante subsiguiente que presentara su demanda ante el foro designado por el demandado.

145. Se consideró además que el concurso de actuaciones paralelas era un problema de derecho procesal general resuelto en todo ordenamiento jurídico interno, cuyo régimen debía ser respetado por el proyecto de instrumento. Se opinó que la obligación de un tribunal, de trasladar toda actuación que hubiera sido abierta

ulteriormente, estaba enunciada en términos demasiado categóricos, por lo que podría entrar en conflicto con diversos principios que regían la discrecionalidad de los tribunales judiciales. Se dijo asimismo que, dado que la primera acción determinaría, con arreglo al nuevo artículo 74 *bis*, el curso a seguir respecto de toda acción ulterior, dicho mecanismo se prestaría a manipulaciones interesadas o de búsqueda del foro más favorable por parte del porteador. Se señaló, además, que esta cuestión se había examinado en otros foros internacionales sin que se hubiera llegado a un consenso, por lo que aun cuando se formulara con sumo cuidado la disposición, seguiría siendo necesario instituir alguna vía jurídica internacional para el traslado de las actuaciones de un Estado a otro.

146. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se insertara en el proyecto de instrumento una disposición relativa a la apertura de actuaciones concurrentes.

Propuesta de inserción en el texto de un nuevo artículo 74 *ter*. Demanda solidaria. Litisconsorcio

147. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/572, párr. 149), la cuestión de si el régimen del futuro instrumento debería contener una disposición sobre actuaciones solidariamente entabladas por titulares de la carga contra el porteador y la parte ejecutante marítima, y que había examinado también las ventajas de evitar que el porteador fuera el que determinase el foro competente, adelantándose y presentando una acción para obtener una declaración de exoneración de responsabilidad (véase A/CN.9/572, párr. 118). A raíz de esas deliberaciones, se sometió al examen del Grupo de Trabajo el siguiente proyecto de texto:

> "Artículo 74 *ter*
>
> [1. Si el titular de la carga interpone una acción solidaria frente al porteador contractual y la parte ejecutante marítima, deberá hacerlo en alguno de los lugares en que, conforme al artículo 72 *bis,* cabrá entablar una acción frente a una parte ejecutante marítima.]
>
> 2. Si el porteador o la parte ejecutante marítima entabla una acción con arreglo al presente instrumento, contra el cargador o contra algún otro titular de la carga, el demandante, obrando a instancia del demandado, deberá trasladar las actuaciones a cualquiera de los lugares señalados en los artículos 72 o 72 *bis*, que el demandado elija."

Párrafo 1) del nuevo artículo 74 ter: Actuación judicial solidaria contra el porteador y la parte ejecutante marítima

148. Se señaló que el régimen del futuro instrumento no debería obstaculizar la posibilidad de que se presentara una demanda frente al porteador y la parte ejecutante marítima ante el mismo foro, dado que dicha actuación conjunta agilizaría la resolución de la controversia en provecho de todos los interesados. Si bien el texto propuesto resolvía el problema creado por el hecho de que el porteador y la parte ejecutante marítima no estuvieran ubicados en el territorio jurisdiccional del mismo foro, con arreglo a lo previsto en los artículos 72 y 72 *bis* del proyecto de instrumento, recurriendo para resolver dicho problema a los lugares enunciados en

la propuesta del nuevo artículo 72 *bis*, se señaló que también cabría resolver esta cuestión haciendo referencia a los puertos de partida y de destino como factores de conexión para determinar el foro competente. Ahora bien, se opinó también que la referencia a los puertos como factores de conexión pudiera no estar plenamente en consonancia con el carácter no exclusivamente marítimo de la operación de transporte regida por el futuro instrumento (véanse los párrafos 121 y 122 *supra*). Se sugirió además que se suprimiera el término "solidaria" a fin de extender el alcance de la nueva disposición a toda actuación conjunta entablada contra el porteador contractual y la parte ejecutante marítima.

Conclusiones del Grupo de Trabajo

149. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que:

- El texto propuesto para el párrafo 1 del artículo 74 *ter* del proyecto de instrumento fuera colocado entre corchetes, a fin de proseguir las deliberaciones al respecto en un ulterior período de sesiones.

Párrafo 2 del nuevo artículo 74 ter*: Acciones declaratorias entabladas por el porteador y por la parte ejecutante marítima*

150. Se señaló que el texto propuesto como párrafo 2 del futuro artículo 74 *ter* tenía por objeto impedir que el porteador entablara una acción para obtener una declaración exoneratoria de responsabilidad con la única finalidad de desactivar algún factor de conexión que determinara el foro competente en contra de sus propios intereses. Se sugirió también que se limitara el alcance de esa disposición a toda acción que el porteador entablara para ser exonerado de su responsabilidad, ya que no debería impedirse que el porteador entablara otro tipo de acciones como, por ejemplo, para que se le abonara el flete, ante algún foro competente de su propia elección. Se sugirió además que se suprimiera, en el párrafo 2), la referencia que se hacía a la parte ejecutante marítima, aun cuando se sugirió también que se mantuviera. Se sugirió además que se reformulara el texto propuesto para dejar en claro que solo cabría trasladar toda actuación subsiguientemente entablada a foros que fueran declarables competentes en virtud de alguno de los factores de conexión enunciados en el proyecto de artículo 72.

151. Se expresó de nuevo el parecer de que, en ausencia de un régimen o de una vía establecida para el traslado de las actuaciones de un Estado a otro, el texto del párrafo 2) del proyecto de artículo 74 *ter* pudiera requerir alguna aclaración adicional. Se señaló, a este respecto, que el enunciado del párrafo se inspiraba, en parte, en el texto del artículo 21 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, de 1978 ("las Reglas de Hamburgo"). Se estimó que tal vez fuera preciso aclarar la posibilidad de que el porteador interpusiera una acción para obtener una declaración de exoneración de su responsabilidad ante algún foro competente con arreglo a alguno de los factores de conexión previstos en el artículo 72 y de que el titular de la carga pudiera, no obstante, reclamar el traslado de dichas actuaciones a algún otro de esos foros.

Conclusiones del Grupo de Trabajo

152. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se insertara en el proyecto de instrumento el texto propuesto para el párrafo 2) del artículo 74 *ter* a fin de examinarlo más en detalle teniendo presentes las opiniones expuestas en los párrafos anteriores, particularmente en lo concerniente a que se limitara su alcance a la demanda de una declaración de exoneración de responsabilidad a favor del porteador o de la parte ejecutante marítima.

Proyecto de artículo 75. Litispendencia

153. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado muy recientemente el artículo 75, concretamente en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/572, párrs. 142 a 144). El Grupo de Trabajo examinó el texto de la variante A del proyecto de artículo 75, conforme figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32.

Debate general

154. A la luz de las deliberaciones mantenidas en su 14º período de sesiones, el Grupo de Trabajo sugirió que se suprimiera el proyecto de artículo 75, dado que sería sumamente difícil llegar a un acuerdo sobre una regla concerniente a la litispendencia, por razón de la complejidad del tema y de los diversos criterios adoptados al respecto en algunos países. Muchas delegaciones consideraron que este asunto debía dejarse al arbitrio del derecho interno, pese a la conveniencia de que se formulara una regla uniforme al respecto.

155. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se suprimiera el artículo 75 del texto del proyecto de instrumento.

Cuestión 4: Cláusulas de jurisdicción exclusiva

Debate general

156. Se recordó al Grupo de Trabajo que, en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/572, párrs. 130 a 133), había examinado brevemente la cuestión de si el proyecto de instrumento debía permitir a las partes en el contrato de transporte convenir cláusulas de jurisdicción exclusiva. Se recordó también que había habido un intercambio de opiniones con respecto a la relación existente entre esas cláusulas y el párrafo e) del proyecto de artículo 72, sobre la designación en el documento de transporte de un lugar de jurisdicción al que se pudiera recurrir también como foro adicional (véanse los párrafos 123 y 124 *supra*).

¿Debería el proyecto de instrumento permitir cláusulas de jurisdicción exclusiva?

157. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión general de si el proyecto de instrumento debería permitir a las partes en el contrato de transporte convenir una cláusula de jurisdicción exclusiva. Se apoyó con vehemencia la propuesta de que en el proyecto figuraran cláusulas de esta índole, especialmente si se reducía la posibilidad de que se abusara de ellas añadiendo determinadas condiciones que sería necesario cumplir para que las cláusulas fueran válidas. Se expresó también la opinión de que las cláusulas de jurisdicción exclusiva deberían limitarse a los casos en que algunos contratos de volumen de carga se apartaran de las disposiciones del proyecto de instrumento, de conformidad con el nuevo artículo 88a propuesto (véase el párrafo 52 *supra*).

158. En el Grupo de Trabajo un menor número de delegaciones manifestó con igual firmeza la opinión en el sentido de que el proyecto de instrumento no debería permitir que las partes en un contrato de transporte convinieran cláusulas de jurisdicción exclusiva. Se estimó que sería difícil apoyar una cláusula de esa índole que pudiera permitir al porteador, en algunos casos, imponer la jurisdicción, especialmente cuando una ubicación geográfica remota y los gastos de resolver judicialmente las controversias pusieran al propietario del cargamento en situación desventajosa. Además, se señaló que en algunos ordenamientos esa cuestión era de tal importancia que las disposiciones de derecho interno que las regulaban prevalecerían sobre las cláusulas de jurisdicción exclusiva.

159. Frente a esas reservas, se señaló que ya había varias convenciones vigentes, como el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que permitían la jurisdicción exclusiva, a menudo sin imponer condición alguna para prevenir abusos, y se consideró que excluir esas cláusulas del proyecto de instrumento resultaría insólito en el contexto moderno. Aunque se reconoció que existía el peligro de que esas cláusulas supusieran un peligro en los contratos de adhesión, se dijo que, cuando los contratos se negociaban libremente, había razones comerciales de peso para hacer exclusiva la elección de las disposiciones judiciales. Se indicó que las cláusulas de jurisdicción exclusiva eran muy corrientes en el contexto comercial, ya que ofrecían un medio de aumentar la previsibilidad y de reducir los gastos de todas las partes. Además, se dijo que añadir condiciones para impedir los abusos eliminaría la posibilidad de sorpresas, lo que, según se afirmó, era la preocupación esencial con respecto a las cláusulas de jurisdicción exclusiva en un contexto comercial. Se dijo que otras ventajas de permitir las cláusulas de jurisdicción exclusiva en el proyecto de instrumento serían la posible reducción del número de jurisdicciones posibles en el caso de litigios múltiples, especialmente cuando no existieran disposiciones sobre el concurso, y la disminución del riesgo de elegir el foro más conveniente. Se indicó además que la posibilidad de tener que afrontar un litigio en una ubicación remota era ya un riesgo conocido por las partes que operaban en el mundo del comercio internacional.

160. Se advirtió del riesgo de sobreestimar la importancia de la inclusión o exclusión de cláusulas de jurisdicción exclusiva en el proyecto de instrumento. Se dijo que las reclamaciones de escasa importancia solían resolverse localmente, con independencia de las cláusulas de jurisdicción, y que las reclamaciones de mayor cuantía se resolvían con frecuencia a través de las aseguradoras a nivel no local, tanto en relación con el propietario del cargamento como en relación con el porteador. De esas reclamaciones más importantes se dijo que, en su mayoría, se resolvían mediante una transacción, para evitar las costas procesales posiblemente enormes que supondría resolver judicialmente una reclamación. Aunque se expresaron algunas dudas con respecto a esta propuesta, se apoyó la opinión de que solo un pequeño porcentaje de los envíos de mercancías daba lugar a reclamaciones, y solo un pequeño porcentaje de éstas se resolvían realmente ante los tribunales.

Condiciones para la validez de las cláusulas de jurisdicción exclusiva

161. Se sugirió que en el proyecto de instrumento se insertaran disposiciones que exigieran el cumplimiento de determinadas condiciones para la utilización válida de

una cláusula de jurisdicción exclusiva. Las condiciones sugeridas fueron las siguientes:

- En la cláusula de jurisdicción exclusiva deberían figurar el nombre y la ubicación del tribunal elegido;
- El tribunal elegido debería estar en un Estado Contratante;
- En el acuerdo habría que hacer constar el nombre y la dirección exactos de las partes, a fin de que pudiera notificarse al demandado cualquier procedimiento interpuesto contra él; y
- En el acuerdo habría que puntualizar que la jurisdicción del tribunal elegido sería exclusiva.

162. Otra condición que se sugirió incluir en el acuerdo fue que el contrato de transporte debería ser negociado individual o mutuamente, a fin de que se distinguiera de un contrato de adhesión. Otra delegación sostuvo que sería más exacto que decir que el contrato debería ser mutuamente convenido, y no mutuamente negociado. Además, se sugirió que, para que pudieran ejecutarse válidamente las cláusulas de jurisdicción exclusiva, debieran cumplirse también los demás requisitos necesarios para apartarse del proyecto de instrumento que se establecen en el nuevo artículo 88a propuesto (véase el párrafo 52 *supra*).

163. Se expresaron también opiniones sobre las condiciones sugeridas, que, en general, encontraron aceptación. Se sugirió que el requisito de que la cláusula de jurisdicción exclusiva fuera convenida expresamente podría ir en contra de la necesidad percibida de limitar su validez a los contratos de volumen de carga del nuevo artículo 88a propuesto. Además, se señaló que el nombre y la dirección del porteador se exigían ya entre los datos del contrato, en virtud del proyecto de artículo 34 del proyecto de instrumento, y que incluir esa información como requisito para la validez de una cláusula de jurisdicción exclusiva constituiría un incentivo más para que el porteador lo cumpliera. Sin embargo, se expresó la preocupación de que el requisito pudiera considerarse como una cláusula encubierta sobre la "identidad del porteador" que, según se dijo, no resultaría aceptable en muchos ordenamientos. Se sugirió que el requisito se limitara a especificar el nombre y la dirección del porteador.

Las cláusulas de jurisdicción exclusiva ¿Deberían ser aplicables frente a terceros?

164. Se expresó la opinión de que, en un contexto comercial como el regulado por el proyecto de instrumento, prever la aplicación de cláusulas de jurisdicción exclusiva a terceros resultaría justificable, en el sentido de que contribuiría enormemente a la previsibilidad en beneficio de las partes, y de que la imposición de determinadas condiciones protegería a los terceros de cualquier perjuicio. En esa línea, se sugirió que resultarían adecuadas las siguientes condiciones:

- Las partes en el contrato de transporte inicial deberían manifestar expresamente que harían extensiva la cláusula de jurisdicción exclusiva a terceros;
- El contrato de transporte debería satisfacer los requisitos del nuevo artículo 88a propuesto;

- El tercero, para quedar obligado, debería recibir notificación escrita o electrónica del lugar en que podría interponerse la acción;
- El foro debería ser alguno de los especificados en el proyecto de artículo 72; y
- El lugar elegido debería encontrarse en un Estado Contratante.

165. Se expresó la opinión de que la aplicación de las cláusulas de jurisdicción exclusiva a terceros no debería limitarse al contexto de los contratos de volumen de carga del nuevo artículo 88a propuesto, sino que el principio debería extenderse a todos los contratos de transporte. A este respecto, se recalcó que, para que una cláusula de jurisdicción exclusiva fuera eficaz, debería ser vinculante para los terceros. Se estimó que, en los casos en que se estimara aceptable que la jurisdicción fuera exclusiva, esa exclusividad debería serlo a todos los efectos del contrato de transporte, con independencia de quién la invocara en virtud del contrato. Se estimó que un consignatario tercero era realmente parte en la transacción, debido al contrato de compraventa, en virtud del cual dicho consignatario podría negociar libremente condiciones que le fueran favorables, y que aducir que esa parte necesitaría protección resultaba un tanto artificial. Se sugirió que se reflexionara sobre la eventual redacción de una disposición inspirada en el proyecto de artículo 77 del proyecto de instrumento, relativo a la aplicación de las disposiciones sobre arbitraje al titular de un documento de transporte o de un documento electrónico negociable.

166. En contra de esa opinión, se adujo que las cláusulas de jurisdicción exclusiva no deberían aplicarse a terceros, dado que éstos no eran partes en el contrato. Se expresó preocupación por el hecho de que la aplicación de las cláusulas de jurisdicción exclusiva a terceros privaría injustamente a éstos de su derecho a elegir un foro entre las distintas opciones del proyecto de artículo 72. Se observó que quienes se oponían a las cláusulas de jurisdicción exclusiva se oponían en general a su aplicación a terceros, y que los partidarios de su inclusión en el proyecto de instrumento lo eran también, en general, de hacerlos extensivas a terceros, tal vez con algún requisito suplementario. Se sugirió que el debate a este respecto se matizara más, ya que, según el tipo de documento de transporte expedido, en algunos ordenamientos un consignatario podría quedar realmente vinculado por el contrato de transporte.

167. Se opinó que las condiciones propuestas podrían propiciar una transacción entre quienes se oponían firmemente y quienes defendían, también con firmeza, la aplicación de las cláusulas de jurisdicción exclusiva a terceros. Se expresaron algunas reservas con respecto a las condiciones, como la del momento de la notificación, y la de su eficacia si figuraban en un conocimiento de embarque que se recibiera después del cargamento. Frente a este argumento, se observó que el consignatario no estaba obligado a aceptar el cargamento. Además, se dijo que la notificación por escrito era difícil de definir y que, si se incluía en el conocimiento de embarque, podría causar dificultades cuando éste se transfiriera varias veces, de forma que su último tenedor se podría ver obligado a litigar en algún lugar lejano. Además, se sugirió que la notificación fuera dada a los terceros por el cargador.

Conclusiones del Grupo de Trabajo con respecto a las cláusulas de jurisdicción exclusiva

168. Tras el debate, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Debería seguirse examinando la cuestión de si deberían permitirse las cláusulas de jurisdicción exclusiva en el marco del proyecto de instrumento, y de si éstas deberían ser aplicables o no a terceros;
- Agregando determinadas condiciones para proteger a las partes y a los terceros de cualquier perjuicio derivado de las cláusulas de jurisdicción exclusiva podría contribuir a que el Grupo de Trabajo llegara a un consenso sobre la cuestión;
- Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de texto sobre las cláusulas de jurisdicción exclusiva, teniendo presentes las deliberaciones y las reservas expuestas en los párrafos 156 y 167 *supra*.

Cuestión 5: Acuerdo sobre jurisdicción a raíz de una controversia: proyecto de artículo 75 *bis*

Proyecto de artículo 75 *bis*

169. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el texto del proyecto de artículo 75 *bis*, ligeramente modificado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32, después del debate celebrado en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/572, párr. 150), por la adición entre corchetes de la frase "[después de presentada una reclamación basada en el contrato de transporte,]".

170. Se expresó apoyo al principio enunciado en esta disposición. Se apoyó la sugerencia de que se suprimiera la palabra "reclamación", y de que se agregara, después de la palabra "partes", la siguiente frase: "en la controversia basada en el contrato de transporte después de haber surgido esa controversia," a fin de que resultara claro que no podría llegarse a ningún acuerdo sobre jurisdicción antes de que ambas partes hubieran sido notificadas de la controversia. Además, se observó que la palabra "acuerdo" del proyecto de artículo 75 *bis* abarcaba tanto el acuerdo expreso como el implícito. Se sugirió que esa disposición volviera a examinarse una vez que el Grupo de Trabajo hubiera tomado una decisión con respecto a las cláusulas de jurisdicción exclusiva.

Conclusiones del Grupo de Trabajo con respecto al proyecto de artículo 75 bis

171. Tras el debate, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Debería incluirse en el proyecto de instrumento una disposición del tenor del proyecto de artículo 75 *bis*;
- La Secretaría debería examinar si debía modificarse el proyecto de artículo 75 *bis* suprimiendo la referencia a la "reclamación" y agregando, después de la palabra "partes", la siguiente frase: "en la controversia basada en el contrato de transporte después de haber surgido esta controversia".

Cuestión 6: Reconocimiento y ejecución

Debate general

172. Se sugirió que, dada la decisión del Grupo de Trabajo de incluir en el proyecto de instrumento disposiciones relativas a la jurisdicción, sería conveniente agregar también al texto disposiciones sobre el reconocimiento y la ejecución, a fin de reforzar la probabilidad de que fuera previsible recurrir a las disposiciones sobre jurisdicción. Aunque esta opinión recibió apoyo, se observó que la experiencia había demostrado, en el contexto de otras negociaciones sobre instrumentos internacionales, que era difícil llegar a un acuerdo con respecto a las disposiciones relativas al reconocimiento y a la ejecución. Se apoyó el argumento de que llegar a un consenso sobre esa clase de disposiciones en el contexto del proyecto de instrumento requeriría mucho tiempo, y de que con ellas se recargaría el proyecto, que regulaba ya cuestiones pertenecientes a un gran número de ámbitos. Además, se dijo que esas disposiciones sobre reconocimiento y ejecución no se consideraban comercialmente necesarias.

173. Por otra parte, se estimó que el demandante del cargamento, al elegir su jurisdicción de conformidad con el proyecto de artículo 72, conocería las normas sobre reconocimiento y ejecución aplicables en los distintos ordenamientos posibles, y podría decidir en consecuencia qué jurisdicción elegir para tener mayores probabilidades de ejecución. Se observó también que deberían tenerse en cuenta otras consideraciones antes de llegar a una decisión sobre si incluir en el proyecto de instrumento disposiciones sobre reconocimiento y ejecución, como la de si el Grupo de Trabajo incluiría o no en dicho texto cláusulas de jurisdicción exclusiva, lo cual podría repercutir en las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución, y la de la decisión pragmática de que el demandante de la carga interpondría con frecuencia su acción en la jurisdicción en que el demandado tuviera suficientes activos. Sin embargo, se expresó la opinión de que este último aspecto no resultaba tan pertinente, ya que los activos podían trasladarse rápidamente de una jurisdicción a otra. Se expresaron otras preocupaciones en el sentido de que, si se introducía una norma sobre reconocimiento y ejecución con respecto a la vía judicial, sería probablemente necesario adoptar una norma análoga con respecto a la vía arbitral, y ello podría afectar a cuestiones delicadas en el contexto de las reglas del arbitraje internacional.

174. Se estimó también que la negociación de normas sobre reconocimiento y ejecución podría ser más fácil en el contexto del proyecto de instrumento, ya que éste se ocupaba sólo del tema limitado del transporte de mercancías en régimen de "transporte marítimo complementado", en vez de tratar de llegar a un consenso sobre normas que abarcaran toda la gama de cuestiones comerciales, lo cual había resultado difícil en otras negociaciones. En ese contexto, se opinó que las disposiciones sobre ejecución de muchas otras convenciones ya vigentes en derecho marítimo, como el Protocolo de Atenas de 2002 (del Convenio de Atenas relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar, 1974), podrían resultar de utilidad práctica para el Grupo de Trabajo.

Conclusiones del Grupo de Trabajo con respecto al reconocimiento y a la ejecución

175. Tras el debate, el Grupo de Trabajo decidió lo siguiente:

- Aunque no se había llegado todavía a una decisión sobre si incluir o no en el proyecto de instrumento disposiciones relativas al reconocimiento y a la ejecución, el Grupo examinaría todo texto que se le presentara para ayudarlo a adoptar tal decisión.

Vía arbitral - Capítulo 16

Debate general

176. El Grupo de Trabajo pasó a examinar, a continuación, el proyecto de capítulo 16. Se recordó al Grupo de Trabajo que había examinado muy recientemente el proyecto de capítulo 16, con ocasión de su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/572, párrs. 151 a 157). El examen del capítulo 16 en el 15º período de sesiones se hizo sobre la base de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.III/WP.45).

177. En el 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebró un debate general acerca de la conveniencia de que hubiera disposiciones que regularan el arbitraje en el proyecto de instrumento. Se expresó el parecer de que las partes contractuales deberían gozar de plena autonomía para concertar toda cláusula de arbitraje o compromisoria que estimaran oportuna y deberían poder confiar en que dicha cláusula sería respetada. Ahora bien, se expresó inquietud ante la eventualidad de que el recurso al arbitraje pudiera restar eficacia a las reglas del proyecto de instrumento relativas a la determinación de un foro con jurisdicción exclusiva. Se consideró además que el régimen del proyecto de instrumento debería ser compatible con las prácticas comerciales habituales en este ramo del comercio. Se observó asimismo que el proyecto de instrumento debería ser también compatible con los instrumentos preparados por la CNUDMI en materia de arbitraje.

178. A fin de conciliar los pareceres anteriormente expuestos, se propuso como solución posible que se suprimiera el proyecto de capítulo 16 concerniente al arbitraje y que se declarara su capítulo 15, relativo a la vía judicial, únicamente aplicable al comercio marítimo por servicio de línea, y que se insertara en el proyecto de instrumento una disposición que facultara a las partes para remitir la solución de su controversia a la vía arbitral, así como para convenir en toda cláusula de jurisdicción exclusiva que estimaran oportuna, pero tan solo después de que hubiera surgido una controversia. Se observó que este enfoque respetaría la práctica actual en el comercio marítimo por servicio no regular, en el que era frecuente que se recurriera al arbitraje con pólizas de fletamento y conocimientos de embarque con tales pólizas, salvaguardaría la uniformidad de los reglamentos o reglas aplicables, y favorecería además la autonomía contractual de las partes, al tiempo que se evitaría que se eludieran las reglas de jurisdicción previstas en el proyecto de instrumento. Se observó además que, si bien, con arreglo a este enfoque, la cláusula compromisoria consignada en un conocimiento de embarque no sería, en principio, ejecutoria, cabría prever alguna exención especial para ciertos ramos del comercio marítimo por servicio de línea.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca del proyecto de capítulo 16

179. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se presentara al examen del Grupo de Trabajo, en un futuro período de sesiones, un nuevo proyecto de capítulo 16 basado en las sugerencias expuestas en los párrafos anteriores.

Disposiciones revisadas sobre el comercio electrónico

180. El Grupo de Trabajo fue informado de que en febrero de 2005 se había celebrado una reunión conjunta de expertos del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) y del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico). A raíz de sus deliberaciones, la reunión pericial conjunta sugirió que se revisaran ligeramente las disposiciones del proyecto de instrumento relativas al comercio electrónico, que figuraban en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32. El Grupo de Trabajo examinó esas disposiciones revisadas que se proponían respecto del comercio electrónico, que figuraban en el documento A/CN.9/WG.III/WP.47.

Definiciones (proyecto de artículo 1)

Apartado f) - "El tenedor"

181. Se manifestó inquietud respecto de la identidad del "tenedor" en el apartado f) del proyecto de artículo 1 y porque la definición parecía incluir a partes que no siempre eran tenedores. Se expresó la opinión de que toda dificultad de redacción se podría resolver, pero que el propósito de la definición era que el inciso i) se refiriera a los documentos consignados sobre papel y abarcara a todas las partes, mientras que el inciso ii) se refería a los documentos electrónicos de transporte, en los que no se trataba de la posesión física, sino del control, y que podían abarcar al cargador y al consignatario. Se observó que cabría introducir mejoras de carácter general en la redacción del inciso ii), como la inclusión de algunos tenedores, tal y como el cargador en virtud de la documentación en el proyecto de artículo 31. También se sugirió que en el inciso ii) del apartado f) del proyecto de artículo 1 se indicara expresamente a quién se podría transferir el documento electrónico de transporte.

Apartado o) - "Documento electrónico de transporte"

182. En el Grupo de Trabajo se apoyó la definición de "documento electrónico de transporte". Se sugirió que el último párrafo se simplificara.

Apartado p) - "Documento electrónico de transporte negociable"

183. En respuesta a una pregunta, se aclaró que la frase "consignado a la orden del cargador o a la orden del consignatario" en el inciso i) tenía por finalidad abarcar los supuestos en que las mercancías se consignaran a una parte designada. Se sugirió que se modificara la redacción de modo que en el inciso i) la frase "que dé a conocer, mediante" se sustituyera por "que incluya, pero no se limite a".

Apartado q) - "Documento electrónico de transporte no negociable" y apartado r) -"Datos del contrato"

184. El Grupo de Trabajo no tuvo ninguna observación que hacer respecto de los apartados q) o r) del proyecto de artículo 1.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre las definiciones enunciadas en los apartados f), o), p), q) y r) del proyecto de artículo 1

185. A raíz de los debates, el Grupo de Trabajo decidió que:

- En general, las definiciones enunciadas en los apartados f), o), p), q) y r) del proyecto de artículo 1 contaban con apoyo, a reserva de las sugerencias de redacción mencionadas en los párrafos 181 a 184 *supra*.

Capítulo 2: Comunicación electrónica

Proyecto de artículo 3

186. A continuación el Grupo de Trabajo pasó a examinar el proyecto de artículo 3. Se explicó que el párrafo 2 de este proyecto de artículo era una disposición nueva que tenía por objeto indicar expresamente lo que estaba implícito en el proyecto de instrumento, a saber, que la emisión, la posesión y la transferencia de un título negociable surtían el mismo efecto que la emisión, el control y la transferencia de un documento electrónico de transporte. El Grupo de Trabajo convino en que donde decía "comunicado por vía electrónica" debía decir "transmitido por medios electrónicos", según lo indicado en la nota de pie de página 19.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 3 propuesto

187. Tras el debate, el Grupo de Trabajo decidió:

- Cambiar, en el apartado a), "comunicado por vía electrónica" por "transmitido por medios electrónicos" y aceptar por lo demás el texto del proyecto de artículo 3 para su ulterior examen e inclusión en el proyecto de instrumento.

Proyecto de artículo 4

188. A continuación, el Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 4. En respuesta a una pregunta se aclaró que, si se emitía más de un original del título de transporte negociable, deberían reunirse todos los ejemplares antes de que pudiera emitirse el documento electrónico de transporte negociable en sustitución de ese título.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 4 propuesto

189. El Grupo de Trabajo aprobó el texto para su ulterior examen e inclusión en el proyecto de instrumento.

Proyecto de artículo 5

190. El Grupo de Trabajo examinó a continuación el proyecto de artículo 5. Se respaldó la opinión de que la lista de artículos que contenían referencias a las notificaciones y la confirmación no debía considerarse cerrada, ya que cabía la posibilidad de que hubiera que incluir otras disposiciones, como los proyectos de artículo 88a y 61 *bis*.

Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de artículo 5 propuesto

191. El Grupo de Trabajo aprobó el texto para su examen e inclusión en el proyecto de instrumento, a reserva de que se agregaran artículos adicionales relativos a las notificaciones y la confirmación.

Proyecto de artículo 6

192. A continuación, el Grupo de Trabajo examinó el proyecto de artículo 6 del proyecto del instrumento.

Párrafo 1 - Inclusión en el proyecto de instrumento de los sistemas basados en la inscripción registral

193. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión expuesta en la nota de pie de página 31 del documento A/CN.9/WG.III/WP.47, en la que se sugería que tal vez el Grupo de Trabajo deseara examinar la posibilidad de agregar las palabras "o de los derechos conferidos por ese documento o incorporados al mismo". Este cambio se sugirió a raíz de las reservas expresadas en el sentido de que el proyecto de artículo 6, al ser leído junto con las definiciones pertinentes, preveía la utilización de una tecnología que permitiría transferir el documento electrónico de transporte a lo largo de la cadena de negociación, con la posibilidad de que quedaran así excluidas algunas tecnologías que no suponían entregar ningún documento, como los sistemas basados en la inscripción registral.

194. El Grupo de Trabajo estuvo en general de acuerdo en que, por principio, no deseaba excluir del proyecto de instrumento los sistemas basados en la inscripción registral. Sin embargo, se manifestó inquietud por el riesgo de que, con la inclusión de la frase sugerida, se confundiera el concepto de transferencia de documentos, conforme al proyecto de artículo 59, con el de transferencia de derechos, conforme al proyecto de artículo 62. Esa opinión recibió apoyo.

195. Se sugirió que una posibilidad para que los sistemas basados en la inscripción registral y otras tecnologías que no comportaran la entrega de ningún documento entraran claramente en el ámbito de aplicación del proyecto de instrumento podría consistir en utilizar el concepto de "transferencia del control" de un documento electrónico de transporte como equivalente de la transferencia del documento en sí. Se sugirieron otras posibilidades, como la de modificar las definiciones pertinentes en el proyecto de artículo 1.

Seguridad

196. Se sugirió que en el párrafo 1 del proyecto de artículo 6 se agregaran palabras para indicar que la transferencia debía efectuarse utilizando un método seguro o fiable. Sin embargo, se expresó la opinión de que, de agregarse al texto una disposición de ese tenor, se podía generar una jurisprudencia innecesaria para interpretarlo, y de que el concepto de seguridad ya estaba implícito en el texto del proyecto de artículo. Se expresó preocupación respecto de si, a la luz de esta explicación, debía utilizarse la palabra "seguridad" en el apartado b) del párrafo 1. A modo de explicación suplementaria, se consideró que la palabra "seguridad" se refería a la integridad del documento, y no al sistema por el que era controlado, de modo que no causaría ambigüedad.

Conclusiones del Grupo de Trabajo respecto del párrafo 1) del proyecto de artículo 6

197. Tras los debates, el Grupo de Trabajo convino en que:

- Se constituyera un pequeño grupo de redacción para modificar el texto actual del párrafo 1) del proyecto de artículo 6, teniendo en cuenta las deliberaciones mencionadas respecto de los posibles métodos para dar a la disposición un carácter tecnológicamente neutral.

Párrafo 2) del proyecto de artículo 6

198. El párrafo 2) del proyecto de artículo 6 recibió apoyo. El Grupo de Trabajo fue informado de que las palabras "fáciles de verificar" se habían empleado para indicar sin excesivos pormenores que debían existir los procedimientos necesarios a disposición de las partes que tuvieran un interés legítimo en conocerlos antes de contraer un compromiso jurídico. Se señaló que era innecesario proporcionar más detalles en el proyecto de instrumento, ya que una definición más detallada dependería del tipo de sistema y del tipo de documento electrónico que se utilizara, y que ello podía obstaculizar el desarrollo tecnológico futuro.

Conclusiones del Grupo de Trabajo respecto del párrafo 2) del proyecto de artículo 6

199. El Grupo de Trabajo aprobó el texto del párrafo 2) del proyecto de artículo 6 para su ulterior examen e inclusión en el proyecto de instrumento.

Capítulo 8: Títulos de transporte y documentos electrónicos

Proyecto de artículo 33 - Emisión de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte

200. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el proyecto de artículo 33, respecto del cual no hizo ninguna observación.

Proyecto de artículo - 35 Firma

201. El Grupo de Trabajo examinó a continuación el proyecto de artículo 35. Se hicieron varias preguntas con respecto a esta disposición del proyecto de instrumento.

Definición de "firma electrónica"

202. Se expresó la opinión de que debía haber una definición específica de "firma electrónica" en el proyecto de instrumento, y se estimó que, de otro modo, los Estados que no tuvieran legislación que regulara este particular podían encontrarse con un vacío jurídico. Se estimó que la definición de "firma electrónica" en el proyecto de artículo 35 no agregaba nada al concepto expuesto en otros instrumentos internacionales, ni se refería de ningún modo concreto al derecho del transporte. Se sugirió que, en aras de la uniformidad, el proyecto de instrumento adoptara una definición de "firma electrónica" basada en otros instrumentos de la CNUDMI, como la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas (2001) y la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (1996). No obstante, se consideró que el

enfoque más moderno adoptado en el párrafo 3) del artículo 9 del recién concluido proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (anexo del documento A/CN.9/577) constituiría un mejor punto de partida.

203. Otras delegaciones se declararon partidarias de que no se definiera el concepto de "firma electrónica", sino que se dejara en manos de la legislación nacional. No obstante, se expresó el temor que de dejarse el asunto al arbitrio de la legislación nacional podían surgir divergencias, por lo que debía procurarse encontrar una norma internacional unificadora. Además, se estimó que, para que fuera comercialmente viable, una definición de "firma electrónica" debía ser poco complicada y no resultar costosa en la práctica. Se propuso que lo mejor sería contar con una definición funcional de "firma electrónica", en vez de una definición específica, y dejar la norma exacta al arbitrio de la legislación nacional o a las propias partes comerciales, siempre y cuando satisficieran los requisitos funcionales. Esta propuesta obtuvo apoyo, en particular considerando que había que prever flexibilidad ante las futuras tecnologías.

¿Cuál debe ser la ley aplicable?

204. Se sugirió que si la ley aplicable era la legislación nacional, habría que fijar normas para determinar la elección de la ley que regiría la firma electrónica. Se expresó una opinión conforme a la cual ésta debía ser la ley que rigiera el lugar del título, pero también se consideró que la ley aplicable adecuada debía ser la que rigiera los procedimientos prescritos en el proyecto de artículo 6.

Conclusiones del Grupo de Trabajo respecto del proyecto de artículo 35 propuesto

205. Tras el debate, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se constituyera un pequeño grupo de redacción para estudiar la posibilidad de revisar el texto existente del proyecto de artículo 35, teniendo en cuenta las inquietudes expuestas en los párrafos anteriores.

Proyectos de artículo que rigen aspectos del comercio electrónico

Proyecto de artículo 54 - Derecho de control -, proyecto de artículo 59 - Transferencia de derechos, proyecto de artículo 61 *bis* - Transferencia de derechos

206. A continuación el Grupo de Trabajo sólo examinó los aspectos del proyecto de artículo 54 relacionados con el comercio electrónico en lo relativo al derecho de control, y el proyecto de artículo 59 y el artículo 61 *bis* propuesto, relativos a la transferencia de derechos. El Grupo de Trabajo no hizo ninguna observación específica respecto de los aspectos de comercio electrónico tratados en esos proyectos de artículo, tal como figuraban en el documento A/CN.9/WG.III/WP.47.

Propuesta de reformulación de algunas disposiciones sobre comercio electrónico

207. Sobre la base de las deliberaciones del Grupo de Trabajo (véanse los párrafos 180 a 205 *supra*), un grupo de redacción oficioso, integrado por algunas delegaciones, preparó una versión revisada de ciertas disposiciones relativas al comercio electrónico, que figuraban en el documento A/CN.9/WG.III/WP.47. Se

revisó el apartado f) del proyecto de artículo 1 a fin de sustituir la enumeración de personas que se hace en el inciso ii) por las palabras "la persona", y la frase "a la que se haya transferido" por la frase "a favor de la que se haya emitido o a la que se haya transferido". Se consideró, además, que no podía abreviarse la frase final del apartado o) del proyecto de artículo 1 sin mermar lo esencial de su contenido. Se sustituyó el texto del apartado a) del párrafo 1) del proyecto de artículo 6 por "a) el empleo de un método para efectuar la emisión o la transferencia del documento en beneficio del tenedor designado", así como la palabra "consignatario", en el apartado d), que se sustituyó por "tenedor del documento". Se sustituyó asimismo la segunda frase del párrafo 2 del proyecto de artículo 35 por "Dicha firma deberá servir para identificar al signatario del documento electrónico de transporte y para indicar que el porteador ha dado su aprobación a dicho documento". Se suprimió además, en la versión inglesa del párrafo 2) del proyecto de artículo 61 *bis,* la palabra "*other*" (otro). Por último, junto a todo cambio requerido por las modificaciones anteriormente indicadas del proyecto de artículo 6 1) a), se propuso, a fin de resolver la cuestión planteada en el sentido de que se mantuviera la neutralidad tecnológica (véanse los párrafos 192 a 195 *supra*), que se insertara en el proyecto de artículo 1, la siguiente definición:

> "Artículo 1 xx)
>
> Por emisión y transferencia de un documento electrónico de transporte negociable se entenderá la emisión y transferencia de un derecho de control exclusivo sobre dicho documento. [Se entenderá que una persona goza de un control exclusivo sobre un documento electrónico de transporte, si el procedimiento utilizado, con arreglo al artículo 6, designa fiablemente la persona que sea titular de los derechos incorporados al documento electrónico de transporte negociable.]"

208. Se explicó además que el grupo de redacción oficioso había colocado entre corchetes la oración frase del texto propuesto como artículo 1 xx) para indicar únicamente que convendría reconsiderar la formulación actual de dicho texto, pero no para poner en duda la necesidad de dicho texto.

209. Se hicieron observaciones generales en el Grupo de Trabajo respecto de la versión reformulada de las disposiciones. Se dijo que convendría examinar más detenidamente si era necesaria la segunda parte del texto del proyecto de artículo 1 f) ii) con respecto al "control exclusivo". Se opinó además que debería explicarse en una nota explicativa del proyecto de instrumento por qué se había propuesto el artículo 1 xx). Se respaldó el enfoque adoptado en la versión reformulada del artículo 35, por considerarse que el nuevo texto era flexible y susceptible de ser incorporado a ordenamientos jurídicos muy diversos.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca de la propuesta de nuevo enunciado de las disposiciones relativas al comercio electrónico

210. El Grupo de Trabajo aprobó el enfoque adoptado en las propuestas de revisión de las disposiciones relativas al comercio electrónico, así como su inclusión en el proyecto de instrumento.

Derecho de control

211. Se informó brevemente al Grupo de Trabajo sobre las consultas celebradas entre períodos de sesiones acerca de la cuestión relativa al derecho de control, conforme estaba regulado en el proyecto de instrumento (proyectos de artículo 53 a 58 en A/CN.9/WG.III/WP.32), a modo de introducción al examen que efectuaría el Grupo de Trabajo de esas disposiciones en su siguiente período de sesiones. Se explicó que el Grupo de Trabajo tendría que examinar diversas cuestiones. Se señaló que se habían expresado diversos pareceres respecto de la naturaleza y del alcance del derecho de la parte controladora a dar instrucciones al porteador. Se indicó que el proyecto de texto no hacía la debida distinción entre el derecho de la parte controladora a dar instrucciones al porteador y el derecho eventual a enmendar el propio contrato de transporte. Se sugirió asimismo que se reflexionara más a fondo sobre la definición de parte controladora y sobre el procedimiento a seguir para designar a otra entidad como parte controladora, y se opinó en general que el porteador debería ser notificado de todo cambio que se hiciera respecto de la parte controladora. Se señalaron otros asuntos que aún habrían de examinarse, tales como la determinación del momento de extinción del derecho de control, los requisitos formales que hubiera de observarse para que el tenedor de un título de transporte no negociable o de un documento electrónico no negociable pudiera dar instrucciones válidas, y la obligación del porteador de seguir las instrucciones de la parte controladora, así como su responsabilidad al respecto.

Transferencia de derechos

212. Se informó asimismo brevemente al Grupo de Trabajo sobre las consultas oficiosas celebradas entre períodos de sesiones en que se trató la cuestión de la transferencia de derechos conforme al régimen del futuro instrumento (proyectos de artículo 59 a 62 en A/CN.9/WG.III/WP.32 y proyecto de artículo 61 *bis* en A/CN.9/WG.III/WP.47, párr. 12). Este breve informe se hizo a modo de introducción para el examen de esas disposiciones que se haría en el siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo. Se señaló que cinco cuestiones revestían particular importancia para el futuro examen de este tema: el régimen que habría de aplicarse a todo título de carácter nominativo que no se emitiera "a la orden"; si respecto de la responsabilidad de terceros debía seguirse el enfoque de una "declaración general" o de una "lista numerada"; los derechos ejercitables por terceros sin asumir responsabilidad alguna; la cuestión de la ley aplicable; y la notificación al porteador de toda transferencia de derechos. Se indicó además que el Grupo de Trabajo podría examinar, en su actual período de sesiones, el nuevo texto propuesto de artículo 61 *bis*, que figura en el párrafo 12 del documento A/CN.9/WG.III/WP.47, y empezar a analizar las obligaciones contractuales que puedan transferirse a terceros sin el consentimiento de éstos.

Conclusiones del Grupo de Trabajo acerca de la transferencia de derechos

213. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió que:

- Se insertara en el proyecto de instrumento el artículo 61 *bis*, conforme figuraba en el párrafo 12 del documento A/CN.9/WG.III/WP.47, para que fuera examinado en un futuro período de sesiones, a reserva de toda sugerencia de forma que se hiciera sobre el comercio electrónico.

III. Otros asuntos

Calendario de los períodos de sesiones 16º y 17º

214. Se observó que, a reserva de su aprobación por la Comisión en su 38º período de sesiones (Viena, 4 a 15 de julio de 2005), el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebraría en Viena, en el Centro Internacional de Viena, del 28 de noviembre al 9 de diciembre de 2005, y el 17º período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebraría en Nueva York, en la Sede de las Naciones Unidas, del 3 al 13 de abril de 2006.

Planificación de la labor futura

215. Con miras a organizar los debates sobre las disposiciones restantes del proyecto de instrumento, el Grupo de Trabajo aprobó un programa provisional para concluir su segunda lectura del proyecto de instrumento, que será el siguiente:

16º período de sesiones (Viena, 28 de noviembre a 9 de diciembre de 2005; fechas sujetas a aprobación)

- Derecho de control
- Transferencia de derechos
- Vía judicial y arbitraje
- Entrega de las mercancías, incluido el período de responsabilidad, el párrafo 2) del proyecto de artículo 11 y los proyectos de artículo 46 a 52;
- Obligaciones del cargador

17º período de sesiones (Nueva York, 3 a 13 de abril de 2006; fechas sujetas a aprobación)

- Ámbito de aplicación y autonomía contractual
- Acciones judiciales ejercitables y momento en el que habrá de presentarse la demanda
- Límites de la responsabilidad
- Títulos de transporte
- Cuestiones pendientes, incluidas las relativas a las partes ejecutantes marítimas (proyecto de artículo 15), al derecho interno (proyecto de artículo 8) y a los límites especiales de la responsabilidad (párrafo 2) del proyecto de artículo 18)

Métodos de trabajo

216. Se estimó que el Grupo de Trabajo había avanzado notablemente en el curso de su 15º período de sesiones, al igual que en su 14º período de sesiones, y que, a partir de mayo de 2004 (véase A/CN.9/552, párr. 167), ese progreso era en gran parte atribuible a las consultas oficiosas que habían mantenido las delegaciones entre períodos de sesiones. Se dijo que esta labor oficiosa entre períodos de sesiones había resultado sumamente útil para el conocimiento de los temas, el intercambio de

pareceres y la reducción de las divergencias sobre las cuestiones contenciosas. Se dijo que esa labor era esencial para concluir con éxito el proyecto de instrumento, por lo que la labor entre períodos de sesiones debería proseguir, pero sin que se perdiera de vista que la cantidad de documentos resultantes de ese proceso, debería ser compatible con la presentación por la Secretaría de los documentos oficiales, al Grupo de Trabajo, en los seis idiomas oficiales. Se opinó también que el recurso a pequeños grupos de redacción, formados en el marco del Grupo de Trabajo, había resultado enormemente provechoso para la labor del Grupo de Trabajo en su conjunto. Los pareceres anteriormente reseñados obtuvieron un apoyo absoluto por parte del Grupo de Trabajo.

217. Se volvió a estudiar la cuestión de la fecha en que podría ultimarse el proyecto de instrumento, teniendo presentes las anteriores deliberaciones sobre este tema en el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/552, párr. 168). Cierto número de delegaciones sostuvo que si bien era improbable que se ultimara esa labor a finales de 2005, gracias a la valiosa asistencia del proceso de consultas oficiosas, el Grupo de Trabajo podría concluir su labor a fines de 2006.

G. Nota de la Secretaría sobre la preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Disposiciones relativas al ámbito de aplicación, presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 15º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.44) [original: inglés]

Durante su 14º período de sesiones (Viena, 29 de noviembre a 10 de diciembre de 2004), el Grupo de Trabajo III examinó ciertas disposiciones del proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías (A/CN.9/572, párrafos 83 a 96). A la luz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, un grupo de redacción oficioso, compuesto por cierto número de delegaciones, preparó una versión reformulada de las disposiciones básicas concernientes al ámbito de aplicación del proyecto de instrumento. El grupo de trabajo oficioso presentó una nueva versión de esas disposiciones al Grupo de Trabajo (A.CN.9/572, párrafos 105 y 106), y el Grupo de Trabajo convino en que esa versión constituía una sólida base para reanudar las deliberaciones sobre el ámbito de aplicación, una vez que se hubiera reflexionado y celebrado consultas al respecto (A/CN.9/572, párrafo 109). La presente nota contiene el texto de esas disposiciones reformuladas por el grupo de redacción conforme puede verse en el informe del 14º período de sesiones (A/CN.9/572, párrafo 105), al que se ha adjuntado un breve comentario preparado por el grupo de redacción oficioso, que figura a continuación de cada uno de los artículos que fueron presentados.

ANEXO

DISPOSICIONES RELATIVAS AL ÁMBITO DE APLICACIÓN

Introducción

1. Con ocasión del 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo III, un grupo de redacción oficioso se encargó de examinar las propuestas textuales conjuntas presentadas por los Estados Unidos, Finlandia, Italia, Japón, los Países Bajos y Suecia, en las que se pretendía reflejar el consenso general al que se llegó en el Grupo de Trabajo (A/CN.9/572, párrafo 89) en lo concerniente a los tipos de operaciones que serían regulados por disposiciones de rango imperativo del proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías. A la luz de esas deliberaciones, el grupo de redacción oficioso sugirió al Grupo de Trabajo, en el curso de su 14º período de sesiones, una serie de disposiciones nuevas concernientes al ámbito de aplicación del proyecto de instrumento. Estas nuevas disposiciones pueden verse reproducidas en la presente nota conforme figuran en el párrafo 105 del documento A/CN.9/572, junto con un breve comentario preparado por el grupo de redacción oficioso, que figura a continuación de cada una de las disposiciones. Estas nuevas disposiciones no abordan la cuestión suscitada por el denominado acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea (OLSA) (véase A/CN.9/WG.III/WP.34 y A/CN.9/WG.III/WP.42), por lo que deberán ser reconsideradas a la luz de la decisión que el Grupo de

Trabajo adopte a dicho respecto. Además, será necesario un examen ulterior de los proyectos de artículo 88 y 89, en donde se regulan asimismo cuestiones concernientes a la autonomía contractual. Es evidente que será necesario renumerar el articulado del proyecto, caso de que se decida insertan los artículos aquí presentados en el texto del proyecto; pero para facilitar la lectura de la presente nota, la serie de nuevas disposiciones que en ella se presentan serán designadas como "artículos concernientes al ámbito de aplicación", mientras que las disposiciones actuales del proyecto de instrumento serán designadas por el término de "proyectos de artículo".

"Artículo 1

a) Por "contrato de transporte" se entenderá un contrato en virtud del cual un porteador, se compromete a cambio del pago de un flete, a transportar mercancías de un lugar a otro. Ese compromiso deberá prever el transporte de mercancías por mar, pero podrá también prever el transporte de esas mercancías por otros medios antes o después de su transporte por mar. [Se considerará como contrato de transporte todo contrato en el que se prevea la opción de transportar las mercancías por mar, siempre y cuando dichas mercancías se transporten efectivamente por mar.]

[(...) Por "servicio de línea" se entenderá un servicio de transporte marítimo que:

i) se pone a disposición del público en general mediante anuncios publicitarios o de otra manera; y

ii) se presta con regularidad entre determinados puertos conforme a un cierto horario o con fechas de partida anunciadas.]

[(...) Por "servicio no regular" se entenderá todo servicio de transporte marítimo que no sea un servicio de línea.]"

2. *Comentario sobre la definición de "contrato de transporte" que figura en el artículo 1 a) concerniente al ámbito de aplicación, junto con las definiciones sugeridas para "servicio de línea" y "servicio no regular"*: El texto arriba propuesto para el artículo 1 a) concerniente al ámbito de aplicación tiene por objeto aclarar la definición de "contrato de transporte" que se da en el proyecto de artículo 1 a) del proyecto de instrumento, que figura en el párrafo 6 de A/CN.9/WG.III/WP.36. El requisito de un tramo marítimo internacional, que figuraba en la definición del documento A/CN.9/WG.III/WP.36, ha sido incorporado al nuevo artículo 2 concerniente al ámbito de aplicación, junto con una referencia a la índole internacional de la operación global de transporte. El texto entre corchetes, al final del artículo 1 a) concerniente al ámbito de aplicación, es básicamente idéntico al texto del proyecto de artículo 2 (1 bis) que figura en el párrafo 6 del A/CN.9/WG.III/WP.36. Se sugirió en el grupo de redacción oficioso que el texto entre corchetes es superfluo, pero se pensó que dada la índole controvertida de la disposición en su conjunto y dado que dicho texto figuraba entre corchetes, procedía dejarlo como estaba para su ulterior examen. Además, se sugirió incorporar a la sección de definiciones, en el artículo 1 del proyecto de instrumento, una definición de "servicio de línea" y otra de "servicio no regular", a fin de aclarar el texto del artículo 3 *infra* concerniente al ámbito de aplicación. Las definiciones propuestas servirán de base para las deliberaciones, al respecto, del Grupo de Trabajo.

"Artículo 2

1. A reserva de lo dispuesto en los artículos 3 a 5, el presente instrumento será aplicable a todo contrato de transporte en el que el lugar de recepción [indicado en el contrato] y el lugar de entrega [indicado en el contrato] estén situados en Estados diferentes, y en el que el puerto de carga [indicado en el contrato] y el puerto de descarga [indicado en el contrato] estén situados en Estados diferentes, siempre que:

a) el lugar de recepción [indicado en el contrato] [o el puerto de carga [indicado en el contrato]] esté situado en un Estado Contratante, o

b) el lugar de entrega [indicado en el contrato] [o el puerto de descarga [indicado en el contrato]] esté situado en un Estado Contratante, o

c) [el lugar de entrega efectiva sea uno de los lugares de entrega posible [previstos en el contrato] y esté situado en un Estado Contratante, o]

d) en el contrato de transporte se estipule que dicho contrato se regirá por el presente instrumento o por la ley de algún Estado que lo haya declarado aplicable.

[Por lugar o puerto [indicado en el contrato] se entenderá todo lugar o puerto previsto en el contrato de transporte o en los datos del contrato.]

[2. El presente instrumento será aplicable independientemente de la nacionalidad del buque, del porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del consignatario o de cualquier otra parte interesada.]"

3. *Comentario sobre el texto propuesto del artículo 2 concerniente al ámbito de aplicación*: El texto propuesto para el artículo 2 1) concerniente al ámbito de aplicación exige que tanto la operación global de transporte como su tramo marítimo sean de carácter internacional. El requisito de la internacionalidad de la operación global de transporte figuraba en el artículo 3.1 del proyecto de instrumento presentado en el documento en A/CN.9/WG.III/WP.21 y en artículo 2 1) del proyecto de instrumento presentado en A/CN.9/WG.III/WP.32, pero se suprimió del texto del artículo 2 1) en el documento A/CN.9/WG.III/WP.36. El texto de los apartados a) a d) del nuevo artículo concerniente al ámbito de aplicación del proyecto de instrumento, han sido tomados directamente del proyecto de artículo 2 1) presentado en A/CN.9/WG.III/WP.32 y en A/CN.9/WG.III/WP.36. Sigue pendiente la cuestión de si una disposición como la enunciada en el párrafo 2) del artículo 2 concerniente al ámbito de aplicación, que puede verse en el párrafo anterior, sigue siendo necesaria. Hubo un tiempo en que dicha disposición se estimó necesaria, por lo que figura en el artículo X de las Reglas de La Haya-Visby.

"Artículo 3

1. El presente instrumento no será aplicable:

a) a reserva de lo dispuesto en el artículo 5, a la póliza de fletamento, independientemente de que se esté utilizando o no dicha póliza en relación con un servicio de línea; y

b) a reserva de lo dispuesto en el artículo 4, ni al contrato negociado por volumen, ni a ningún contrato de fletamento o contratos análogos en los que se prevea el transporte futuro de mercancías por remesas sucesivas,

independientemente de si dichos contratos se están utilizando o no en relación con un servicio de línea; y

c) a reserva de lo dispuesto en el párrafo 2, a otros contratos concernientes a servicios que no sean regulares o de línea.

2. El presente instrumento será aplicable a todo contrato de transporte concerniente a servicios que no sean regulares o de línea en virtud de los cuales el porteador emita un título de transporte o un documento electrónico que:

a) sirva de comprobante de que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías; y

b) sirva de comprobante del contrato de transporte o contenga dicho contrato,

salvo en lo que respecta a la relación entre las partes en un contrato con póliza de fletamento o en un acuerdo análogo."

4. *Comentario sobre el nuevo proyecto de artículo 3 concerniente al ámbito de aplicación*: Mientras que el artículo 2 concerniente al ámbito de aplicación tenía por objeto reflejar la preferencia del Grupo de Trabajo por supeditar al contrato la determinación del ámbito de aplicación del futuro instrumento (A/CN.9/572, párrafo 89), se reconoció que sería necesario complementar dicho enfoque contractual con algunas aclaraciones adicionales. El artículo concerniente al ámbito de aplicación 3 (1) tiene por objeto evitar la posibilidad, abierta por un enfoque puramente contractual, de que las partes en un contrato sometan, al nuevo régimen del proyecto de instrumento, operaciones que el Grupo de Trabajo había convenido en excluir de su ámbito de aplicación. Los apartados a) y b) del artículo 3 (1) son aplicables por igual a los servicios de línea y a los servicios no regulares, dado que ciertas modalidades de la póliza de fletamento (tales como en el fletamento de espacio o de compartimento o lugar señalado (*slot charter*)) y los denominados contratos por volumen de carga son frecuentemente utilizados en los servicios de línea. El artículo 3 (2) concerniente al ámbito de aplicación tiene por objeto garantizar que el régimen del nuevo instrumento seguirá siendo aplicable a toda operación que se rija por las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby, a fin de que el nuevo instrumento no reduzca la cobertura actual ofrecida por dichos regímenes. En particular, toda operación habitual de transporte por servicio no regular, en la que se emita un conocimiento de embarque, seguiría rigiéndose por el proyecto de instrumento. [*Nota de la Secretaría*: El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si será necesario aclarar algo más los términos y conceptos que se utilizan en el artículo 3 propuesto, concerniente al ámbito de aplicación, particularmente el párrafo 1 b) y el párrafo 2 de dicho artículo. Esa aclaración podría efectuarse insertando algún texto en el proyecto de instrumento o en algún comentario del proyecto de instrumento que se insertaría en la documentación explicatoria adjunta. Además, la estructura actual del párrafo 2 de este artículo tal vez suscite problemas al haberse colocado al final de su texto la salvedad "salvo en lo que respecta a la relación entre las partes en un contrato con póliza de fletamento o en un acuerdo análogo". El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si cabría reubicar dicha salvedad colocándola tal vez en el encabezamiento del párrafo, a fin de evitar todo error que pudiera ser ocasionado inintencionalmente al formatear el documento.]

"Artículo 4

Si en un contrato se estipula el transporte futuro de mercancías por remesas sucesivas, el presente instrumento será aplicable a cada remesa de conformidad con lo previsto en el artículo 2 y en los apartados a) y c) del párrafo 1 y el párrafo 2 del artículo 3."

5. *Comentario del artículo 5 concerniente al ámbito de aplicación*: el texto del artículo 4 concerniente al ámbito de aplicación es esencialmente análogo al del proyecto de artículo 2 5), conforme figuraba en versiones anteriores del proyecto de instrumento.

"Artículo 5

Si un título de transporte o un documento electrónico se expide a raíz de un contrato de fletamento o de un contrato previsto en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 3, dicho título de transporte o documento electrónico deberá regirse por las disposiciones del presente instrumento y éstas serán aplicables al contrato consignado en dicho título o documento a partir del momento en que ese título o documento sea aplicable a las relaciones entre el porteador y la persona que goce de algún derecho nacido del contrato de transporte, siempre y cuando esa persona no sea un fletador ni sea parte en un contrato previsto en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 3."

6. *Comentario sobre el artículo 5 concerniente al ámbito de aplicación*: el artículo 5 concerniente al ámbito de aplicación, aquí propuesto, es esencialmente análogo al proyecto de artículo 2 4) que figura en anteriores versiones del proyecto de instrumento, salvo que: i) se ha ampliado su ámbito de aplicación para que sea aplicable a todo título de transporte o documento electrónico (no simplemente a los títulos de transporte y documentos electrónicos negociables), conforme a lo convenido por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/572, párrafos 94 y 106); y ii) contiene una salvedad por la que se declara que no será aplicable a las partes en un contrato que, por lo demás, haya quedado excluido del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento.

H. Nota de la Secretaría sobre la preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Recurso al arbitraje: práctica uniforme internacional en materia de arbitraje y el régimen del proyecto de instrumento, presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 15º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.45) [original: inglés]

Durante su 14º período de sesiones, el Grupo de Trabajo III sobre el Derecho del Transporte examinó las disposiciones del proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías concernientes al arbitraje, tal como figura en el capítulo 16 del documento A/CN.9/WG.III/WP.32. Conforme se observó en el informe de dicho período de sesiones, el proyecto de capítulo 16 había sido tomado de las Reglas de Hamburgo, que se prepararon en 1978, antes de que se hubieran difundido en el mundo comercial algunas de las normas uniformes para el arbitraje internacional actualmente más en uso (A/CN.9/572, párr. 153). A raíz de las deliberaciones de dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que explorara los conflictos eventuales que pudiera haber entre el proyecto de instrumento y la práctica uniforme internacional del arbitraje, conforme podía verse reflejada en los instrumentos y leyes modelo de la CNUDMI (A/CN.9/572, párr. 157). La siguiente nota fue preparada a la luz de dicha solicitud, y consta de dos partes: en la primera se identifican, conforme a lo solicitado, los posibles puntos de conflicto, y, en la segunda, se indican los principios básicos del arbitraje internacional que no han sido reflejados en el proyecto de instrumento.

I. Posibles puntos de conflicto entre el proyecto de instrumento y las prácticas internacionales uniformes, conforme pueden verse reflejadas en los instrumentos y leyes modelo de la CNUDMI

A. El artículo 76 del proyecto de instrumento, en sus variantes A y B

1. El proyecto de artículo 76 dispone que el acuerdo de arbitraje debe “constar por escrito”. Cabe entender dicha expresión en el sentido de que la forma escrita del acuerdo de arbitraje será requerida *ad probationem* [es decir, para fines de prueba] y no *ad validitatem* [para la validez del acuerdo de arbitraje].

2. El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito figura ya enunciado en el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (“la Ley Modelo”), y en el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“la Convención de Nueva York”). Este requisito de forma tiene por objeto dotar de certeza a la intención expresada por las partes y facilitar ulteriormente toda prueba que sea requerida de la voluntad de las partes de someter su controversia a arbitraje.

3. El párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo dice:

"2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato."

4. El párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York dice:

"2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas."

5. Contrariamente a la Ley Modelo y a la Convención de Nueva York, el artículo 76 del proyecto de instrumento no contiene definición alguna del requisito de "escrito". Se ha aducido que esa definición resultaría problemática, dado que, en los últimos años, con el desarrollo de los modernos medios de comunicación, este requisito se ha convertido en un aspecto controvertido del régimen del arbitraje. Cabría cuestionar si el requisito se ha cumplido o no en determinados supuestos en los que toda respuesta podría suscitar graves problemas, tales como el supuesto de determinadas notas de corredores o intermediarios del comercio, así como tratándose de conocimientos de embarque y otros títulos negociables, o respecto de todo contrato por el que se transfieran derechos u obligaciones a terceros no signatarios (es decir, a terceros que no sean parte en el acuerdo original). La falta de claridad respecto del requisito de un escrito puede dar lugar, en este tipo de situaciones, a decisiones o fallos arbitrales bastante dispares. Todo requisito de un escrito, que no haya sido precisado en alguna definición, se presta a interpretaciones que pudieran no estar en consonancia con la práctica comercial internacional actual. Por el contrario, el Grupo de Trabajo tal vez estime que dar una definición explícita de la noción de "escrito" en el proyecto de instrumento tal vez tenga la desventaja de introducir alguna divergencia en cuanto a los requisitos de forma entre el régimen aplicable al transporte de mercancías y el derecho general aplicable al arbitraje. Conforme se indica más adelante (véanse párrafos 22 a 26), el Grupo de Trabajo tal vez desee alentar a los Estados que ya tengan previsto ratificar el proyecto de instrumento, a que consideren también la conveniencia de promulgar en su derecho interno la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

6. Otra cuestión crucial suscitada respecto de las disposiciones concernientes al arbitraje del proyecto de instrumento es la de determinar si un acuerdo de arbitraje, concertado de conformidad con el proyecto de artículo 76, sería ejecutorio con arreglo a lo dispuesto en el artículo II 2) de la Convención de Nueva York, conforme se indicó en el anterior párrafo 4. Cabe considerar que los requisitos para la conclusión de un acuerdo de arbitraje válido, con arreglo a la Convención de Nueva York, son más estrictos que el requisito enunciado en el artículo 76 del proyecto de instrumento. Ahora bien, cabe observar también que el Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) no ha concluido aún su examen de la relación entre el artículo II de la Convención de Nueva York y lo dispuesto respecto de la forma del acuerdo de arbitraje en algunos otros regímenes.

7. Además, el Grupo de Trabajo II es consciente de la importancia de obrar en aras de facilitar una interpretación más flexible de todo requisito de forma estricto concerniente al acuerdo de arbitraje, a fin de no frustrar las expectativas de las partes al concertar un acuerdo de arbitraje. En su 36º período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002), el Grupo de Trabajo II propuso una versión revisada del artículo 7 de la Ley Modelo, que dice:

"Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se considerará "forma escrita" cualquier forma en que quede constancia [tangible] del acuerdo o en que éste sea accesible [de algún otro modo] como mensaje de datos para su ulterior consulta.

[3) 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.]

4) A fin de evitar dudas, el requisito de la forma escrita, enunciado en el párrafo 2), se considerará cumplido si la cláusula de arbitraje o las condiciones estipuladas para el arbitraje, o cualesquiera reglas de arbitraje a que se refiera el acuerdo de arbitraje, constan por escrito, aunque el contrato o el acuerdo de arbitraje independiente se haya perfeccionado de palabra, o mediante actos u otros indicios no escritos.

5) Además, se considerará que un acuerdo de arbitraje consta por escrito si está consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

6) La remisión hecha en un contrato a un texto que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje, siempre que dicha remisión implique que esa cláusula forma parte del contrato.

[7) A los efectos del artículo 35, las condiciones que se hayan estipulado para el arbitraje por escrito, así como cualquier escrito que contenga tales condiciones o que las incorpore por remisión, constituirán un acuerdo de arbitraje.]"

8. Movido por el mismo deseo de claridad que inspira al requisito de un escrito enunciado en el artículo II 2) de la Convención de Nueva York, así como a las demás exigencias de un escrito formuladas en el texto de dicha Convención, el Grupo de Trabajo II se mostró favorable a que se hiciera referencia a la Convención de Nueva York en el artículo 19 del proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, conforme a lo

recientemente sugerido por el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) (reproducido en el anexo de A/CN.9/571).

9. A fin de dotar de mayor certeza jurídica a la validez del acuerdo de arbitraje y de minimizar los riesgos de que se deniegue la ejecución de un laudo por motivo de la inexistencia o invalidez de un acuerdo de arbitraje, el Grupo de Trabajo III tal vez desee considerar si no sería preferible alinear toda definición del requisito de la forma escrita, que se vaya a dar en el proyecto de instrumento, con los resultados de la labor más reciente del Grupo de Trabajo II. Ahora bien, a fin de no duplicar la regulación de este requisito de forma, con la labor que se lleva a cabo en el marco de la Ley Modelo, que no ha concluido aún, el Grupo de Trabajo III tal vez estime que, para satisfacer los fines de las disposiciones concernientes al arbitraje del proyecto de instrumento, lo más sencillo sería disponer que las partes gozarán de autonomía para optar por el recurso a la vía arbitral (posibilidad que a la luz del derecho interno concerniente al transporte marítimo de mercancías, sería sin duda provechosa), lo que, a su vez, permitiría que se formulara el texto del proyecto de artículo 76 en términos más genéricos.

B. El artículo 77 del proyecto de instrumento, en sus variantes A y B

10. La primera oración del proyecto de artículo 77 dispone que "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 al mismo por remisión". La incorporación por remisión de una cláusula compromisoria o acuerdo de arbitraje ha dado lugar a diversas interpretaciones jurisprudenciales, por lo que convendría definir las condiciones que darán lugar a que una cláusula compromisoria o un acuerdo de arbitraje sea tenido por válido.

11. El párrafo 6) del proyecto de artículo 7 de la Ley Modelo (véase párrafo 8, *supra*, así como el texto actual del artículo 7 de la Ley Modelo) tratan del supuesto de una remisión contractual a un documento que contenga una cláusula compromisoria. La exigencia de que el contrato principal conste por escrito y que "la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato" son fruto de los problemas con que se ha tropezado y de la divergencia observada entre los fallos jurisprudenciales pronunciados sobre esta cuestión en el marco de la Convención de Nueva York. Por ello, a fin de reforzar la certeza y la uniformidad que debe existir en la etapa ejecutoria, el Grupo de Trabajo III tal vez desee tener en cuenta las disposiciones revisadas de la Ley Modelo concernientes a la incorporación por remisión de una cláusula compromisoria (ya sea alineando el proyecto de instrumento con lo dispuesto en la Ley Modelo, conforme sea revisada, o remitiendo simplemente esta cuestión a lo que la Ley Modelo disponga al respecto).

C. El artículo 78 del proyecto de instrumento, en sus variantes A y B

12. El proyecto de artículo 78 propone, en su variante A, una definición del lugar del arbitraje, mientras que la variante B no se pronuncia al respecto.

13. El artículo 20 de la Ley Modelo regula la cuestión del lugar del arbitraje en los siguientes términos:

> "1) Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del

arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos."

14. La tendencia actual en la práctica del arbitraje internacional es la de reconocer la autonomía contractual de las partes para convenir en el lugar del arbitraje; a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral se encargará de determinar el lugar del arbitraje. El lugar del arbitraje tiene indudable relevancia jurídica al ser el factor determinante de la ley aplicable al arbitraje y es uno de los posibles factores por los que se determinará la índole internacional del arbitraje. El lugar del arbitraje es el lugar donde se emitirá el laudo, por lo que será un factor relevante en todo lo concerniente al reconocimiento de todo mandato cautelar o del laudo emitido así como en lo concerniente a su ejecución por vía judicial.

15. El proyecto de artículo 78, en su variante A, limita los lugares donde podrá reunirse el tribunal arbitral para entender de las demandas que le sean presentadas e indica cuáles son esos lugares. Si el Grupo de Trabajo III considera oportuno determinar cuáles son los lugares donde el tribunal podrá entender de las demandas, debe señalarse que el lugar donde se haya de cumplir una proporción importante de las obligaciones estipuladas, o el lugar con el que guarde una relación más estrecha el objeto de la controversia son criterios más usuales que "el lugar donde se haya celebrado el contrato", que es el utilizado en el proyecto de artículo 78 a) ii). Claro está que los motivos para la decisión por la que el Grupo de Trabajo III eliminó el lugar de celebración del contrato, de entre los puntos de conexión utilizables para determinar la competencia o jurisdicción, en el capítulo 15 del proyecto de instrumento (A/CN.9/572, párr. 126), serán probablemente aplicables a la presente disposición del capítulo concerniente al arbitraje.

D. El artículo 79 del proyecto de instrumento, en sus variantes A y B

16. Las variantes A y B del proyecto de artículo 79 disponen que "el árbitro o el tribunal arbitral que entienda de la controversia deberá aplicar el régimen del presente instrumento".

17. En contraste, la Ley Modelo otorga a las partes plena autonomía para determinar el derecho sustantivo aplicable y, a falta de acuerdo, encomienda dicha determinación al tribunal arbitral. El reconocimiento de la autonomía de las partes está plenamente aceptado en el campo del arbitraje internacional.

18. El artículo 79 del proyecto de instrumento, al prescribir la aplicación imperativa del régimen del instrumento, parece contradecir el principio ampliamente reconocido de derecho internacional privado según el cual las partes gozan de autonomía para declarar aplicable la ley de determinado Estado (incluidas sus normas de rango imperativo). El Grupo de Trabajo III tal vez desee examinar la conveniencia de suprimir el proyecto de artículo 79 (dejando la cuestión de la determinación de la ley aplicable al arbitrio de las normas de derecho general aplicables al arbitraje) o alineando el texto del proyecto de instrumento con la

normativa general aplicable al arbitraje y procurando que toda disposición de rango imperativo del proyecto de instrumento sea compatible con los principios generales por los que se rige el arbitraje. El texto cuidadosamente redactado del artículo 28 de la Ley Modelo dice:

> Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio
>
> 1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas del derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.
>
> 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.
>
> 3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.
>
> 4) En todos los casos el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

19. La Ley Modelo, así como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, permiten que el tribunal arbitral decida *ex aequo et bono* o como amigable componedor, con tal de que las partes hayan autorizado expresamente al tribunal a obrar así. En ambos instrumentos se dice que el tribunal arbitral "decidirá en todos los casos con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso".

E. Artículo 80 de la variante A del proyecto de instrumento

20. El proyecto de artículo 80 de la variante A declara imperativa la incorporación de lo dispuesto en los artículos 77 y 78 a todo acuerdo de arbitraje. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las consecuencias de dicha norma para la autonomía contractual de las partes y si no será posible lograr los objetivos del proyecto de instrumento de alguna manera que esté más en consonancia con la autonomía contractual de las partes.

F. Artículo 80 bis de la variante A y artículo 80 de la variante B del proyecto de instrumento

21. El Grupo de Trabajo III tal vez desee considerar si no cabría expresar mejor el principio enunciado en el proyecto de artículo 80 bis de la variante A y en el proyecto de artículo 80 de la variante B, insertando en la versión inglesa del proyecto de artículo 76, las palabras "or that have arisen" (que haya nacido) a continuación de "that may arise" (que pueda nacer).

II. Principios básicos del arbitraje internacional no reflejados en el proyecto de instrumento

22. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar varios principios básicos del arbitraje internacional que no están reflejados en el texto actual del proyecto de instrumento. Cabe también que el Grupo de Trabajo prefiera que el proyecto de instrumento no se pronuncie respecto de dichos principios. Como alternativa cabría introducir una remisión general a la ley aplicable al arbitraje. Claro está que, de obrarse así, no se conseguiría la plena uniformidad del régimen aplicable, en todos sus detalles. Por ello, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si no haría falta emprender algún trabajo adicional en la esfera del arbitraje marítimo a fin de lograr una mayor uniformidad. El Grupo de Trabajo tal vez estime también oportuno alentar a todo Estado que vaya a ratificar el proyecto de instrumento a que considere la procedencia de promulgar, al mismo tiempo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

23. El primero de los mencionados principios básicos es el de la autonomía contractual de las partes, en virtud del cual el régimen legal aplicable al arbitraje define únicamente la normativa supletoria de derecho general eventualmente aplicable, dejando que sean las propias partes las que decidan de común acuerdo cuál ha de ser el reglamento por el que el que habrá de regirse el procedimiento eventualmente entablado, en el marco de toda regla de derecho imperativo que haya sido internacionalmente aceptada. La mayoría de las disposiciones de la Ley Modelo, así como de los regímenes legales modernos aplicables al arbitraje, son de carácter supletorio, por lo que serán aplicables, salvo acuerdo en contrario explícito de las partes.

24. Otro principio que suele estar enunciado en la mayoría de las normas legales destinadas al arbitraje es una regla similar a la del artículo 8 de la Ley Modelo, que se ocupa de la relación entre el foro judicial competente y los tribunales arbitrales, en todo supuesto en el que se presente una demanda ante dicho foro concerniente a un asunto que esté sometido a arbitraje.

25. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar además la labor en curso del Grupo de Trabajo II con respecto al régimen aplicable a las medidas cautelares otorgables por los tribunales arbitrales, así como al reconocimiento y la ejecutoriedad por la vía judicial de toda medida cautelar otorgada por un tribunal arbitral.

26. Por último, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la procedencia de hacer una referencia explícita, en el capítulo 18 del proyecto de instrumento, a la Convención de Nueva York, a fin de conformarse a los requisitos enunciados en dicha Convención y diera lugar al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales en el marco de lo dispuesto en la Convención de Nueva York.

I. Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Observaciones de la Secretaría de la UNCTAD sobre la autonomía contractual, presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 15º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.46) [original: inglés]

El 17 de febrero de 2005, la Secretaría recibió de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo observaciones sobre la cuestión de la autonomía contractual. Estas observaciones, que se distribuyeron oficiosamente durante períodos de sesiones anteriores del Grupo de Trabajo, se reproducen en el Anexo I en la forma en que las recibió la Secretaría.

ANEXO I

OBSERVACIONES DE LA SECRETARÍA DE LA UNCTAD SOBRE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL EN RELACIÓN CON EL PROYECTO DE INSTRUMENTO

Observaciones introductorias

1. El proyecto de instrumento se centra en grado considerable en las cuestiones relacionadas con la responsabilidad, es decir en su reglamentación, que se plantea en lo tocante al transporte de mercancías. Claramente, se pretende que el proyecto de instrumento sea un sucesor moderno de los regímenes internacionales de la responsabilidad vigentes en el ámbito del transporte de mercancías por mar (a saber, las Reglas de La Haya, las Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo). Además, se está partiendo de la hipótesis de trabajo de que el proyecto de instrumento será además aplicable a todo contrato multimodal en el que se prevea un tramo marítimo. Con este trasfondo, parece apropiado recordar algunos de los elementos que, pese a las diferencias entre ellos, comparten todos los regímenes unimodales de la responsabilidad que se aplican al transporte de mercancías por mar, tierra y aire (esto es, las Reglas de La Haya, las Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo, el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, el COTIF/CIM, el Convenio de Varsovia (en su forma enmendada) y el Convenio de Montreal) a saber:

> En primer lugar, **todos los regímenes internacionales en vigor han fijado ciertos límites mínimos de la responsabilidad del porteador o transportista, que son imperativamente aplicables**; es decir, que el régimen sustantivo de la responsabilidad del porteador no podrá ser contractualmente modificado en perjuicio del cargador ni del consignatario.
>
> En segundo lugar, **el carácter imperativo de la aplicación de dichos regímenes se extiende a todo contrato de transporte que no se negocie**

propia o genuinamente entre las partes, sino que se concluyen con arreglo a las cláusulas o condiciones contractuales uniformes del porteador, que figurarán o constarán habitualmente en todo documento o título de transporte que éste expida.

2. El objetivo principal de esta pauta legislativa, que es común a todos los regímenes internacionales de la responsabilidad en vigor, es reducir la posibilidad de abuso en el contexto de los contratos de adhesión, que se utilizan cuando se conciertan contratos entre partes con capacidad o márgenes de negociación desiguales. Al establecer límites mínimos de la responsabilidad, que son aplicables imperativamente y no pueden modificarse contractualmente, los regímenes internacionales de la responsabilidad en vigor procuran amparar a los propietarios de la carga que tengan poca capacidad de negociación, como los pequeños cargadores y todo tercero que sea consignatario de una remesa, contra toda cláusula contractual abusiva que pueda introducir unilateralmente el porteador en las cláusulas o condiciones uniformes de su contrato.

3. Por ello, un rasgo característico de los regímenes internacionales de la responsabilidad en vigor es la restricción de la autonomía contractual, con la intención legal de amparar a la parte más débil contra toda cláusula o condición general uniforme de un contrato.

4. Una cuestión determinante que deberá examinar el Grupo de Trabajo es la de si el proyecto de instrumento debe seguir, y en qué medida, el criterio adoptado en los regímenes internacionales de la responsabilidad en vigor.

5. En este contexto, puede resultar de importancia especial y considerable el tratamiento que se dé en el proyecto de instrumento a los llamados contratos de servicios o a los "acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea" (a los que se alude en el documento de la CNUDMI A/CN.9/WG.III/WP.34, párrs. 19 a 22). Se ha señalado que en algunos ramos entre el 80% y el 90% del transporte por servicio de línea se efectúa en el marco de este último tipo de contrato, y que dada la tendencia cada vez mayor hacia la concentración en el sector del transporte marítimo por servicio de línea y la tendencia a formar alianzas en el sector mundial de los transitarios de carga, resulta previsible que el recurso a este tipo de contrato sea cada vez más frecuente en todo el mundo. En consecuencia, cualquier decisión sobre el régimen aplicable a dichos contratos podrá afectar también a las deliberaciones sobre las disposiciones sustantivas en materia de responsabilidad.

6. Con este trasfondo, se formulan las observaciones siguientes para facilitar el debate.

I. Carácter no imperativo del régimen del instrumento respecto de los contratos de servicios/acuerdos de transporte marítimo por servicio de línea (OLSA)

7. Se ha sugerido, en la presentación que se hizo del acuerdo de transporte marítimo por servicio de línea (OLSA) en el documento WP.34, que dichos acuerdos no deben excluirse totalmente del ámbito de aplicación del proyecto de instrumento, pero que su régimen no debe serles imperativamente aplicable. Ello significaría que

cuando se transporte carga en el marco de un contrato de servicios, **el régimen de la responsabilidad del proyecto de instrumento será aplicable con carácter supletorio, pero que cabrá excluir, o incluso modificar, por vía contractual la totalidad o algunas de sus disposiciones**. Al evaluar las posibles consecuencias de esta solución, se debería prestar atención a los supuestos siguientes.

a) Contratos de servicios en los que sean partes grandes cargadores

8. A todas luces, en relación con los contratos de transporte celebrados entre partes cuya capacidad de negociación es relativamente igual, este criterio no suscita inquietudes de orden público. Los grandes cargadores están en pie de igualdad con los grandes porteadores para defender adecuadamente sus intereses en las negociaciones contractuales. Con frecuencia, los grandes cargadores son a su vez porteadores, es decir, transitarios de carga, que no son navieros pero que han celebrado contratos con cargadores pequeños para transportar la carga de puerta a puerta. Por ello, un transitario puede actuar a la vez como porteador (respecto del cargador pequeño) y como cargador (respecto de cada transportista o porteador unimodal, como pudiera ser un porteador marítimo).

9. Sin embargo, se debe señalar que si el régimen del instrumento fuera a ser supletoriamente, aun cuando no imperativamente, aplicable toda parte contratante que conozca mejor la totalidad de dicho régimen se encontrará en situación ventajosa. Más aún, si, como se propone, se deja a las partes la autonomía de excluir o modificar selectivamente algunas de sus disposiciones en lugar del régimen en su totalidad. A menos que ambas partes contratantes presten la debida atención a todas las disposiciones del régimen del instrumento, eventualmente aplicables a su contrato tal como hayan sido modificadas o excluidas o complementadas por vía contractual, una o la otra parte contratante podrá verse "supletoriamente" en la situación de haber aceptado condiciones posiblemente desfavorables. Desde una perspectiva más general, es de temer que, a largo plazo, no se materialicen, para las partes en estas operaciones comerciales, las ventajas que cabría esperar de un régimen de la responsabilidad internacionalmente uniforme y predecible.

10. En todo caso, no hace falta proteger, mediante normas de rango imperativo, a partes comerciales que gozan de igual capacidad negociadora, siempre que todo tercero que adquiera derechos o contraiga obligaciones a resultas de estos contratos esté debidamente amparado, gracias a la aplicación imperativa, en lo que a él le concierna, del régimen de la responsabilidad.

b) Contratos de servicios en los que sean partes pequeños cargadores

11. La situación es muy diferente si se celebra un contrato entre partes con una capacidad negociadora manifiestamente desigual. Es en este último contexto en el que **cabe temer que se recurra al contrato de servicios como subterfugio para eludir normas de rango imperativo, que serían, por lo demás, aplicables a la responsabilidad de alguna de las partes.**

12. La práctica actual indica que los contratos de servicios, cuyo monto asciende a más del 80% del transporte por servicios de línea en algunos ramos, se utilizan no solo entre grandes cargadores y porteadores, sino también para el transporte de cantidades muy pequeñas, por ejemplo de entre 10 y 20 unidades equivalentes a 20 pies (TEU), o incluso de una única unidad TEU. Está claro que en este contexto

las partes contratantes no gozan de igual capacidad negociadora. No es posible que un contrato entre el cargador de dos contenedores -o de 25 contenedores- y una de las 25 principales navieras transoceánicas, que controlan prácticamente el 80% de la capacidad mundial de transporte, evaluada en la denominada unidad TEU (Fuente: Dyna Liners, 06/2004, 6.2.2004), se celebre sobre la base de condiciones negociadas individualmente para dichas remesas. Lo probable es que se incorporen al contrato de servicios las cláusulas contractuales uniformes del porteador, que figurarán igualmente, o a las que se hará remisión, en los documentos de transporte, como pudiera ser el conocimiento de embarque o la carta de porte marítimo.

13. En este contexto se debe recordar que la usanza actual sirve únicamente para indicar algunas tendencias, pero que el curso futuro del comercio mundial podrá depender en la práctica del grado en que el proyecto de instrumento constituya o no una salvaguardia contra el abuso de la "autonomía contractual" por partes que estén negociando desde una posición ventajosa.

14. Si el régimen del proyecto de instrumento exime a los contratos de servicios del ámbito de aplicación imperativa de su régimen de la responsabilidad, sin que se establezca ninguna salvaguardia para amparar eficazmente a los pequeños cargadores contra toda cláusula contractual abusiva, es posible que en el futuro la mayor parte del transporte internacional por servicio de línea se realice con arreglo a las cláusulas o condiciones generales uniformes del porteador, que habrán sido incorporadas a su contrato uniforme de servicios, sin estar sujetas a las normas mínimas de rango imperativo que rigen legalmente la responsabilidad.

15. La definición provisional de los rasgos característicos de los acuerdos OLSA, que figuran en el documento WP.34, no garantizan en la actualidad que la aceptación no genuinamente negociada de un acuerdo OLSA no se preste a ser utilizada como dispositivo contractual para eludir la aplicación de ciertas normas imperativas de la responsabilidad, que serían por lo demás, aplicables, lo que resultaría en detrimento del pequeño cargador.

II. Relación entre el régimen sustantivo de la responsabilidad y su ámbito de aplicación

16. Como se señaló al comienzo, al establecer límites obligatorios mínimos de la responsabilidad, los regímenes de la responsabilidad en vigor están tratando de amparar a los cargadores cuya posición negociadora sea desventajosa, es decir, a los cargadores pequeños y a todo tercero consignatario, contra toda condición abusiva que pueda introducir unilateralmente el porteador en sus cláusulas o condiciones contractuales uniformes. Parece existir acuerdo general en el sentido de que este criterio conserva toda su validez frente a los denominados contratos de adhesión, es decir los concluidos con arreglo a las cláusulas o condiciones generales uniformes del porteador consignados en un documento o título de transporte (o en su equivalente electrónico).

17. Al mismo tiempo, parece evidente, a la luz de la formulación del régimen sustantivo de la responsabilidad, que estas consideraciones se han tenido menos en cuenta que en los regímenes actualmente en vigor. En lugar de orientarse principalmente a proteger a los cargadores y a los terceros consignatarios, el

proyecto de instrumento parte del supuesto de que las condiciones del mercado han cambiado con los años, y parece inclinarse hacia un régimen sustantivo de la responsabilidad que regule la relación entre los cargadores y los porteadores como negociadores que se encuentran en pie de igualdad. En el marco del presente proyecto, las partes podrán, por ejemplo, acordar que el cargador es responsable de algunas de las funciones del porteador (párrafo 2) del artículo 11)) y/o que con respecto a algunos aspectos del transporte el porteador actúa únicamente como agente transitario de carga (artículo 9). En igual sentido, se ha propuesto que las obligaciones del cargador, que se han ampliado y detallado notablemente respecto de los regímenes actuales de la responsabilidad marítima, sean de carácter imperativo.

18. Sin embargo, es importante señalar que si bien el contenido sustantivo del proyecto de instrumento está pensado, en gran medida, en función de unas partes contratantes cuya capacidad negociadora sea equiparable, los contratos negociados individualmente por tales partes, según cuál sea el resultado de las deliberaciones relativas a la autonomía contractual y al ámbito de aplicación, del nuevo régimen, tal vez no se rijan por el proyecto de instrumento.

19. Las cuestiones relativas al ámbito de aplicación y al fondo están interrelacionadas y por ello deben analizarse en función del contexto. Si se negocian caso por caso, los contratos quedan excluidos del proyecto de instrumento o se sustraen a su potestad imperativa, por lo que el régimen sustantivo de la responsabilidad será aplicable imperativamente tan solo a los denominados contratos de adhesión. Sin embargo, con respecto a estos contratos, no hay margen para adoptar un enfoque que proteja menos a los cargadores y a los terceros consignatarios que los regímenes existentes de la responsabilidad marítima.

20. Por ello, habida cuenta de lo dicho en los debates sobre el alcance imperativo de la aplicación del proyecto de instrumento, tal vez se deba volver a examinar el contenido sustantivo de las disposiciones en materia de responsabilidad.

J. Nota de la Secretaría sobre la preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías: Revisiones propuestas de las disposiciones concernientes al comercio electrónico, presentado al Grupo de Trabajo sobre el Derecho del Transporte en su 15º período de sesiones

(A/CN.9/WG.III/WP.47) [original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
	Introducción	1-2
I.	Capítulo 1: Disposiciones legales	3
	Definiciones (proyecto de artículo 1)	3
II.	Capítulo 2: Comunicación electrónica	4-7
	Proyecto de artículo 3	4
	Proyecto de artículo 4	5
	Proyecto de artículo 5	6
	Proyecto de artículo 6	7
III.	Capítulo 8: Títulos de transporte y documentos electrónicos	8-9
	Emisión de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte (proyecto de artículo 33)	8
	Firma (proyecto de artículo 35)	9
IV.	Capítulo 11: Derecho de control	10
	Proyecto de artículo 54	10
V.	Capítulo 12: Transferencia de derechos	11
	Proyecto de artículo 59	11
	Proyecto de artículo 61 bis	12

Introducción

1. Durante su 14º período de sesiones, se observó en el Grupo de Trabajo III que, dado que el proyecto de instrumento y el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (anexo del documento A/CN.9/577) abordaban temas complementarios y de interés mutuo, la labor del Grupo de Trabajo III sobre dichas cuestiones se vería facilitada si se celebraba, entre períodos de sesiones, una reunión oficiosa de expertos en

derecho del transporte y en derecho del comercio electrónico. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con dicha sugerencia (A/CN.9/572, párrafo 162). Esta reunión pericial conjunta, de carácter oficioso, del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) y del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) tuvo lugar en Londres el 23 de febrero de 2005 y en ella se examinaron las disposiciones del proyecto de instrumento concernientes al comercio electrónico. A raíz de esas deliberaciones, y habida cuenta del tiempo transcurrido y de los cambios introducidos en la versión original del proyecto de instrumento, los expertos sugirieron una versión revisada de aquellos artículos del proyecto de instrumento que regularan cuestiones concernientes al comercio electrónico, que es la que se presenta a continuación, en las secciones I a V, para que sea examinada por el Grupo de Trabajo.

2. En la reunión pericial conjunta sobre derecho del transporte y derecho del comercio electrónico se insistió en la complementariedad del enfoque adoptado respecto del comercio electrónico en el proyecto de instrumento y en el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (anexo A/CN.9/577) y se concluyó que el enfoque adoptado por el nuevo instrumento no suponía obstáculo alguno que dificultara la observancia del régimen preconizado por la futura convención sobre comercio electrónico. Se observó además que, si bien el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales había excluido al conocimiento de embarque del ámbito de aplicación de su propio régimen, a tenor del párrafo 2 del proyecto de artículo 2, dicho régimen sería, no obstante, aplicable a toda comunicación electrónica concerniente al conocimiento de embarque.

I. Capítulo 1: Disposiciones legales

A. Definiciones (proyecto de artículo 1)

3. La reunión pericial de expertos examinó el proyecto de artículo 1 del futuro instrumento conforme figura en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32[1]. A raíz de las deliberaciones, se sugirió la siguiente versión revisada provisional de los apartados f), o), p), q) y r) del proyecto de artículo 1:

"Artículo 1. Definiciones

A los efectos del presente instrumento:

[...]

f) Por "tenedor" se entenderá

i) toda persona que de momento esté en posesión de un título de transporte negociable y

[1] Para facilitar su consulta, los proyectos de artículo del futuro instrumento serán designados siguiendo la numeración del texto revisado del proyecto de instrumento que figura en A/CN.9/WG.III/WP.32. Dichos artículos serán renumerados al finalizar la segunda lectura del proyecto de instrumento, que será el momento en que la Secretaría preparará un nuevo texto consolidado del proyecto de instrumento.

a) caso de que el documento sea un título a la orden, esa persona sea identificada en dicho título como el cargador o el consignatario, o sea la persona a la que el título haya sido debidamente endosado, o

b) caso de que el documento sea un título a la orden endosado en blanco o un título al portador, esa persona sea su portador; o

ii) el cargador, el consignatario, o la persona a la que se haya transferido un documento electrónico de transporte[2, 3] negociable y que goce del control[4] exclusivo de dicho documento.

o) Por "documento electrónico de transporte[5]" se entenderá la información consignada en uno o más mensajes emitidos por vía electrónica, con arreglo a un contrato de transporte, por un porteador o una parte ejecutante que

i) deje constancia de que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte, o

ii) deje constancia de un contrato de transporte o lo contenga,

o una y otra cosa.

Contiene información que guarde alguna relación lógica con el documento electrónico de transporte[6] por haber sido adjuntado o vinculado de alguna otra forma a dicho documento electrónico de transporte[7] simultáneamente a su emisión por el porteador o por una parte ejecutante, o a raíz de su emisión, de forma que ha pasado a ser parte de un documento electrónico de transporte[8, 9].

p) Por "documento electrónico de transporte[10] negociable" se entenderá todo documento de transporte[11] electrónico

---

[2] Véase nota 5.

[3] Véase nota 5.

[4] La reunión pericial conjunta sugirió que si bien en el texto del apartado f) del proyecto de artículo 1 de A/CN.9/WG.III/WP.32 figuraban como variantes "[acceso a]" y "[control de]" existía un firme consenso de que se utilizara el término "control" por ser el equivalente electrónico del término "posesión". Se sugirió que al repetirse la expresión "control del documento electrónico de transporte negociable" el alcance de dicho término quedaría lo bastante claro.

[5] La reunión pericial conjunta sugirió que se insertara el término calificativo "de transporte" a continuación del término "electrónico" para evitar confusiones con el término más genérico "documento electrónico", que era ya frecuentemente utilizado en el derecho interno de varios países.

[6] Véase nota 5.

[7] Véase nota 5.

[8] Véase nota 5.

[9] La reunión pericial conjunta sugirió la inserción de los textos "que guarde alguna relación lógica con el documento electrónico de transporte" y "de forma que haya pasado a ser parte de un documento electrónico de transporte" para aclarar que la intención del texto en su conjunto era englobar a todo posible supuesto de información, que guardara alguna relación lógica con el documento electrónico, por haber sido adjuntado o vinculado de alguna otra forma a dicho documento, y que pasara así a ser parte del documento electrónico.

[10] Véase nota 5.

[11] Véase nota 5.

i) que dé a conocer, mediante indicaciones como “a la orden” o “negociable”, o mediante cualquier otra indicación apropiada[12] a la que se reconozca 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 declarado explícitamente documento “no negociable”, y

ii) cuyo empleo cumpla con los requisitos enunciados en el artículo 6 1)[13].

q) Por “documento electrónico de transporte[14] no negociable” se entenderá un documento electrónico de transporte[15] que no cumpla con los requisitos de un documento electrónico de transporte[16] negociable.

r) Por “datos del contrato” se entenderá la información referente al contrato de transporte o a las mercancías (es decir, toda cláusula, anotación, firma o endoso) que esté consignada[17] en un título de transporte o en un documento electrónico de transporte[18].”

II. Capítulo 2: Comunicación electrónica

A. Proyecto de artículo 3

4. La reunión pericial conjunta examinó el texto del artículo 3 del proyecto de instrumento, conforme aparecen en A/CN.9/WG.III/WP.32. Se observó que si bien estaba claro que el régimen del nuevo instrumento creaba un equivalente electrónico del conocimiento de embarque, es decir un documento electrónico de transporte con la misma validez jurídica que un conocimiento de embarque consignado sobre papel, a la luz de la experiencia de los expertos en comercio electrónico, se estimó que sería preferible para dotar a dicho documento de mayor seguridad jurídica el enunciar expresamente el principio de la equivalencia funcional de ese nuevo documento. Se añadió por ello el proyecto de artículo 3 b). Se observó, además, que el principio del consentimiento implícito requerido para el empleo de la vía electrónica estaba también enunciado en el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

---

[12] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se necesita el término “apropiada” a la luz de la frase “a la que se reconozca el mismo efecto”. Tal vez proceda alinear el lenguaje utilizado en el artículo 1 1) con lo que el Grupo de Trabajo decida a este respecto.

[13] La reunión pericial conjunta que debido a que se había sugerido añadir un párrafo 2 al proyecto de artículo 6, la remisión a dicho artículo que se hiciera en el inciso ii) del apartado p) debería hacerse únicamente al párrafo 1 del artículo 6. Se sugirió además que todo requisito sustantivo fuera incorporado a la versión revisada del artículo 6, de forma que no fuera necesario repetirlo en el inciso ii) del apartado p) del artículo 1.

[14] Véase nota 5.

[15] Véase nota 5.

[16] Véase nota 5.

[17] La reunión pericial conjunta sugirió evitar malentendidos sustituyendo la palabra “figura” por “esté consignada”.

[18] Véase nota 5.

(anexo a A/CN.9/577, párrafo 8 2)). Tras deliberar al respecto, se sugirió la siguiente reformulación provisional del artículo:

"Artículo 3

A reserva de los requisitos enunciados en la presente convención,

a) todo lo que figure o esté consignado en un título de transporte emitido con arreglo a lo previsto en el presente instrumento podrá ser archivado o comunicado por vía electrónica[19] en vez de por medio de un título de transporte, siempre que la emisión y subsiguiente utilización de un documento electrónico de transporte[20] se haga con el consentimiento explícito o implícito del porteador y del cargador; y

b) la emisión, el control, o la transferencia de un documento electrónico de transporte[21] surtirá el mismo efecto que la emisión, la posesión o la transferencia de un título de transporte."

B. Proyecto de artículo 4

5. La reunión pericial conjunta examinó el artículo 4 del proyecto de instrumento, conforme aparece en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32, y sugirió la siguiente reformulación provisional de su texto:

"Artículo 4

1. Si se ha emitido un título de transporte negociable y el porteador y el tenedor acuerdan sustituirlo por un documento electrónico de transporte[22] negociable:

a) el tenedor deberá devolver el título de transporte negociable, o todos los títulos si se emitió más de uno, al porteador; y

b) el porteador emitirá a dicho tenedor un documento electrónico de transporte negociable, en donde se declare que el documento así emitido sustituye al título de transporte negociable,

a raíz de lo cual el título de transporte negociable perderá toda validez o dejará de surtir efecto.

2. Si se ha emitido un documento electrónico de transporte[23] negociable y el porteador y el tenedor convienen en reemplazarlo por un título de transporte negociable:

a) el porteador emitirá a dicho tenedor un título de transporte negociable en donde se declare que el título así emitido sustituye al documento electrónico de transporte[24, 25] negociable; y

---

[19] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procede utilizar la palabra "vía" en vez de "comunicación" para poner en claro que el artículo se refiere al acto de comunicarse por vía electrónica y no a ninguna comunicación en particular.

[20] Véase nota 5.

[21] Véase nota 5.

[22] Véase nota 5.

[23] Véase nota 5.

b) a raíz de dicha sustitución, el documento electrónico de transporte[26] perderá toda validez o dejará de surtir efecto."

C. Proyecto de artículo 5

6. La reunión pericial conjunta examinó el artículo 5 del proyecto de instrumento, conforme aparece en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32. Se observó que la finalidad de esta disposición es la de evitar que se recurra a las comunicaciones verbales en los supuestos enumerados y permitir que se recurra a la vía electrónica, previo consentimiento de los interesados. Se observó además que, en algunos países, el término "escrito" englobaba a la vez a la vía electrónica y a las comunicaciones escritas, por lo que se sugirió que el lenguaje utilizado en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32 podría resultar confuso en dichos países. Por consiguiente, se sugirió que la intención de dicha disposición sería mejor entendida, en todas partes, si se reformulaba ligeramente su texto, en términos como los siguientes:

"Artículo 5

Las notificaciones y la confirmación que se mencionan en los artículos 20 1), 20 2), 20 3), 34 1) b) y c), 47, 51, [61 bis 2),][27] así como la declaración de que se habla en el artículo 68 y el acuerdo concerniente al peso en el artículo 37 1) c), deberán hacerse por escrito. Cabrá utilizar la vía electrónica para dicho fin, con tal de que el recurso a dicha vía de comunicación se haga con el consentimiento explícito o implícito del autor de la comunicación y del destinatario de la misma."

D. Proyecto de artículo 6

7. La reunión pericial de expertos examinó el artículo 6 del proyecto de instrumento que aparece en A/CN.9/WG.III/WP.32. Se sugirió reformular el proyecto de artículo 6, a fin de aclarar su texto en términos como los siguientes:

"Artículo 6

1. La utilización de un documento electrónico de transporte[28] negociable estará[29] supeditada a ciertos procedimientos[30] o trámites que prevean:

---

[24] Véase nota 5.

[25] Véase nota 5.

[26] Véase nota 5.

[27] El Grupo de Trabajo tal vez desee insertar una referencia al proyecto de artículo 61 bis 2), a reserva del resultado de sus deliberaciones sobre dicho artículo.

[28] Véase nota 5.

[29] Se estimó que la expresión "disposiciones adecuadas", del proyecto de artículo 6 en A/CN.9/WG.III/WP.32 podría dar lugar a incertidumbre. Se sugirió que el texto del artículo 6 enunciara, en lugar, el menor número de requisitos posibles para que dicho documento estuviera regulado por el proyecto de instrumento.

[30] Se sustituyó el término "reglas", utilizado en A/CN.9/WG.III/WP.32, por "procedimientos", a fin de no tener que definir reglas demasiado precisas que se prestaran a ser soslayadas por toda parte interesada.

a) el empleo de un método que permita efectuar el traslado exclusivo de ese documento[31] al tenedor designado;

b) la seguridad de que el documento electrónico de transporte[32] negociable emitido mantendrá su integridad;

c) la manera por la que el tenedor del documento electrónico podrá demostrar su condición de tal; y

d) la manera por la que se confirmará que se ha efectuado la entrega al consignatario; o de que, conforme a lo previsto en los artículos 4 2) o 49 a) ii), el documento electrónico de transporte[33] negociable ha perdido toda validez o ha dejado de surtir efecto.

2. Los procedimientos exigibles a tenor del párrafo 1 deberán ser enunciados entre los datos del contrato y deberán ser fáciles de verificar[34].”

III. Capítulo 8: Títulos de transporte y documentos electrónicos

A. Emisión de un título de transporte o de un documento electrónico de transporte (proyecto de artículo 33)

8. La reunión pericial conjunta examinó el artículo 33 del proyecto de instrumento, conforme aparece en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32. Tras deliberar al respecto, se sugirió la siguiente reformulación provisional de su texto:

“Artículo 33. Emisión del título de transporte o del documento electrónico de transporte[35]

---

[31] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si sería oportuno insertar en este lugar el texto “o de los derechos conferidos por ese documento o incorporados al mismo”, habida cuenta de las inquietudes de que el proyecto de disposición, al ser leído junto con la definición de “documento electrónico de transporte” del proyecto de artículo 1 o) y de “documento electrónico de transporte negociable” del proyecto de artículo 1 p) pudiera suponer que se habría de emplear una tecnología que permita “transmitir” el documento electrónico a lo largo de la cadena de negociación. Se ha sugerido que esa interpretación pudiera no otorgar el mismo reconocimiento jurídico a toda vía de negociación o tramitación que no previera esa transmisión, como sucedería en todo sistema basado en la inscripción registral, donde el derecho haya de ser transferido por un intercambio de comunicaciones entre los interesados y el registro, por ejemplo, mediante la entrega por una de las partes de algún documento o señal a la otra. El Grupo de Trabajo tal vez desee también considerar dejar el texto del proyecto de artículo 6, en su forma actual, pero incluyendo alguna aclaración en una nota explicativa o en un comentario que se adjuntaría al proyecto de instrumento.

[32] Véase nota 5.

[33] Véase nota 5.

[34] Se ha utilizado la expresión “fáciles de verificar” para indicar, sin entrar en detalle, que todo procedimiento requerido deberá ser fácilmente accesible a toda parte que tenga un interés legítimo en conocerlo, con anterioridad a concertar algún compromiso jurídico cuya validez dependa del documento electrónico de transporte negociable. Se observó además que el sistema previsto funcionaría de forma parecida al régimen actualmente previsto para la accesibilidad de las cláusulas o condiciones de un conocimiento de embarque. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de enunciar toda indicación pertinente al respecto en alguna nota o comentario que se adjuntaría al proyecto de instrumento.

Al entregar las mercancías al porteador o a la parte ejecutante:

a) el consignador tendrá derecho a obtener el título de transporte o, si el porteador accede a ello, un documento electrónico de transporte[36] que deje constancia de que el porteador o la parte ejecutante ha recibido las mercancías;

b) el cargador, si éste se lo indica al porteador, la persona mencionada en el artículo 31, tendrá derecho a obtener del porteador un título de transporte negociable apropiado, a menos que el cargador y el porteador hayan convenido, expresa o implícitamente, en no utilizar un título de transporte negociable, o salvo que la costumbre, el uso o la práctica del ramo comercial interesado sea de no utilizarlo. Si, con arreglo al artículo 3, el porteador y el cargador han convenido en utilizar un documento electrónico de transporte[37], el cargador tendrá derecho a obtener del porteador un documento electrónico de transporte[38] negociable, salvo que uno y otro hayan convenido en no utilizar un documento electrónico de transporte[39] negociable o salvo que la costumbre, el uso o la práctica del ramo comercial interesado sea de no utilizarlo."

B. Firma (proyecto de artículo 35)

9. La reunión pericial conjunta examinó el artículo 35 del proyecto de instrumento, conforme aparece en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32. Tras deliberar al respecto, se sugirió el siguiente texto reformulado provisional:

"Artículo 35. Firma

1. Todo título de transporte deberá estar firmado por el porteador o por una persona que éste haya autorizado a tal efecto.

2. Todo documento electrónico de transporte[40] deberá llevar[41] 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 de transporte[42] o que estén asociados lógicamente, de alguna otra manera, a dicho documento, y que sirva para identificar al signatario en el marco del documento electrónico de transporte[43] y para indicar que el porteador aprueba el documento electrónico de transporte[44]."

---

35 Véase nota 5.
36 Véase nota 5.
37 Véase nota 5.
38 Véase nota 5.
39 Véase nota 5.
40 Véase nota 5.
41 La reunión pericial conjunta observó que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas (2001) había evitado el término "autenticar" en lo concerniente a la firma por estimar que suscitaba la cuestión de quién estaba facultado para autenticar la firma. Para evitar ese problema se sugirió sustituir las palabras "estará autenticado por" por "deberá llevar".
42 Véase nota 5.
43 Véase nota 5.
44 Véase nota 5.

IV. Capítulo 11: Derecho de control

A. Proyecto de artículo 54

10. La reunión pericial conjunta consideró los aspectos concernientes al comercio electrónico del artículo 54 del proyecto de instrumento, conforme aparece en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32. Tras deliberar al respecto, se sugirió la siguiente reformulación provisional del texto del artículo:

"Artículo 54

1. Cuando no se haya emitido título de transporte negociable alguno ni ningún documento electrónico de transporte[45] negociable, serán aplicables las reglas siguientes:

a) 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].

b) La parte controladora estará facultada para transferir el derecho de control a alguna otra persona, a raíz de lo cual el cedente perderá su derecho de control. El cedente [o el cesionario] dará aviso al porteador de dicha cesión.

c) Siempre que la parte controladora vaya a ejercer su derecho de control de conformidad con el artículo 53, deberá presentar algún medio de identificación adecuado.

[d) 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.]

2. Siempre que se emita un título de transporte negociable, serán aplicables las reglas siguientes:

a) El tenedor 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) 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, a raíz de lo cual el cedente 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) 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

---

[45] Véase nota 5.

todos los originales [, salvo aquellos que el porteador, obrando en nombre de la persona que vaya a ejercer el derecho de control, tenga ya en su poder], en ausencia de lo cual no podrá ejercerse el derecho de control.

d) Toda orden que el tenedor dé, conforme a lo previsto en el artículo 53 b), c) y d) deberá ser consignada en el título de transporte negociable, al pasar dicha orden a ser ejecutable con arreglo a lo dispuesto en el artículo 55.

3. Siempre que se emita un documento electrónico de transporte[46] negociable:

a) El tenedor será la única parte controladora y estará facultado para transferir el derecho de control a alguna otra persona, transfiriendo[47] el documento electrónico de transporte[48] negociable, observando todo procedimiento[49] prescrito al respecto conforme a lo dispuesto en el artículo 6, a raíz de cuya cesión, el cedente perderá su derecho de control.

b) 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 todo procedimiento[50] exigible al respecto a tenor del artículo 6.

c) Toda orden dada por el tenedor, conforme a lo previsto en el artículo 53 b), c) y d), deberá ser consignada en el documento electrónico de transporte[51] al pasar dicha orden a ser ejecutable con arreglo a lo dispuesto en el artículo 55.

4. Pese a lo dispuesto en el artículo 62, toda persona que, sin ser el cargador o la persona mencionada en el artículo 31, 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."

---

[46] Véase nota 5.

[47] La reunión pericial conjunta observó que se utilizaba el término "transferir" en su sentido técnico estricto, a lo largo de todo el proyecto de instrumento, por lo que sugirió que se utilizara, en sustitución del verbo "traspasar" ("*passing*"), en este lugar y en otras disposiciones análogas del proyecto de instrumento.

[48] Véase nota 5.

[49] En consonancia con lo sugerido respecto del proyecto de artículo 6, se sugiere sustituir las palabras "reglas de procedimiento" por "procedimiento". El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de que se haga remisión al proyecto del párrafo 6 1), en vez de al proyecto de artículo 6, a fin de utilizar el mismo lenguaje que en el proyecto de artículo 1 p) ii) (véase nota 13 *supra*).

[50] Véase nota 49.

[51] Véase nota 5.

V. Capítulo 12: Transferencia de derechos

A. Proyecto de artículo 59

11. La reunión pericial conjunta examinó los aspectos concernientes al comercio electrónico del artículo 59 del proyecto de instrumento, conforme aparece en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32. Tras deliberar al respecto se sugirió la siguiente reformulación provisional de su texto:

"Artículo 59

1. De emitirse un título de transporte negociable, su tenedor estará facultado para transferir todo derecho incorporado a dicho título, transfiriéndolo[52] a otra persona,

a) debidamente endosado a la misma o en blanco, si es un título a la orden, o,

b) sin endoso alguno, si es un título al portador o un título endosado en blanco, o también,

c) 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.

2. De emitirse un documento electrónico de transporte[53] 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 la orden de determinada persona, transfiriendo[54] dicho documento de conformidad con todo procedimiento[55] prescrito al respecto a tenor del artículo 6."

B. Proyecto de artículo 61 bis

12. La reunión pericial conjunta examinó los aspectos concernientes al comercio electrónico de los artículos 61 y 62 del proyecto de instrumento, conforme aparecen en el documento A/CN.9/WG.III/WP.32, y la variante sugerida en la nota 207 de ese mismo documento. Esa variante, numerada como artículo 61 bis, ofrecía un texto que la reunión pericial conjunta estimó más claro y, por ende, preferible al de los artículos 61 y 62. Tras deliberar al respecto se sugirió la siguiente reformulación provisional del texto del artículo 61 bis:

"Artículo 61 bis

1. De no haberse emitido título de transporte negociable alguno ni documento electrónico de transporte[56] negociable alguno, la transferencia de los derechos nacidos de un contrato de transporte, se regirá por la ley que sea

---

[52] Véase nota 47.
[53] Véase nota 5.
[54] Véase nota 47.
[55] Véase nota 49.
[56] Véase nota 5.

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 bien la transferibilidad de los derechos que se vayan a transferir se regirá por la ley aplicable al contrato de transporte.]

2. Cualquiera que sea la ley que sea declarada aplicable, con arreglo al párrafo 1, toda transferencia de derechos podrá efectuarse por vía electrónica. En todo supuesto, la transferencia deberá ser notificada al porteador por el cedente o, si lo autoriza la ley que sea por lo demás aplicable, por el cesionario[57].

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."

---

[57] Se observó en la reunión pericial conjunta que si bien la notificación de la transferencia por el autor de la misma era una regla habitual, el derecho interno de algunos países exigía que el beneficiario de la transferencia efectuara la notificación. Se sugirió, por ello, sustituir el texto "ya sea por cedente o por el cesionario" por la frase "por el cedente o, si lo autoriza la ley que sea por lo demás aplicable, por el cesionario", a fin de imponer la carga de la notificación al cedente del derecho transferido pero dejando abierta la posibilidad de que la notificación la hiciera el cesionario, en aquellos lugares en donde estuviera autorizado para hacerlo.

V. GARANTÍAS REALES

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor de su sexto período de sesiones (Viena, 27 de septiembre a 1 de octubre de 2004)

(A/CN.9/570) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1
II.	Organización del período de sesiones	2-7
III.	Deliberaciones y decisiones	8
IV.	Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	9-102
	Capítulo III. Prácticas básicas en materia de garantías reales (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párrafos 53 a 62)	9-10
	Capítulo VII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4, párrafos 46 a 60, y A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recomendaciones 55 a 57)	11-13
	Capítulo XI. Cuestiones de transición (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8, párrafos 15 a 22, y A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recomendaciones 86 a 93)	14-18
	Capítulos I y II. Introducción y objetivos clave (A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párrafos 1 a 40, y A/CN.9/WG.VI/WP.13, recomendaciones 1 a 5)	19-37
	Capítulo IV. Constitución de garantías reales (A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, párrafos 1 a 65, y A/CN.9/WG.VI/WP.13, recomendaciones 6 a 13)	38-51
	Capítulo VIII. Incumplimiento y vía ejecutoria (A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.2, párrafos 1 a 33, y A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recomendaciones 58 a 72)	52-72
	Capítulo X. Conflicto de leyes (A/CN.9/WG.VI/WP.14, Add.4, párrafos 1 a 32, y A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recomendaciones 73 a 85)	73-85
	Capítulo V. Validez frente a terceros (A/CN.9/WG.VI/WP.14, párrafos 1 a 75, y A/CN.9/WG.VI/WP.13, recomendaciones 14 a 32)	86-102
V.	Informe del grupo de redacción	103
VI.	Labor futura	104

I. Introducción

1. En su sexto período de sesiones el Grupo de Trabajo VI siguió preparando una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, en cumplimiento de una decisión adoptada por la Comisión en su 34º período de sesiones, celebrado en 2001[1]. La Comisión decidió emprender la labor sobre el régimen de los créditos garantizados en respuesta a la necesidad de contar con un régimen jurídico eficiente que eliminara los obstáculos jurídicos que existían y pudiera, de esa forma, repercutir favorablemente en el acceso al crédito y en su costo[2].

II. Organización del período de sesiones

2. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su sexto período de sesiones en Viena del 27 de septiembre al 1º de octubre de 2004. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Colombia, Croacia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Líbano, Lituania, Marruecos, México, Nigeria, Paraguay, Polonia, República Checa, República de Corea, Rwanda, Suecia, Tailandia, Túnez, Turquía y Venezuela (República Bolivariana de).

3. Asistieron también observadores de los siguientes Estados: Antigua y Barbuda, Bolivia, Eslovaquia, Filipinas, Hungría, Indonesia, Irlanda, Perú, Senegal, Somalia, Ucrania y Yemen.

4. Asistieron, además, observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

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

b) Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: American Bar Association (*ABA*), Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, *Commercial Finance Association* (*CFA*), Federación Europea de Asociaciones Nacionales de Factoring (EUROPAFACTORING), Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL International), Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN), Instituto de Derecho Internacional (IDI), Instituto Max-Planck de

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3) párrafo 358. Los antecedentes del proyecto figuran en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.12, párrafos 6 a 16. Los informes de los períodos de sesiones primero a quinto del Grupo de Trabajo figuran en los documentos A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543 y A/CN.9/549. Los informes de los períodos de sesiones primero y segundo de los Grupos de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) figuran en los documentos A/CN.9/535 y A/CN.9/550. El examen que hizo la Comisión de esos informes se recoge en los documentos A/57/17 (párrafos 202 a 204), A/58/17 (párrafos 217 a 222) y A/59/17 (párrafos 75 a 78).

[2] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/55/17), párrafo 455, y *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párrafo 347.

Derecho Extranjero y Derecho Internacional Privado e *International Insolvency Institute* (*III*).

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

Presidenta: Sra. Kathryn SABO (Canadá)

Relator: Sr. Madhukar Rangnath UMARJI (India).

6. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1 (Prácticas básicas en materia de garantías reales), Add.4 (Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento) y Add.8 (Cuestiones de transición), A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1 (Introducción y objetivos clave) y Add.2 (Constitución de garantías reales), A/CN.9/WG.VI/WP.13 y Add.1 (Recomendaciones) y A/CN.9/WG.VI/WP.14 (Validez frente a terceros), Add.1 (Prelación), Add.2 (Incumplimiento y vía ejecutoria) y Add.4 (Conflicto de leyes).

7. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones y programación de las reuniones;
2. Elección de la Mesa;
3. Aprobación del programa;
4. Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas;
5. Otros asuntos;
6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

8. El Grupo de Trabajo examinó los capítulos I y II (Introducción y objetivos clave), III (Prácticas básicas en materia de garantías reales), IV (Constitución de garantías reales), V (Validez frente a terceros), VII (Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento), IX (Incumplimiento y vía ejecutoria), X (Conflicto de leyes) y XI (Cuestiones de transición). En los capítulos IV y V del presente documento se reseñan las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo al respecto. Se pidió a la Secretaría que revisara esos capítulos a efectos de recoger las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo.

IV. Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Capítulo III. Prácticas básicas en materia de garantías reales (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párrafos 53 a 62)

9. A fin de centrar más los debates y de avanzar al máximo durante el actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió no deliberar sobre las observaciones generales del capítulo III referentes a las prácticas básicas en materia de garantías reales (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párrafos 1 a 52) y pasar

directamente a examinar el resumen y las recomendaciones correspondientes a dicho capítulo (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párrafos 53 a 62).

10. Se convino en la necesidad de revisar los párrafos 53 a 62, en los que figuraban el resumen de las observaciones generales y las recomendaciones, con objeto de establecer recomendaciones claras. También se convino en que los párrafos 55 y 56, relativos a las garantías reales no posesorias o sin desplazamiento y a los derechos sobre bienes inmateriales, se antepusieran a los demás párrafos, habida cuenta de su importancia. Además, se convino en pedir que se revisara la recomendación 57 para dejar claro que el Grupo de Trabajo estaba de acuerdo en regular la cesión de la titularidad a efectos de garantía de modo que sirviera de mecanismo de garantía.

Capítulo VII. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4, párrafos 46 a 60, y A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recomendaciones 55 a 57)

11. El Grupo de Trabajo examinó las recomendaciones del capítulo VII relativas a los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento, que figuran en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1 (recomendaciones 55 a 57). Sobre el enunciado de esas recomendaciones se hicieron varias sugerencias, concretamente, que se revisara la recomendación 56 para hacer referencia al "orden público o la protección de los terceros", y que se revisara el apartado d) de la recomendación 57 en los siguientes términos: "Garantizar que el deudor quede liberado de la garantía real una vez que se haya cumplido la obligación que dicha garantía respalda".

12. Con respecto al apartado c) de la recomendación 57 se aclaró, en respuesta a una pregunta, que, salvo acuerdo en contrario, el otorgante debería poder llevar su negocio y ello implicaba que debería poder utilizar y mezclar los bienes gravados y disponer de ellos.

13. A reserva de las modificaciones mencionadas (véase el párrafo 11 *supra*), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 55 a 57.

Capítulo XI. Cuestiones de transición (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8, párrafos 15 a 22, y A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recomendaciones 86 a 93)

14. El Grupo de Trabajo examinó las recomendaciones sobre el capítulo XI, relativo a las cuestiones de transición, que figuraban en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1 (recomendaciones 86 a 93). Ante la sugerencia de que se revisara la parte dedicada a la finalidad (párrafo 86) dándole la forma de recomendación, se señaló que la parte introductoria dedicada a la finalidad que figuraba antes de cada serie de recomendaciones tenía por objeto explicar los objetivos globales de las correspondientes recomendaciones. Se observó también que las recomendaciones en virtud de las cuales la ley debería especificar una fecha de entrada en vigor y establecer un período de transición figuraban en las recomendaciones posteriores al párrafo 86.

15. Se convino en que se revisara la recomendación 87 a fin de darle otro enfoque y que, concretamente, en vez de especificar la fecha de entrada en vigor, se fijara un mecanismo para especificar tal fecha. Se convino también en que otra consideración que cabría tener en cuenta al determinar la fecha de entrada en vigor sería la necesidad de dar a las partes tiempo suficiente para adaptar su ordenamiento a la nueva legislación (por ejemplo, llegar a conocer los textos a fondo, ajustar sus documentos, etc.).

16. Con respecto a la recomendación 93 y la observación pertinente (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8, párr. 14), en relación con la posibilidad de que los litigios pendientes al entrar en vigor el nuevo régimen se rijan o no por el antiguo régimen, se consideró que no solo habría que hacer referencia a los litigios, sino también a cualquier acción formal adoptada con miras a la ejecución de una garantía real (por ejemplo, la notificación de incumplimiento, la inscripción de la notificación de ejecución en el registro pertinente, etc.). Se objetó que tal enfoque podría causar incertidumbre jurídica, porque, aunque el concepto de litigio era una actividad determinable, sería difícil, en cambio, determinar qué tipo de acción podía constituir ejecución. Tras un debate, se convino en pedir que la recomendación se redactara en términos más amplios, sin hacer referencia a acciones de ejecución concretas.

17. Durante las deliberaciones se sugirió que se formularan recomendaciones suplementarias para regular la transición del antiguo régimen, que tal vez no previera la inscripción en un registro, al nuevo régimen, que requeriría tal inscripción para que una garantía real fuera eficaz frente a terceros. Se sugirió asimismo agregar al texto una recomendación en el sentido de que la transición del antiguo al nuevo régimen no entrañara más costos que los de inscripción en un registro.

18. A reserva de los cambios mencionados (véanse los párrafos 15 a 17 *supra*), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 86 a 93.

Capítulos I y II. Introducción y objetivos clave A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párrafos 1 a 40, y A/CN.9/WG.VI/WP.13, recomendaciones 1 a 5)

A. Finalidad (párrafos 1 a 8)

19. Se sugirió que una de las finalidades del proyecto de guía fuera respetar el orden público del Estado promulgante en lo que atañe a las relaciones entre deudor y acreedores, en particular en caso de insolvencia, y codificar la obligación de las partes de actuar de buena fe y ateniéndose a normas razonables desde el punto de vista mercantil (como se indicaba en las recomendaciones sobre la ejecución, en la parte dedicada a la finalidad; véase A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, párr. 58 e)). Esa sugerencia fue objeto de críticas. Se observó que, si la finalidad del proyecto de guía era brindar una nueva protección, la cuestión podría tratarse en el marco del objetivo clave referente a la necesidad de compaginar los intereses de las personas afectadas. Si, por el contrario, se intentaba evitar que se socavara el orden público imperante, esa era una cuestión que incumbía al Estado promulgante que incorporara el régimen de las operaciones garantizadas en el ordenamiento jurídico interno, el cual, de todas formas, se encargaría de hacerlo. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que los principios de orden público debían consagrarse en las partes pertinentes del proyecto de guía, no en la parte dedicada a su finalidad.

B. Ámbito de aplicación (párrafos 9 a 16)

20. Con respecto al párrafo 10, se convino en que debería hacerse una distinción entre las diversas categorías de bienes que quedaran excluidas y en que deberían explicarse los motivos que justificaran su exclusión. En primer término se sugirió que quedara excluida la categoría de los bienes raíces en razón de que no eran bienes muebles. La segunda categoría que debería excluirse eran los valores bursátiles porque, pese a ser bienes muebles, estaban sujetos a otro régimen jurídico. La tercera categoría era la de los buques y aeronaves, que podían quedar incluidos siempre y cuando no se crearan conflictos con los regímenes especiales que los regulaban. Otra categoría de bienes podría excluirse por razones de orden público (por ejemplo, los salarios o sueldos). Respecto del párrafo 11 se sugirió que se agregara al texto una referencia a la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (en adelante, "la Convención sobre la cesión de créditos") como ejemplo de un texto preparado por la CNUDMI en el que se preveía la constitución de derechos sobre bienes futuros sin necesidad de medidas suplementarias.

C. Terminología (párrafo 17)

21. Respecto de la definición de "garantía real de la financiación del precio de compra", se convino en suprimir la mención que se hacía a la transferencia de la titularidad a efectos de garantía, con objeto de evitar que se diera la impresión de que la principal finalidad de la transferencia de la titularidad era otorgar crédito para la compra de bienes.

22. En lo concerniente a la definición de "producto", se convino en que se mencionara el cobro de créditos comerciales. Se sugirió también que el "producto" abarcara únicamente las sumas cobradas por el otorgante, ya que el acreedor garantizado tendría el derecho de reclamar los bienes gravados que pasaran a manos de un tercero y un derecho sobre todo producto cobrado por el otorgante, mientras que un tercero tal vez tendría dificultad para averiguar la existencia de una garantía real constituida antes de la adquisición del bien gravado por la persona que hubiera transferido a dicho tercero la propiedad del bien. Tras deliberar al respecto, se convino en abordar esa cuestión en las recomendaciones relativas al producto, no en el marco de las definiciones (véanse los párrafos 39 a 41).

23. En lo concerniente a la definición de "garantía real con desplazamiento", se convino en que se hiciera mención de los bienes corporales a fin de poner en claro que sería posible constituir una garantía real con desplazamiento sobre los títulos u otros documentos negociables, que estaban comprendidos en la definición de bienes corporales.

24. Respecto de la definición de "título negociable" y de "documento negociable", se convino en que se mencionara también que esa negociabilidad había de estar reconocida por el derecho interno aplicable.

D. Ejemplos de prácticas financieras (párrafos 18 a 28)

25. Se convino en que se mencionaran ejemplos de algunas otras prácticas financieras de diversa índole, particularmente aquellas que adoptaran la forma de una transferencia de la titularidad, de un arriendo financiero o de una venta con arriendo sucesivo del bien vendido a su vendedor. Se convino asimismo en que el párrafo 28 estuviera centrado en las garantías constituidas sobre bienes de equipo,

no en las constituidas sobre bienes raíces, que eran ajenas al ámbito de aplicación de la futura guía.

E. Objetivos clave (párrafos 29 a 40)

26. El Grupo de Trabajo expresó apoyo general a favor de los objetivos clave mencionados en el capítulo II. Expresó asimismo su apoyo a que se prologara el texto de las recomendaciones del proyecto de guía con una referencia a los objetivos clave de la futura guía que hiciera las veces de declaración de los principios generales que servían de base a las recomendaciones.

27. Se convino asimismo en que se ampliara el objetivo clave concerniente a la armonización del régimen legal de las operaciones garantizadas, o en que se insertara un nuevo objetivo clave relativo a la necesidad de prever ciertas normas sobre conflicto de leyes. En general se opinó que, en la medida en que no fuera posible armonizar por completo los diversos regímenes de derecho interno aplicables a las operaciones garantizadas, sería particularmente útil disponer de ciertas normas sobre conflicto de leyes que facilitaran la determinación de la ley aplicable a las operaciones transfronterizas. Se observó, además, que las normas sobre conflicto de leyes serían convenientes, en todo caso, para facilitar, por ejemplo, la determinación del foro ante el que el demandante hubiera de presentar su demanda.

F. Recomendaciones relativas al ámbito de aplicación (A/CN.9/WG.VI/WP.13, recomendaciones 1 a 5)

28. En lo concerniente a la recomendación 2, se dijo que no se mencionara como factor definitorio de las garantías reales comprendidas en la futura guía el hecho de que la cuantía de la obligación garantizada fuera determinada o determinable.

29. El Grupo de Trabajo expresó su apoyo general a favor de la recomendación 3, en que se pedía que el ámbito de aplicación del nuevo régimen fuera lo más amplio o completo posible.

30. En lo concerniente al apartado b) de la recomendación 4, se dijo que se hablara explícitamente de derechos “reales” a fin de no dar a entender que el nuevo régimen sería aplicable a ciertos derechos personales que sirvieran de garantía de alguna obligación, como podía ser la fianza o ciertos tipos de caución.

31. Respecto de los apartados c) y d) de la recomendación 4, se dijo que no solo se duplicaban, sino que eran incompatibles, ya que si bien los dos se referían a todo tipo de bienes, en el apartado c) se preveían excepciones y en el apartado d) no.

32. Respecto del apartado e) de la recomendación 4, se convino en que se quitaran los corchetes. Se opinó, en general, que en el proyecto de guía no solo se debía adoptar un enfoque unitario aplicable a una amplia variedad de bienes, garantías reales, obligaciones y partes contractuales, sino que también debía adoptarse un enfoque funcional que abarcara todo tipo de operaciones que cumplieran alguna función de garantía, independientemente de cuál fuera la forma adoptada por la operación. Se dijo que, de no darse al contenido más importancia que a la forma, las partes contractuales podrían soslayar todo régimen basado en las recomendaciones del proyecto de guía, obrando incluso en detrimento de los derechos de terceros. Se observó además que, aun cuando seguía pendiente una decisión relativa a los dispositivos de garantía basados en la titularidad, el Grupo de Trabajo se había mostrado de acuerdo en que la transferencia de la titularidad y toda otra operación

que fuera funcionalmente equivalente a una operación garantizada debería ser objeto del régimen previsto en la futura guía.

33. Al examinarse la recomendación 4, se dijo que tal vez también fuera preciso abarcar en algunos sentidos la venta de créditos por cobrar. Se observó que, con arreglo a la Convención sobre la cesión de créditos (véase el apartado a) del artículo 2), se aplicaría el mismo régimen a una cesión pura y simple que a una cesión efectuada a título de venta pero para fines de garantía, o que a una cesión efectuada a título de garantía.

34. Con respecto a la recomendación 5, se convino en que se excluyeran los títulos bursátiles del ámbito de aplicación del proyecto de guía, ya que serían objeto de un convenio que estaba preparando el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) y de un Convenio ya preparado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Dado que no estaba previsto que el convenio del Unidroit abarcara todas las cuestiones que pudieran ser del caso, tal vez procediera indicar que la futura guía sería aplicable a aquellas cuestiones que no estuvieran reguladas por ese convenio. Se respondió que, dado que el convenio del Unidroit y el proyecto de guía se preparaban simultáneamente, sería difícil determinar cuáles serían las cuestiones no previstas por el futuro convenio del Unidroit que pudieran ser tratadas en el proyecto de guía. Se observó, además, que cabía prever que el Unidroit abordara ciertas cuestiones que no fueran objeto del régimen de su futuro convenio en algún conjunto de principios o de disposiciones legales modelo que le sirviera de complemento.

35. Se convino asimismo en que en la lista de bienes excluidos del régimen de la futura guía, prevista en la recomendación 5, se mencionaran los bienes raíces.

36. Con respecto a los buques y aeronaves, se convino en que, siempre y cuando no se entrara en conflicto con el régimen especial previsto para las garantías reales constituidas sobre esos bienes y para la inscripción registral de esas garantías, no era preciso excluir esas categorías de bienes del ámbito de aplicación del proyecto de guía. Se convino además en que se indicaran en el comentario las razones que motivaran cualquiera de dichas exclusiones.

37. A reserva de las modificaciones anteriormente mencionadas (véanse los párrafos 28 a 36), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 1 a 5.

Capítulo IV. Constitución de garantías reales (A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, párrafos 1 a 65, y A/CN.9/WG.VI/WP.13, recomendaciones 6 a 13)

A. Observaciones generales (A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, párrafos 1 a 65)

38. Con respecto al párrafo 9, se consideró que, en ausencia de ejemplos concretos de obligaciones sometidas a condiciones resolutorias o suspensivas en las operaciones garantizadas, tal vez no sería fácil comprenderlo. Respecto del párrafo 30, se convino en que se le agregara una referencia al cobro de créditos comerciales, tal como se hacía en la definición del término “producto” (véase el párrafo 22).

39. Con respecto al párrafo 41, se expresaron diversas opiniones sobre si la garantía real debía hacerse extensiva también al producto del producto de los bienes gravados. A juicio de una delegación, el derecho al producto de los bienes gravados debería limitarse al producto recibido por el otorgante o por el acreedor garantizado, y no debería hacerse extensivo al producto recibido por los cesionarios. Se sostuvo que, en caso de que el otorgante vendiera los bienes gravados fuera del curso ordinario de los negocios sin el consentimiento del acreedor garantizado, éste tendría derecho a reclamar los bienes que hubieran pasado a manos de un cesionario, así como el derecho a la totalidad del producto percibido por el otorgante y por cualquier cesionario. Se puntualizó que cuando el acreedor garantizado no estuviera respaldado por una garantía suficiente, eso le haría gozar de una ventaja inesperada. Se observó que tal ventaja podía prevenirse si se instituía una norma que limitara el valor acumulado de los derechos del acreedor garantizado al valor que tenían los bienes originalmente gravados en el momento en que tuvo lugar la operación que generó el producto. También se señaló el problema de que los terceros que adquirieran un derecho sobre el producto de cualquiera de los cesionarios no podrían determinar con certeza que existiera una garantía real inscrita en algún registro, dado que toda inscripción registral figuraría bajo el nombre del otorgante inicial, no bajo el de sus cesionarios.

40. En cambio, según otra delegación, el derecho de garantía debería hacerse extensivo al producto de los bienes gravados recibido tanto por el otorgante como por otra parte. Se estimó que, por razones de lógica y de coherencia del sistema, la garantía real que acompañara al bien en el caso de enajenación no autorizada debería hacerse extensiva también al producto, dado que era la única manera de asegurar al acreedor garantizado una protección suficiente, aunque, en cualquier caso, éste no cobraría una suma superior a la que se le adeudara. Se observó también que este enfoque no perjudicaría a los acreedores de los cesionarios de los bienes, ya que la regla de protección de la garantía real en caso de venta no autorizada de los bienes gravados imponía a aquéllos la carga de investigar si existían derechos de otras partes sobre los bienes ofrecidos como garantía, y así lo hacían, por regla general. Pero, principalmente, se argumentó que si el derecho sobre el producto se limitaba al producto percibido por el otorgante, las garantías reales podían verse socavadas por una ulterior venta de bienes gravados que efectuara un cesionario tras recibir los bienes del otorgante. Se argumentó que la solución de transacción propuesta, que consistía en que el derecho de garantía se hiciera extensivo al producto recibido del otorgante o de sus cesionarios inmediatos, plantearía el mismo problema, en particular porque el otorgante solía efectuar la primera venta de los bienes gravados cuando se encontraba en una situación de grandes apuros financieros y esa venta no generaba un valor suficiente, mientras que la segunda o la tercera enajenación sí generaban el valor real. Se sostuvo también que la regla propuesta no sería viable, particularmente en el caso de una garantía real sobre créditos por cobrar porque, si uno de los cesionarios cobraba los créditos, el acreedor garantizado perdería no solo los bienes gravados, sino también su producto. Se rebatió ese argumento señalando que, cuando el producto formaba parte de los bienes gravados, el acreedor garantizado conservaría su derecho a reclamar el producto que estuviera en poder del otorgante o de su propietario actual.

41. Si bien las delegaciones demostraron cierto interés por la limitación propuesta del derecho sobre el producto, el Grupo de Trabajo no llegó a adoptar una decisión. Por consiguiente, se convino en pedir que la regla propuesta se formulara en forma de recomendación entre corchetes, con miras a ulteriores deliberaciones.

B. Recomendaciones (A/CN.9/WG.VI/WP.13, recomendaciones 6 a 13)

42. El Grupo de Trabajo pasó a examinar las recomendaciones relativas a la constitución de garantías reales sobre la base de las recomendaciones revisadas que se presentaban en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.13 (recomendaciones 6 a 13).

43. Con respecto a la recomendación 10, referente al requisito de que el acuerdo de garantía figure por escrito, se convino en que si bien la posesión era suficiente para constituir una garantía real con desplazamiento, para la constitución de garantías reales sin desplazamiento debería requerirse la firma por escrito del otorgante (en cuanto a los mecanismos de retención de la titularidad, aún no se adoptó una decisión). Se estimó que el requisito de presentar un escrito firmado por el otorgante era necesario para que éste tuviera constancia de los importantes recursos de que disponía el acreedor garantizado con respecto a los bienes gravados. Se observó, asimismo, que el requisito de la forma escrita era indispensable para impedir toda colusión del otorgante con un acreedor o con el administrador de la insolvencia después del incumplimiento o de la apertura del procedimiento de insolvencia.

44. Según la opinión general de las delegaciones, habida cuenta del contenido mínimo del acuerdo de garantía, indicado en la recomendación 9, el requisito de forma no impondría a las partes una carga excesiva. A fin de asegurar ese resultado, se convino también en que el requisito de forma escrita pudiera darse por cumplido también a través de un mensaje de datos, según la definición del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, y que el requisito de la firma podría quedar satisfecho recurriendo a un método por el que se vinculara el mensaje a su autor, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Modelo.

45. En cuanto a la cuestión de determinar si el acuerdo de garantía sin firma escrita carecía de validez o resultaba imposible de probar, el Grupo de Trabajo decidió que este asunto se resolviera conforme al derecho de cada Estado promulgante, teniendo en cuenta que la diferencia entre esos dos enfoques era más conceptual que práctica, ya que en ambos casos el acreedor garantizado no podría ejercer sus derechos como tal. En cualquier caso, se convino en que el incumplimiento del requisito de la forma escrita para el acuerdo de garantía no repercutía en la obligación garantizada correspondiente.

46. El Grupo de Trabajo apoyó la recomendación 12, relativa a los bienes que podían gravarse y a las obligaciones que podían respaldarse con una garantía. No obstante, se convino en pedir que se prepararan recomendaciones más detalladas sobre los bienes inmuebles por destino, los elementos incorporados, los bienes mezclados y el producto.

47. En lo referente a los bienes inmuebles por destino, los elementos incorporados y los bienes mezclados, se acordó recomendar que el derecho de garantía se preservase incluso después de que esos elementos se incorporaran a bienes inmuebles o muebles, o de que se mezclaran con otros bienes. Se convino también en que deberían abordarse con prioridad los derechos relativos de los reclamantes concurrentes. Respecto del producto, se sugirió recomendar que: i) salvo acuerdo en contrario entre las partes, la garantía real sobre los bienes gravados debía hacerse extensiva a todo producto de los mismos; ii) el producto debía poder ser identificable; y iii) debían introducirse reglas para la localización de los bienes.

48. Si bien algunos integrantes del Grupo de Trabajo estaban de acuerdo, en principio, con el derecho a percibir el producto, otros formularon objeciones, por estimar que la definición tan amplia del concepto de "producto", que englobaba incluso los ingresos reportados por los bienes gravados, podía hacer que la regla propuesta no solo resultara una sorpresa para el otorgante, sino que, además, tuviera la importante consecuencia de privar al otorgante de todo derecho económico sobre sus bienes. Para paliar ese problema, se sugirió que al menos algunos tipos de ingresos derivados de los bienes gravados quedaran sujetos al derecho de garantía sobre los bienes, únicamente si así lo disponía el acuerdo de garantía. Se comentó que la especificidad de la descripción de tales ingresos dependería de la especificidad de la descripción de los bienes gravados (si por bienes gravados se entendieran "todos los bienes actuales y todos los bienes adquiridos posteriormente" o "las existencias, los créditos por cobrar y el producto", no habría necesidad de hacer más referencia al producto).

49. Durante las deliberaciones se señaló que podría haber cierta incoherencia entre la definición del concepto de "otorgante" (véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 17 f)), que implicaba que el otorgante era el propietario de los bienes gravados, y la recomendación 12, que daba a entender que el otorgante no tenía por qué ser el propietario de los bienes gravados.

50. Respecto de la recomendación 13, se convino en que era preciso aclarar, en términos técnicos, el concepto de "control".

51. A reserva de los cambios o adiciones mencionados (véanse los párrafos 43, 44 y 47 a 50 *supra*), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 6 a 13.

Capítulo VIII. Incumplimiento y vía ejecutoria (A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.2, párrafos 1 a 33, y A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recomendaciones 58 a 72)

A. Observaciones generales (A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.2, párrafos 1 a 33)

52. Respecto de los párrafos 18 y 19, se convino en que se ampliara lo ya dicho para insistir en que la aceptación de los bienes gravados a título de cumplimiento de la obligación garantizada ofrecía, en particular, la ventaja de que suponía un ahorro de gastos y de tiempo que contribuiría a maximizar el valor realizable de los bienes gravados. Se convino, asimismo, en que debía insistirse en la importancia de la transparencia para amparar debidamente los derechos del otorgante y de todo tercero interesado. Respecto del párrafo 20, se convino en sustituir la expresión "redención de los bienes gravados", que se conocía únicamente en algunos ordenamientos, por alguna expresión más neutra como "liberación de los bienes gravados" a raíz de la cancelación de la obligación garantizada, intereses y gastos inclusive.

53. Respecto del párrafo 21, se convino en indicar que el derecho del otorgante de ser él quien enajenara los bienes gravados, dentro de cierto plazo a partir del incumplimiento, podía originarse en algún acuerdo que hubiera concertado al respecto con el acreedor garantizado o en una norma de rango legal. Respecto del párrafo 24, se convino en que se modificara la referencia que se hacía a diversos

métodos o vías para disponer de los bienes gravados a fin de remitirse al derecho interno aplicable en cada lugar, no con carácter de recomendación legislativa. Se convino además en que el párrafo 24 se refiriera también al cobro de bienes inmateriales y de títulos negociables. Respecto del párrafo 28, se convino en que, en el supuesto de un tercero otorgante, todo excedente o suma sobrante fuera devuelta al otorgante y no al deudor. Se convino también en que se explicitara algo más el texto respecto de la posible intersección entre el régimen legal aplicable a los bienes muebles y el aplicable a los bienes inmuebles (véase el párrafo 65 *infra*). Respecto del párrafo 31, se decidió sustituir "informar" por "exigir".

B. Recomendaciones (A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recomendaciones 58 a 72)

54. El Grupo de Trabajo pasó a examinar las recomendaciones relativas al incumplimiento y la vía ejecutoria sobre la base del texto revisado de las recomendaciones que figura en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1 (recomendaciones 58 a 72).

55. El Grupo de Trabajo en general apoyó el párrafo en que se enunciaba la finalidad de las recomendaciones sobre el incumplimiento y la vía ejecutoria. Se insistió, en particular, en la importancia de agilizar la realización del valor económico de los bienes gravados, así como de que se buscara la manera de maximizar la eficiencia sin menoscabar la legalidad de la vía ejecutoria, se dejara cierto margen de flexibilidad para que las partes pudieran convenir en la vía ejecutoria que estimaran más oportuna, se ampararan los derechos de todo tercero interesado y se reconociera el carácter definitivo de la vía ejecutoria, una vez concluida. Prevaleció además el parecer de que, a falta de un sistema judicial eficiente, no había vía ejecutoria que funcionara como es debido, aspecto que debería indicarse claramente en el comentario. Respecto del apartado e) de la recomendación 58, se convino en que se ampliara la remisión que se hacía a actuar de buena fe, a las normas razonables desde una perspectiva mercantil y al orden público, para hacerla extensiva al ejercicio de los derechos legítimos y el cumplimiento de las obligaciones de todas las partes.

56. Respecto de la recomendación 59, se expresaron pareceres divergentes en cuanto a mantenerla. Por una parte, se dijo que debía mantenerse por las siguientes razones: como el acreedor garantizado disponía de una variedad de recursos, tanto de origen contractual como basados en el régimen legal de los derechos reales, el otorgante (particularmente en el supuesto de que fuera un consumidor o no fuera una entidad comercial) necesitaba saber cómo remediar el incumplimiento y detener el curso de la vía ejecutoria; también debería darse aviso de la apertura de la vía ejecutoria a todo tercero interesado (pese a que tal vez no procediera notificar a un tercero los pormenores de la deuda); dicho aviso debería, al menos, ser obligatorio en todo supuesto de ejecución extrajudicial, y el otorgante y toda otra parte directamente interesada deberían gozar de un derecho esencial a ser notificados de la ejecución, dado que toda omisión de dicha notificación podría entrañar una violación del derecho a las debidas garantías procesales, amparado por la propia constitución.

57. Por otra parte, se dijo que la recomendación 59 debería suprimirse por las siguientes razones: el deber de notificar el incumplimiento y la apertura de la vía ejecutoria era un asunto de derecho contractual; el deudor tendría conocimiento de

su propio incumplimiento, por lo que no debería dársele ninguna oportunidad para demorar u obstaculizar la vía ejecutoria; no era aconsejable que la ley impusiera trámites engorrosos que pudieran tener un impacto negativo sobre el valor económico realizable de los bienes gravados; la índole y los pormenores de la notificación requerida podían diferir según cuál fuera la índole o categoría del bien gravado o de la garantía real constituida; bastaría que se diera una notificación expresa del acto de enajenación que pusiera término a todo derecho del otorgante sobre el bien gravado, y no se perjudicaría a los consumidores, ya que siempre se daría prelación a toda norma legal que los amparara.

58. En el curso de las deliberaciones se hicieron diversas sugerencias, entre las que cabe citar las siguientes: la notificación debería estar escrita en un idioma que fuera razonable prever que entendiera el destinatario del aviso (véase el párrafo 1) del artículo 16 de la Convención sobre la cesión de créditos); y, para dar aviso a terceros, debería inscribirse el aviso de apertura de la vía ejecutoria en el registro de operaciones garantizadas (se hicieron objeciones a esta última sugerencia).

59. Tras deliberar al respecto, se convino en que: i) debería retenerse, entre corchetes, una versión de la recomendación 59 por la que se requiriera dar aviso de toda medida ejecutoria (pero no del incumplimiento, ya que este extremo era una cuestión contractual que debería regirse por el régimen legal interno de los contratos); ii) debería circunscribirse este deber a toda medida ejecutoria extrajudicial; iii) deberían preverse las consecuencias de todo aviso que se estimara insuficiente o erróneo, y iv) cabría prever ciertas excepciones, como la del supuesto de que el hecho de dar aviso pudiera menoscabar el valor económico realizable del bien o de los bienes gravados. Se convino asimismo en que se examinaran en el comentario las posibles ventajas e inconvenientes de dar un aviso general de la medida ejecutoria que se fuera a tomar.

60. Respecto del apartado b) de la recomendación 60, se convino en sustituir las palabras “instituciones estatales oficiales” por “las autoridades judiciales u otras autoridades”.

61. Respecto de la recomendación 64, se convino en reformar su texto para hacer mención también del derecho de satisfacer plenamente la deuda, con todos sus intereses y gastos adicionales, con lo que el bien o los bienes gravados quedarían liberados de la garantía real que pesaba sobre ellos. Se convino también en que no era recomendable mencionar el supuesto de que se restableciera la garantía real mediante el pago de la porción de la deuda vencida al producirse el incumplimiento, dado que ese derecho podría demorar y dificultar el curso normal de la vía ejecutoria. Se convino, no obstante, en mencionar en el comentario el posible derecho a restablecer una garantía real, así como los límites tal vez impuestos por el derecho interno de diversos países al ejercicio de ese derecho y la posibilidad de que hubiera alguna norma de derecho interno de protección de los consumidores que fuera contraria a su ejercicio y que prevaleciera frente a toda norma legal inspirada en las recomendaciones del proyecto de guía. Se convino, además, en que se examinara en el comentario la posible validez del pago de la garantía real efectuado por un tercero (subrogación).

62. Respecto de la recomendación 65, se convino en que se mencionara la necesidad de que todo sistema de notificación fuera sencillo, eficiente, rápido, poco costoso y fiable, a fin de no menoscabar el valor económico realizable del bien o los

bienes gravados, lo que incidiría negativamente en la disponibilidad y el precio del crédito financiero ofrecido. Se convino también en que todo sistema de notificación debía tener por objeto amparar no solo al otorgante de la garantía, sino también a todo tercero interesado.

63. Respecto de la recomendación 66, se decidió que, en vez de enunciar diversos procedimientos que cabría seguir, se insistiera en la necesidad de que toda regla relativa a la enajenación de los bienes gravados fuera flexible, a reserva de que se hubieran de observar ciertas normas comerciales razonables, a título de normas independientes o neutras. También se decidió examinar en el comentario el derecho de todo acreedor garantizado a comprar el bien gravado, a reserva de las normas que tuvieran por objeto amparar el derecho del otorgante de la garantía.

64. Respecto de la recomendación 67, se convino en que se debería permitir que el acreedor garantizado se cobrase ciertos bienes inmateriales y títulos negociables, conforme a un régimen flexible inspirado en el respeto de toda norma comercial razonable.

65. Respecto de la recomendación 68, se convino en que su texto debería reformarse en términos más latos que dieran margen para las peculiaridades del régimen legal interno tanto de los bienes muebles como de los inmuebles, y en los que se destacara la necesidad de que hubiera ciertas reglas ejecutorias especiales formuladas a la luz del régimen legal de los bienes inmuebles, sin perder de vista la necesidad de promover los objetivos clave del régimen de los bienes muebles, tales como la necesidad de una vía ejecutoria flexible y la necesidad de favorecer la disponibilidad de crédito financiero garantizado. Se dijo que la recomendación debería abordar diversas cuestiones, entre ellas la de si una garantía real constituida sobre bienes inmuebles por destino debía ser ejecutada con arreglo al régimen de los bienes muebles o al de los bienes inmuebles y si, en el supuesto de que concurriera una garantía real sobre bienes muebles (por ejemplo, equipo industrial) y una hipoteca sobre el terreno en que dichos bienes muebles estuvieran situados, la ejecución de la garantía real sobre los bienes muebles debía regularse por el régimen de los bienes muebles o por el de los bienes inmuebles. Se decidió que en el comentario se examinara en más detalle el texto de la recomendación 68.

66. Respecto de la recomendación 69, se convino en que versara sobre la distribución del producto a los acreedores garantizados que gozaran de un derecho de garantía sobre los mismos bienes gravados que en el caso del acreedor garantizado que entablara la vía ejecutoria y cuyo rango de prelación fuera inferior al de este último. Se indicó que convendría explicar en el comentario que, en caso de que no se supiera a quién habría de entregarse toda suma sobrante, el acreedor que hubiera entablado la vía ejecutoria debería estar facultado para valerse de los mecanismos previstos por la normativa aplicable del Estado promulgante, como pudiera ser el de depositar esa suma en alguna cuenta de depósito pública. Se convino, además, en que se añadiera una nueva recomendación por la que se aclarara que el ejercicio de cualquier recurso previsto en el régimen legal aplicable a las operaciones garantizadas no impediría que el acreedor garantizado ejercitara todo otro recurso previsto en el derecho contractual general del país.

67. Respecto de la recomendación 70, se sugirió que se revisara su texto para prever que, en todo supuesto de ejecución por vía extrajudicial entablada por el acreedor garantizado, toda garantía real de rango de prelación inferior a la del

acreedor ejecutante quedaría extinguida, y que todo acreedor garantizado que gozara de una prelación superior a la del acreedor ejecutante estaría facultado para asumir la vía ejecutoria entablada. En lo concerniente a la ejecución de una garantía por vía judicial, se sugirió que se previera la extinción de toda garantía real a raíz de la ejecución, a fin de que el comprador de los bienes gravados los adquiriera exentos de toda garantía real.

68. También se sugirió modificar las recomendaciones relativas a la disposición o enajenación de los bienes gravados y a la utilización de éstos para satisfacer una obligación garantizada conforme a los siguientes criterios: i) deberá darse aviso por adelantado de toda enajenación extrajudicial, o de toda propuesta de que el acreedor garantizado acepte los bienes gravados en cumplimiento de la obligación garantizada, al otorgante de la garantía, al deudor, a todo acreedor garantizado inscrito en algún registro o que esté en posesión de los bienes gravados y a toda otra persona que goce de algún derecho sobre dichos bienes del que haya dado aviso al acreedor garantizado que entable la vía ejecutoria; ii) el otorgante, todo acreedor garantizado que goce de una garantía de prelación inferior o subordinada o toda otra persona con algún derecho real subordinado sobre los bienes gravados podrá objetar una propuesta de que el acreedor garantizado acepte los bienes gravados en cumplimiento de la obligación garantizada; iii) los cesionarios de los bienes gravados y el acreedor garantizado que haya aceptado los bienes gravados en cumplimiento de la obligación garantizada deberán poder adquirirlos exentos de todo derecho del otorgante, del acreedor garantizado ejecutante, de todo otro acreedor garantizado subordinado y de toda persona que goce de algún derecho subordinado sobre dichos bienes; iv) toda suma sobrante a raíz del acto de enajenación deberá ser abonada a los acreedores garantizados subordinados o a todo otro reclamante de un derecho de rango subordinado y, de quedar algún saldo restante, dicho saldo deberá ser entregado al otorgante; v) en el supuesto de una enajenación por vía judicial de los bienes gravados, la titularidad del cesionario sobre dichos bienes y la distribución del producto de la enajenación se determinarán por la ley que rija la vía ejecutoria de los acreedores en general; vi) el acreedor garantizado que goce de mayor prelación deberá poder asumir el control de la vía ejecutoria entablada, y vii) el deudor o toda otra persona que esté obligada a pagar la obligación garantizada será responsable de la insuficiencia de la suma obtenida de la enajenación de los bienes gravados, así como del cobro por el acreedor garantizado de algún bien inmaterial o de la aceptación de los bienes gravados a título de satisfacción total o parcial de la obligación garantizada.

69. En respuesta a la afirmación de que un acto de enajenación realizado por un acreedor garantizado subordinado no reportaría al adquirente un título exento de todo gravamen (es decir, exento de toda garantía real), por lo que dicha enajenación no reportaría el máximo valor realizable del bien o los bienes gravados, se dijo que el Grupo de Trabajo tenía que buscar un equilibrio entre la necesidad de obtener el máximo valor realizable de dichos bienes y la necesidad de salvaguardar el derecho del acreedor garantizado que gozara de más prelación a controlar el momento y la forma de ejecución de su garantía real. Tras expresar su interés por dichas sugerencias, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que insertara todo texto que resultara oportuno al respecto en la próxima versión de las recomendaciones relativas al incumplimiento y la vía ejecutoria.

70. Respecto de la recomendación 71, hubo acuerdo en que ninguna norma de derecho procesal civil debía poder alterar el orden de prelación entre los acreedores garantizados que estuviera previsto por alguna norma del régimen legal interno de las operaciones garantizadas.

71. En cuanto a la recomendación 72, se convino en que cabría suprimir la mención que se hacía de la transferencia de la titularidad con fines de garantía, en la inteligencia de que se dispondría claramente en el proyecto de guía que toda transferencia de la titularidad con fines de garantía se regiría plenamente por el régimen legal aplicable a las garantías reales.

72. A reserva de los cambios o adiciones anteriormente mencionados (véanse los párrafos 55 a 71 *supra*), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 58 a 72.

Capítulo X. Conflicto de leyes (A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.4), párrafos 1 a 32, y A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recomendaciones 73 a 85)

A. Observaciones generales (A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.4, párrafos 1 a 32)

73. Respecto del párrafo 18, se sugirió que toda garantía real constituida sobre documentos de titularidad negociables se rigiera por la ley del país en que estuvieran situados los bienes. Se hicieron objeciones a esa sugerencia, y prevaleció el parecer de que tanto el comentario como la recomendación correspondientes (respecto del lugar en que se encontrara el documento) estaban formulados en términos adecuados para amparar la negociabilidad del documento y atender a las necesidades del mercado.

74. Respecto de los párrafos 21 a 25 se observó que, tanto en el comentario como en las recomendaciones pertinentes, se debería: i) aclarar lo que se entendía por la ley aplicable en el lugar en que se encontraban los bienes "al plantearse la cuestión"; ii) señalar el plazo de gracia de que dispondría el acreedor garantizado para adoptar toda medida que procediera para preservar la validez de su garantía real frente a terceros en la jurisdicción territorial a la que se hubieran trasladado las mercancías, y iii) aclarar si la expresión "lugar de destino" había de entenderse como lugar de destino definitivo únicamente, o como referido también a todo lugar de destino intermedio en que se detuvieran las mercancías.

B. Recomendaciones (A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1, recomendaciones 73 a 85)

75. El Grupo de Trabajo pasó a examinar las recomendaciones relativas al conflicto de leyes sobre la base del texto revisado de las recomendaciones que figuraba en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1 (recomendaciones 73 a 85). Al comienzo de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo escuchó con interés un informe verbal de una reunión conjunta de expertos de la CNUDMI y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre cuestiones relativas a la ley aplicable a las garantías reales, que tuvo lugar en Viena los días 2 y 3 de septiembre de 2004. En espera de que se presentaran las versiones revisadas de algunas de las recomendaciones, conforme a lo sugerido por los expertos, el Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de esas recomendaciones

(77, 79, 80 y 82) hasta que hubiera tenido la oportunidad de examinar el texto revisado correspondiente.

76. En el contexto del examen de la finalidad de las recomendaciones relativas al conflicto de leyes, se expresó inquietud de que el término "constitución" resultara confuso en aquellos países en que la constitución de una garantía real surtía efecto frente a todos. A fin de responder a dicha inquietud, se sugirió que se hablara de la validez de la constitución de una garantía "en lo concerniente a las partes". El Grupo de Trabajo tomó nota de la formulación sugerida, pero decidió aplazar su examen hasta que hubiera tenido la oportunidad de examinar el capítulo relativo a la constitución de garantías reales.

77. Respecto de la recomendación 74, se suscitó la duda de si debía o no abordarse la cuestión de la extinción de una garantía real. Al respecto se respondió que una garantía real podía extinguirse de resultas de la extinción de la obligación garantizada, lo que quedaba fuera del ámbito de aplicación del proyecto de guía, o de la aplicación del propio régimen de la propiedad, lo que sí podría ser objeto del proyecto de guía. Se convino en que cabría explicitar esta cuestión en el comentario y dar ejemplos apropiados.

78. Respecto de la recomendación 75, relativa a las garantías reales sobre bienes inmateriales, se sugirió que la ley aplicable fuera la que rigiera el crédito reclamado. Hubo objeciones a dicha sugerencia, dado que se opinó, en general, que dicho enfoque sería incompatible con el adoptado en el artículo 22 de la Convención sobre la cesión de créditos, que remitía las cuestiones relativas a la prelación y a la validez frente a terceros a la ley del lugar donde estuviera ubicado el cedente (es decir, el otorgante). Se opinó también, en general, que un enfoque basado en la ley aplicable al crédito reclamado no sería viable en una amplia variedad de operaciones financieras referentes a categorías muy diversas de bienes, entre las que figurarían, además, bienes adquiridos con posterioridad a la apertura de un procedimiento. Por razones de coherencia con la Convención sobre la cesión de créditos, y en vista de la importancia de la seguridad jurídica para salvaguardar los posibles derechos de terceros, se convino en que se definiera el término "ubicación" del otorgante por remisión a la definición del apartado h) del artículo 5 de la Convención sobre la cesión de créditos.

79. En respuesta a una pregunta, se señaló que la recomendación 78 se refería al momento que habría de tenerse en cuenta para determinar la ubicación del otorgante. Respondiendo a otra pregunta se observó que la cuestión de la ley aplicable a las garantías reales constituidas sobre ciertas categorías de bienes inmateriales, como las cuentas de depósito, las cartas de crédito y los derechos de propiedad intelectual, se abordaría una vez que el Grupo de Trabajo hubiera decidido si dichos bienes quedarían comprendidos en el proyecto de guía (véase la nota correspondiente al párrafo 18 del documento A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.4).

80. Respecto de la recomendación 76 se convino, a fin de aclarar que no sería aplicable a las mercancías en tránsito, en que se insertara una remisión al texto de la recomendación 80. Respecto de la recomendación 80, relativa a las mercancías en tránsito, se observó que cabría complementarla con otra recomendación relativa a las mercancías destinadas a la exportación.

81. Si bien se expresó apoyo a favor de la recomendación 78, se dijo que sería conveniente explicar más sus posibles consecuencias en el comentario. Se señaló

que la recomendación 78 era procedente, ya que servía para indicar que una garantía real constituida sin que se la hubiera dotado de validez frente a terceros en el Estado A, podía ser dotada de validez frente a terceros en el Estado B, una vez que las mercancías hubieran sido trasladadas a dicho Estado.

82. Se convino en modificar el texto de la recomendación 81 para establecer una norma por la que se prohibiera que las partes se eximieran contractualmente de las reglas enunciadas en las recomendaciones relativas al conflicto de leyes, dado que dichas reglas se referían a asuntos regulados por el régimen de la propiedad. Se convino también en insertar una nueva recomendación en que se previera la autonomía de las partes en lo relativo a los derechos y obligaciones mutuas entre el acreedor garantizado y el otorgante. Se convino, además, en insertar otra nueva recomendación por la que se aclarara que la remisión a la ley aplicable había de entenderse como remisión al derecho sustantivo de un Estado, no a las normas que fueran aplicables en dicho Estado en caso de conflicto de leyes (vale decir, que se prestarían a que el asunto fuera de nuevo remitido al derecho interno de algún otro Estado).

83. Respecto de la recomendación 83, la distinción entre cuestiones de derecho sustantivo y cuestiones de derecho procesal despertó cierta inquietud, por ser una distinción muy difícil de hacer y que, en todo caso, sería un asunto que habría de regirse por la ley del foro ante el que se reclamara la ejecución de la garantía (*lex fori*). A fin de evitar esa distinción, se sugirió que se hablara de asuntos de derecho imperativo y no imperativo y se dejara la determinación de dichas cuestiones al arbitrio de la ley del foro. Si bien se manifestó cierto interés por dicha sugerencia, se expresó la duda de que con ella se estuviera promoviendo la seguridad jurídica y la aplicación de las recomendaciones de índole sustantiva del proyecto de guía en lo relativo a la vía ejecutoria. En todo caso, se dijo que, dado que los Estados probablemente no aplicarían las recomendaciones relativas al conflicto de leyes sin aplicar las correspondientes a las cuestiones de derecho sustantivo, el derecho imperativo de todo Estado que promulgara el nuevo régimen debía estar en consonancia con las recomendaciones del proyecto de guía relativas a la ejecución.

84. Respecto de la recomendación 84, se convino en que la fórmula “se produzca una situación de insolvencia” fuera sustituida por “se declare abierto un procedimiento de insolvencia contra el otorgante”.

85. A reserva de los cambios o adiciones anteriormente mencionados (véanse los párrafos 77 a 84), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 73 a 85.

Capítulo V. Validez frente a terceros (A/CN.9/WG.VI/WP.14, párrafos 1 a 75, y A/CN.9/WG.VI/WP.13, recomendaciones 14 a 32)

A. Observaciones generales (A/CN.9/WG.VI/WP.14, párrafos 1 a 75)

86. El Grupo de Trabajo examinó las observaciones generales del capítulo sobre la validez de las garantías reales frente a terceros (párrafos 1 a 75) y pidió a la Secretaría que introdujera los cambios necesarios. En particular se convino en que

cabía abordar con cautela la cuestión de la confidencialidad y lo relativo a la información que habría de transmitir el acreedor garantizado a los terceros, y en que por el momento no convenía formular ninguna recomendación al respecto, en que debía ponerse en claro si los diversos métodos indicados para obtener la validez de una garantía real frente a terceros eran optativos o excluyentes y en que debía examinarse más a fondo la cuestión de la integración del registro general de garantías reales con los registros de propiedad exclusivamente.

B. Recomendaciones (A/CN.9/WG.VI/WP.13, recomendaciones 14 a 32)

87. El Grupo de Trabajo pasó a examinar las recomendaciones relativas a la validez de una garantía real frente a terceros basándose en las recomendaciones revisadas que figuran en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.13 (recomendaciones 14 a 32).

88. Si bien algunas delegaciones apoyaron el enunciado de la finalidad de las recomendaciones, se convino en que era necesario complementar el texto a fin de explicar que, para que una garantía real fuera eficaz frente a terceros, el acreedor garantizado y el otorgante debían adoptar otras medidas además de las necesarias para constituirla.

89. Con respecto a la recomendación 15, relativa a los métodos para garantizar la eficacia frente a terceros, se convino en dejar entre corchetes el apartado c) hasta que el Grupo de Trabajo decidiera definitivamente si el proyecto de guía regularía o no las obligaciones relativas a los bienes inmateriales cuya eficacia frente a terceros se pudiera lograr mediante el traspaso del control. Se convino también en agregar un nuevo párrafo al texto con objeto de indicar que puede haber otros métodos para lograr la eficacia frente a terceros.

90. En cuanto a la recomendación 17, relativa a la creación de un registro general de garantías reales, se expresaron dudas sobre la necesidad de ese registro. Con respecto a la recomendación 18, relativa al contenido de la notificación, se convino en que debería exigirse que en la notificación se consignara únicamente la información enunciada en la recomendación 17. También se acordó que, en lo que respecta a la duración de la inscripción registral, los Estados pudieran optar por especificar la duración de la inscripción o por permitir a las partes determinarla en la notificación (véanse el apartado c) de la recomendación 18 y la recomendación 25). En respuesta a una pregunta, se observó que era preciso determinar la duración de la inscripción para evitar que el acreedor garantizado no diera por cancelada la inscripción en su debido momento y para no sobrecargar los registros con información innecesaria que resultara engorrosa para las partes.

91. En cuanto a la cuestión de si en la notificación debería mencionarse la cantidad máxima por la que pudiera ejecutarse la garantía real, se expresaron opiniones dispares. Una delegación consideró que en la notificación debería fijarse un importe máximo, ya que de ese modo se daría mayor valor informativo al registro y se facilitaría la concesión de créditos por parte de acreedores subordinados. En cambio, otra delegación estimó que no debería fijarse ningún tope en la notificación para facilitar así la concesión de créditos por parte del acreedor garantizado que tuviese el mayor grado de prelación. Además los acreedores con un grado inferior de prelación podrían conceder créditos sobre la base de acuerdos entre acreedores y no se sobrecargaría el registro con información innecesaria. Se

consideró también que, si las partes estuvieran obligadas a fijar un límite máximo en la notificación, tenderían a elevarlo excesivamente, con lo cual se limitaría el valor de la garantía disponible para posibles acreedores con menor grado de prelación. Se respondió que el riesgo de que el tope se elevara demasiado no solía constituir un problema en las prácticas de financiación de bienes de equipo y en otras operaciones análogas de financiación de bienes específicos.

92. Reconociendo el valor de ambas opiniones, se sugirió que en el comentario correspondiente al apartado d) de la recomendación 18 se examinaran las ventajas e inconvenientes de ambos enfoques y que en la recomendación se enunciaran variantes por las que los Estados pudieran optar. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió mantener entre corchetes el apartado d) de la recomendación 18, con miras a seguir examinándolo, y pidió a la Secretaría que analizara más a fondo las posibles opciones en el comentario.

93. Con respecto a la recomendación 23, relativa a la inscripción anticipada, se indicó, en respuesta a una pregunta, que la inscripción anticipada podía efectuarse incluso cuando la existencia de la garantía real estuviera en entredicho. Una vez confirmada la existencia del derecho de garantía, se consideraría que la garantía sería eficaz frente a terceros a partir de la fecha de su inscripción.

94. Respecto de la recomendación 26, relativa a la supresión de una inscripción registral, se decidió que en el comentario habría que explicar el significado de la frase “al haberse satisfecho plenamente las deudas o al haberse cumplido todas las obligaciones garantizadas”. Se convino también en que se redactara una nueva recomendación en que se previera la cancelación de la inscripción mediante acuerdo entre el acreedor garantizado y el otorgante.

95. Respecto de la cuestión de si las inscripciones deberían quedar canceladas después de un procedimiento sumario o agilizado, si bien el Grupo de Trabajo reconoció que era importante prever un recurso judicial rápido y eficaz para que el otorgante obtuviera la cancelación de la inscripción, se expresaron opiniones dispares en cuanto a la posibilidad de cancelarla mediante procedimientos administrativos sumarios o agilizados. Según una delegación, el otorgante no debía tener por qué dedicar tiempo y dinero a entablar recursos judiciales cuando fuera evidente que no existía ningún acuerdo de garantía o ninguna deuda. En cambio, según otra delegación, si bien ese enfoque sería aceptable en el caso de que existiera un proceso administrativo que permitiera determinar los hechos y decidir la ley aplicable, no sería apropiado sobrecargar al personal administrativo y a los encargados de los registros con esas responsabilidades, en particular porque, a fin de reducir los costos y de aumentar la eficiencia, se tendía cada vez más a informatizar los registros y a reducir al mínimo el personal.

96. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que en el comentario se explicara que un procedimiento administrativo sumario sería aceptable si se previeran salvaguardias adecuadas, como sería disponer que se notificara al acreedor garantizado y se le reconociera el derecho a impugnar (en cuyo caso el asunto se determinaría judicialmente). Se mencionaron también otras formas de salvaguardia, entre ellas, una declaración jurada del otorgante en que constara que la deuda no existía o estaba cancelada.

97. Respecto de la recomendación 27, se convino en que debía aplazarse el examen del apartado a), que en el apartado b) del texto inglés debía decirse “right”, no “title”, que debía mantenerse el inciso ii) del apartado b) sin corchetes, que debía suprimirse el inciso v) del apartado b), habida cuenta de que el Grupo de Trabajo había dispuesto que la transferencia de la titularidad para fines de garantía se tratara como garantía real, y que los incisos i), iii) y iv) del apartado b) debían presentarse a los Estados como opciones. Se convino también en que en el comentario se explicaran más esos aspectos.

98. Respecto de la recomendación 28, se convino en dar más fuerza al concepto de desposesión efectiva, en contraste con el de desposesión sobreentendida, ficticia o simbólica, y en explicar la cuestión con más claridad en el proyecto de guía.

99. Respecto de la recomendación 29, se convino en que se modificara el título para hacer referencia a los documentos de titularidad negociables y en que se compatibilizara el texto de la recomendación con la definición de documento negociable enunciada en la sección de terminología (véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 17 y)). Se convino también en introducir en el comentario explicaciones suplementarias al respecto.

100. A la espera de que se adoptara una decisión acerca de incluir las cuentas de depósito en el ámbito de aplicación del proyecto de guía, el Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de las recomendaciones 30 y 31.

101. Respecto de la recomendación 32, se decidió revisar su enunciado para que estuviera en consonancia con la diferenciación establecida en el proyecto de guía entre la constitución de una garantía real entre las partes y la validez de la garantía frente a terceros.

102. A reserva de las modificaciones y adiciones mencionadas (véanse los párrafos 87 a 101 *supra*), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las recomendaciones 14 a 32.

V. Informe del grupo de redacción

103. El Grupo de Trabajo pidió a un grupo de redacción establecido por la Secretaría que revisara la terminología del proyecto de guía (A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 17). Al concluir sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo examinó y aprobó el informe del grupo de redacción. Se convino en compatibilizar la definición de “acuerdo de garantía” del texto español con la versión inglesa (es decir, en que se suprimiera la palabra “real”).

VI. Labor futura

104. El Grupo de Trabajo tomó nota de que su séptimo período de sesiones se celebraría en Nueva York del 24 al 28 de enero de 2005. Tomó nota también de que su octavo período de sesiones se celebraría en Viena del 5 al 9 de septiembre de 2005, siempre y cuando la Comisión aprobara esas fechas en su 38º período de sesiones, que tendría lugar en Viena del 4 al 22 de julio de 2005.

A/CN.9/WG.VI/WP.13

B. Informe del Secretario General sobre las recomendaciones relativas al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su sexto período de sesiones

(A/CN.9/WG.VI/WP.13 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Recomendaciones
I.	Ámbito de aplicación	1-5
II.	Constitución de garantías reales	6-13
III.	Eficacia frente a terceros	14-32
IV.	Prelación	33-54

Recomendaciones relativas al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

I. Ámbito de aplicación

Finalidad

1. La finalidad de las disposiciones sobre el ámbito de aplicación del régimen de las operaciones garantizadas (en lo sucesivo denominado "el régimen") debería ser precisar las partes, las garantías reales, las obligaciones garantizadas y los bienes a los que se aplica el régimen.

Garantías reales

2. El régimen debería regir las garantías reales constituidas sobre bienes muebles y accesorios fijos que respalden el pago o algún otro tipo de cumplimiento de una o más obligaciones, presentes o futuras, por una cuantía determinada o determinable.

Partes, garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes que podrían entrar en el ámbito de aplicación del proyecto de guía legislativa

3. El ámbito de aplicación del régimen debería ser lo más amplio posible en cuanto a las partes y a los tipos de garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes gravados regulados. Toda excepción prevista debería ser limitada y figurar claramente especificada en el régimen.

4. En particular, el régimen debería ser aplicable a:

a) las personas físicas y jurídicas, inclusive los consumidores;

b) los derechos que nazcan de contratos que garanticen todo tipo de obligaciones, entre ellas las obligaciones futuras, las obligaciones de cuantía fluctuante y las que se describan en términos genéricos;

c) todo tipo de bienes muebles y accesorios fijos, corporales o inmateriales, que no se hayan excluido expresamente del ámbito de aplicación del régimen, incluidas las existencias, los bienes de equipo y otros bienes, los créditos comerciales por cobrar [cheques, pagarés, cuentas de depósito, cartas de crédito y derechos de propiedad intelectual], así como el producto derivado de tales bienes; [*Nota para el Grupo de Trabajo: si el Grupo de Trabajo decide que el proyecto de guía abarque esos tipos de bienes, tal vez desee revisar las recomendaciones, a fin de adecuarlas también a dichos bienes, y agregar recomendaciones especiales cuando proceda*.]

d) los derechos sobre todos los bienes de un otorgante; y

e) las garantías reales nacidas de la transferencia de la titularidad [y todo otro tipo de garantía real que respalde el pago o el cumplimiento de una o más obligaciones, independientemente de la forma de la operación de que se trate y de que el propietario de los bienes gravados sea el acreedor garantizado o el otorgante]. [*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si procede: i) incluir la retención de la titularidad en el régimen legislativo que se recomiende y concederle un trato preferente al determinar la prelación o para otros fines; ii] excluir al menos la mera retención de la titularidad del régimen legislativo que se recomiende pero sometiéndola, con ciertas excepciones, al requisito de inscripción a efectos de poder dirimir los eventuales conflictos de prelación; iii) excluir al menos la mera retención de la titularidad del régimen legislativo que se recomiende. Véanse también las recomendaciones 10, 27, 43, 72, 76, 82 y 86.*]

5. El régimen no debería ser aplicable a las garantías reales constituidas sobre:

a) títulos bursátiles; y

b) […].

II. Constitución de garantías reales

Finalidad

6. La finalidad de las disposiciones del proyecto de guía que rijan la constitución de garantías reales será precisar cómo nace una garantía real sobre bienes muebles entre el otorgante y el acreedor garantizado.

Acuerdo de constitución de una garantía real

7. El régimen debería especificar que toda garantía real entre el otorgante y el acreedor garantizado se constituirá mediante un acuerdo de garantía.

Entrega de la posesión

8. La constitución de una garantía real posesoria requerirá, además de la firma del acuerdo, la entrega de la posesión de los bienes que vayan a gravarse al acreedor garantizado o a un tercero (que no sea el otorgante ni un agente o empleado del

otorgante) que conserve los bienes en nombre del acreedor garantizado (véase la recomendación 28).

Contenido mínimo del acuerdo de garantía

9. El régimen debería disponer que en el acuerdo de constitución de una garantía real, como mínimo, se especificará la identidad del acreedor garantizado y del otorgante y se describirá razonablemente la obligación garantizada y los bienes que vayan a gravarse. Podría bastar con hacer una descripción genérica de la obligación garantizada y de los bienes gravados.

Requisito de forma

10. El régimen debería disponer que el acuerdo de garantía se concertará por escrito, aunque sin exigir la firma de las partes, siempre y cuando la intención del otorgante de dar una garantía real conste claramente en el acuerdo [*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee imponer el requisito de la forma escrita sólo cuando se trate de garantías reales sin desplazamiento de la posesión. Tal vez desee asimismo no exigir la forma escrita para la mera retención de la titularidad.*]

11. El régimen debería disponer que un mensaje de datos cumplirá el requisito de la forma escrita, siempre y cuando sea posible tener acceso a la información que contenga para que sirva de referencia futura (véase el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas). 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 (véase el apartado a) del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico).

Bienes y obligaciones sujetos a un acuerdo de garantía

12. En el régimen se debería permitir garantizar todo tipo de obligaciones, incluidas las obligaciones futuras y las de importe fluctuante. También debería ser posible dar en garantía todo tipo de bienes, incluidos los accesorios fijos y los bienes muebles adheridos a otros bienes, los bienes sobre los que el otorgante no tenga el dominio o de los que no pueda disponer o los bienes que no existan al celebrarse el acuerdo de garantía, así como el producto obtenido de ellos. Toda excepción prevista debería ser limitada y enunciarse claramente en el régimen.

Momento de constitución de una garantía real

13. El régimen debería disponer que una garantía real posesoria quedará constituida en el momento en que el otorgante transmita la posesión o el control de los bienes que hayan de gravarse al acreedor garantizado o a un tercero (que no sea el otorgante ni un agente o empleado del otorgante) que conserve los bienes en nombre del acreedor garantizado, salvo que las partes convengan otra cosa. Las garantías reales sin desplazamiento de la posesión quedarán constituidas en el momento en que se concierte el acuerdo de garantía, salvo que las partes convengan otra cosa. Las garantías reales sobre bienes futuros quedarán constituidas en el momento en que el deudor u otro otorgante adquiera derechos sobre tales bienes.

III. Eficacia frente a terceros

Finalidad

14. La finalidad de las disposiciones del régimen que exigen realizar un acto complementario antes de hacer valer un derecho de garantía ante reclamantes concurrentes será:

a) prevenir a terceros que negocien sobre los bienes muebles del otorgante del riesgo de que tales bienes puedan estar gravados por una garantía real; y

b) determinar que la fecha de un acto sirva de referencia cronológica para fijar el orden de prelación entre acreedores garantizados y entre un acreedor garantizado y otras categorías de reclamantes concurrentes.

Métodos para materializar la eficacia frente a terceros

15. El régimen debería disponer que solo se podrá hacer valer una garantía real frente a un acreedor concurrente en los siguientes casos:

a) una vez que se haya inscrito una notificación de la constitución de la garantía real en un registro general de garantías reales;

b) cuando se prive al otorgante de la posesión de los bienes gravados por tratarse de determinados bienes muebles corporales;

[c) cuando se traspase al acreedor garantizado el control de los bienes gravados por tratarse éstos de [ciertas obligaciones inmateriales, que no sean créditos por cobrar, adeudados por un tercero al otorgante] [una cuenta de depósito];]

d) cuando se inscriba una notificación de la constitución de la garantía real en un registro especializado de titularidad si los bienes gravados consisten en determinados bienes muebles la titularidad sobre los cuales se establezca, conforme a otras disposiciones legales del Estado promulgante, mediante le inscripción en tal registro; o

e) cuando se adjunte una nota sobre la garantía real en el certificado de titularidad si los bienes gravados consisten en determinados bienes muebles corporales la titularidad sobre los cuales se demuestre, conforme a otras disposiciones legales del Estado promulgante, mediante un certificado de titularidad.

16. El régimen debería confirmar que podrá recurrirse a distintos métodos para hacer valer la eficacia frente a terceros en función de los distintos bienes gravados o de los diferentes tipos de bienes gravados, prescindiendo de que se hayan quedado gravados en virtud del mismo acuerdo de garantía o de acuerdos de garantía diferentes.

Creación y características de un registro general de garantías reales

17. El régimen debería disponer la creación de un registro general de garantías reales con las características siguientes:

a) la inscripción en el registro se efectúe mediante una notificación de la constitución de una garantía real, en vez de presentarse una copia de la documentación correspondiente;

b) el registro sea centralizado, es decir, que en él se consignen todas las notificaciones de las garantías reales inscritas conforme al régimen de las operaciones garantizadas del Estado promulgante;

c) el sistema de inscripción se estructure de modo que puedan agruparse y consultarse las notificaciones por el nombre del otorgante o por algún otro dato fidedigno identificativo del otorgante;

d) el registro de acceso público;

e) el acceso razonable de las personas en general al registro se garantice con medidas como las siguientes:

i) la fijación de tarifas de inscripción y consulta que cubran los costos; y

ii) el establecimiento de modos o puntos de acceso a distancia;

f) el sistema de inscripción se administre y organice de modo que sea fácil registrarse y efectuar consultas de forma eficiente; en particular, que sea posible:

i) inscribir una notificación sin verificar ni evaluar la suficiencia de su contenido;

ii) almacenar las notificaciones en soporte electrónico en una base de datos informatizada, siempre que la capacidad financiera y la infraestructura del Estado promulgante lo permitan;

iii) tener acceso al registro por vía electrónica, por teléfono o por telecopiadora a efectos de inscribir notificaciones o de efectuar consultas, siempre que la capacidad financiera y la infraestructura del Estado promulgante lo permitan; y

g) el régimen prevea normas de asignación de responsabilidad por pérdidas o daños que sobrevengan por un error de administración o de funcionamiento del sistema de inscripción y de consulta.

Contenido necesario de la notificación inscrita

18. A fin de efectuar una inscripción con eficacia jurídica, el régimen debería disponer que en la notificación inscrita consten [únicamente]:

a) el nombre (u otro dato fidedigno identificativo) del otorgante y del acreedor garantizado y sus direcciones respectivas;

b) una descripción de los bienes muebles gravados que se notifiquen;

[c) la duración de una inscripción [si el Estado opta por permitir que la persona que inscriba una notificación determine el número de años de duración de la inscripción] [véase la recomendación 25]; y

[d) una especificación del importe máximo por el que podrá ejecutarse la garantía real.]

El nombre del otorgante como requisito jurídico suficiente para una notificación inscrita

19. El régimen debería disponer que el nombre u otro dato identificativo del otorgante que conste en una notificación inscrita será legalmente suficiente si puede encontrarse la notificación al consultarse el registro por el nombre legal correcto u otro dato identificativo del otorgante. Con ese fin, en el régimen deberían especificarse la normas por las que se determine el nombre legal correcto u otro dato identificativo de particulares y entidades.

La descripción de los bienes consignados en una notificación inscrita como requisito jurídico suficiente

20. El régimen debería disponer que la descripción de los bienes consignados en una notificación inscrita será legalmente suficiente si permite a un tercero que consulte el registro diferenciar los bienes que consten en la notificación de otros bienes del otorgante.

21. Si los bienes consignados en la notificación consisten en una o varias categorías genéricas de bienes muebles, el régimen debería disponer que una descripción genérica será legalmente suficiente.

22. Si los bienes que consten en la notificación constituyen todos los bienes muebles actuales del otorgante o adquiridos posteriormente por éstos, el régimen debería confirmar que será legalmente suficiente describir los bienes gravados con una expresión como “todos los bienes muebles” o con términos equivalentes.

Inscripción anticipada

23. El régimen debería confirmar que una notificación podrá inscribirse antes o después de la constitución de la garantía real a que se refiera.

Una sola inscripción para múltiples acuerdos de garantía

24. El régimen debería confirmar que una única inscripción será suficiente respecto de las garantías reales constituidas en todos los acuerdos de garantía convenidos entre las mismas partes, siempre y cuando graven bienes o categorías de bienes muebles que concuerden con la descripción proporcionada en la notificación inscrita.

Duración y renovación de una inscripción registral

25. El régimen debería fijar la duración de una inscripción registral o permitir que las propias partes interesadas establezcan la duración deseada al inscribir una notificación. El régimen debería prever la posibilidad de prorrogar sucesivamente la duración de una inscripción.

Supresión de una inscripción registral

26. El régimen debería prever un procedimiento sumario que permita al otorgante exigir que se borre una notificación del registro cuando las partes no hayan convenido un acuerdo de garantía o cuando el derecho real de garantía se haya extinguido al haberse satisfecho plenamente las deudas o al haberse cumplido todas las obligaciones garantizadas.

[Otros derechos cuya eficacia depende de una inscripción registral

27. El régimen debería disponer que ciertos derechos solo podrán hacerse valer frente a terceros únicamente cuando se haya inscrito la notificación correspondiente en el registro general de garantías reales. Esos derechos serían los siguientes:

[a) el derecho de un acreedor que mantenga la titularidad sobre los bienes en respaldo del pago del precio de compra de dichos bienes, o de una suma equivalente, en virtud de un contrato de compraventa o de un arrendamiento financiero;] y

[b) el derecho:

i) de un arrendador que dimane de un contrato de arrendamiento no financiero con una duración superior a un año;

ii) de un cesionario que dimane de una de cesión pura y simple [venta] de créditos por cobrar;

iii) de un expedidor que dimane de un contrato de transporte comercial en virtud del cual las mercancías se dejen a cargo de un consignatario en calidad de agente de venta que no sea un subastador ni un consignatario que no actúe como tal en el curso normal de los negocios;

iv) de un comprador que dimane de un contrato de compraventa de mercancías no celebrado en el curso normal de los negocios del vendedor, cuando éste permanezca en posesión de las mercancías durante más de [treinta] [sesenta] [noventa] días; y

v) de un cesionario que dimane de una transferencia de la titularidad para fines de garantía.]

Desposesión del otorgante

28. El régimen debería disponer que:

a) la desposesión del otorgante sólo se considerará suficiente cuando un tercero pueda llegar objetivamente a la conclusión de que los bienes gravados no están efectivamente en posesión del otorgante; y

b) la posesión por parte de un tercero sólo constituirá una desposesión suficiente cuando el tercero no sea agente ni empleado del otorgante y mantenga la posesión en nombre o por cuenta del acreedor garantizado.

Títulos negociables

29. El régimen debería disponer que la desposesión de un documento de título negociable constituirá privación de la posesión de los bienes de que trate el documento mientras dichos bienes se rijan por tal documento.

[Cesión del control jurídico sobre [obligaciones inmateriales] [cuentas de depósito]

30. El régimen debería disponer que [una persona que adeude una obligación inmaterial al otorgante] [una institución depositaria en la que el otorgante mantenga

una cuenta de depósito] deberá responder, en un plazo [determinado] [razonable], a todo escrito por el que un acreedor del otorgante solicite confirmación de si el control jurídico sobre [el cumplimiento de la obligación inmaterial] [la cuenta de depósito] se ha traspasado o no a un acreedor del otorgante.

31. Si el acreedor garantizado y [la persona que adeude la obligación inmaterial] [la institución depositaria] son la misma persona, el régimen debería confirmar que el acreedor garantizado adquirirá el control en cuanto se constituya la garantía real.]

Garantías reales sobre el producto

32 Cuando en el régimen se reconozca un derecho de garantía sobre el producto identificable de los bienes inicialmente gravados, el régimen debería disponer que la garantía real surtirá efecto frente a terceros en cuanto el producto se genere, siempre y cuando:

a) el producto consista en dinero, títulos negociables, documentos de título negociables o créditos por cobrar [incluidas las] [y en] cuentas de depósito;

b) el producto se haya incluido en la descripción hecha en una notificación inscrita en el registro general de garantías reales; o

c) la garantía real sobre el producto surta efecto frente a terceros de forma independiente merced a uno de los métodos enumerados en la recomendación 15 transcurridos […] días después de que el producto se haya generado.

IV. Prelación

Finalidad

33. La finalidad de las disposiciones que rijan la prelación será:

a) permitir que, antes de otorgar crédito, todo posible acreedor garantizado pueda determinar, de manera eficiente y con un alto grado de certeza, el grado de prelación de que gozarán sus garantías reales frente a las de acreedores concurrentes; y

b) permitir que los otorgantes constituyan más de una garantía real sobre el mismo bien y propiciar por esta vía que se aproveche el valor íntegro de sus bienes para facilitar la obtención de crédito financiero.

Alcance de las reglas de prelación

34. El régimen debería prever un conjunto de reglas de prelación que regularan todos los posibles conflictos de prelación entre los acreedores.

Obligaciones garantizadas afectadas

35. El régimen debería disponer que la prelación que se asigne a una garantía real:

a) se hará extensiva a todas las obligaciones garantizadas monetarias o no monetarias que se adeuden al acreedor garantizado [hasta un importe máximo que se indique en la notificación inscrita] y estén respaldadas por la garantía real, incluidos el capital, los gastos, intereses y honorarios; y

b) no se verá afectada por la fecha en que se efectúe pago anticipado o en que se contraiga otra obligación respaldada por la garantía real (esto significa que una garantía real podrá respaldar los futuros pagos adelantados de un préstamo y tendrá la misma prelación que los pagos anticipados de dicho crédito que se hayan efectuado al mismo tiempo que la constitución o la liquidación de la garantía real).

Prelación respecto de bienes adquiridos ulteriormente

36. El régimen debería especificar que una garantía real sobre bienes del otorgante adquiridos o dado en garantía posteriormente tendrá la misma prelación que una garantía real sobre bienes del otorgante ya poseídos o existentes cuando la garantía real surta efecto frente a terceros.

Prelación sobre el producto

37. El régimen debería disponer que el grado de prelación de que goce un acreedor garantizado respecto de un bien gravado se hará extensivo al producto que genere el bien, siempre que se cumplan los requisitos enunciados en la recomendación 32.

Prelación en caso de modificación del método empleado para lograr la eficacia jurídica frente a terceros

38. El régimen debería disponer que, cuando una garantía real adquiera eficacia frente a terceros mediante un método y también se le dé dicha eficacia mediante otro método, la prelación se determinará por la fecha en que concluya el primer método [siempre que no medie un intervalo entre la conclusión del primer método y del segundo].

Prelación de las garantías reales sin eficacia jurídica frente a terceros

Acreedores no garantizados

39. El régimen debería disponer que un acreedor garantizado con una garantía real que no surta efecto frente a terceros [no gozará de ningún otro derecho distinto del que asiste a los acreedores no garantizados] [tendrá prelación frente a los acreedores no garantizados, a menos que el acreedor no garantizado haya procedido a presentar su demanda ante los tribunales o que el otorgante haya pasado a ser insolvente].

Acreedores garantizados

40. El régimen debería disponer que:

a) una garantía real que no surta efecto frente a terceros tendrá menos prelación que una garantía real sobre los mismos bienes gravados que sí sea eficaz frente a terceros, prescindiendo del orden cronológico en que se hayan constituido las garantías reales; y que

b) la prelación de las garantías reales que carezcan de eficacia jurídica frente a terceros se determinará por el orden cronológico en que se hayan constituido.

Prelación de las garantías reales con eficacia jurídica frente a terceros

Acreedores no garantizados

41. El régimen debería disponer que las garantías reales que surtan efecto frente a terceros gozarán de un mayor grado de prelación que las de los acreedores no garantizados.

Acreedores garantizados

42. El régimen debería disponer que:

a) tratándose de dos garantías reales sobre el mismo bien gravado que surtan efecto frente a terceros, salvo en lo previsto en la recomendación 4, la prelación se determinará por el orden en que los respectivos actos realizados para darles eficacia jurídica frente a terceros se hayan producido, aun cuando en ese momento no se haya cumplido uno o varios de los requisitos para la constitución de una garantía real. Si una de las garantías reales se hace valer frente a terceros mediante la posesión del bien gravado, el titular de la garantía real será quien deba demostrar en qué momento obtuvo la posesión de dicho bien;

b) una garantía real cuya eficacia frente a terceros se haga valer mediante el control del bien gravado tendrá prelación sobre las garantías reales que surtan efecto frente a terceros mediante algún otro método;

c) respecto de los títulos negociables, los documentos negociables y el dinero, una garantía real cuya eficacia frente a terceros se haga valer mediante la posesión o el control del bien gravado tendrá mayor prelación que las garantías que surtan efecto frente a terceros mediante la inscripción registral de la garantía real.

Garantía real de la financiación del precio de compra

43. El régimen debería disponer que:

a) una garantía real de la financiación del precio de compra de bienes que se haya hecho valer frente a terceros mediante inscripción en un plazo breve establecido después de que el otorgante haya obtenido la posesión de los bienes tendrá prelación sobre una garantía real concurrente sobre los mismos bienes no relacionada con la financiación del precio de compra que haya surtido efecto frente a terceros mediante inscripción previa [. Los acuerdos de retención de la titularidad deberían cumplir los mismos requisitos aplicables a las garantías reales de la financiación del precio de compra]; y que

[b) si los bienes gravados con una garantía real de la financiación del precio de compra consisten en existencias inventariadas, el régimen debería disponer que, además de inscribir su garantía real y antes de entregar los bienes al otorgante, el acreedor que financie el precio de compra ha de notificar a todos los demás acreedores que ya hayan inscrito sus garantías reales constituidas sobre los mismos bienes a fin de obtener un grado de prelación superior al de tales acreedores.]

Acreedores judiciales

44. El régimen debería disponer que, si la ley aplicable otorga derechos a un acreedor judicial sobre los bienes del deudor judicial en reconocimiento de las formalidades que haya cumplido para hacer ejecutar sus créditos, las garantías

reales que surtan efecto frente a terceros tendrán prelación sobre el derecho real del acreedor judicial que se inscriba después de que la garantía real haya surtido efecto frente a terceros, salvo con respecto a las sumas que el acreedor garantizado haya adelantado al término de un número determinado de días posteriores a la fecha en que el acreedor judicial haya inscrito una notificación de sus derechos reales de garantía.

Compradores de bienes gravados

45. El régimen debería disponer que el derecho de un comprador de bienes quedará sujeto a toda garantía real que haya surtido efecto frente a terceros antes de la compraventa, a menos que el acreedor garantizado haya autorizado la venta, salvo si un comprador que adquiera existencias inventariadas gravadas en el curso normal de los negocios del vendedor (y toda persona cuyos derechos sobre los bienes gravados nazcan de su relación con tal comprador) obtenga los bienes libres de una garantía real sobre esos bienes que surta efecto frente a terceros, aun cuando tal comprador tenga conocimiento de la existencia de la garantía real.

Reclamaciones para la devolución de bienes

46. Si el régimen dispone que los proveedores de mercancías tienen derecho a reclamar su devolución en un determinado plazo después de que el otorgante se haya declarado insolvente, el régimen debería establecer también que tal plazo deberá ser corto y que el derecho a reclamar la devolución de los bienes estará sujeto a las garantías reales constituidas sobre dichos bienes que sean eficaces frente a terceros.

Arrendatarios

47. El régimen debería regular el grado de prelación de una garantía real sobre un bien que sea eficaz frente a terceros respecto de los derechos reales de un arrendatario de tales bienes.

Tenedores de pagarés y documentos negociables

48. El régimen debería disponer que [una persona que en virtud de otra ley obtenga derechos sobre un pagaré o un documento negociable exento de reclamación alguna] [un tenedor legítimo de un pagaré o de un documento negociable] tendrá derecho a recibir tales bienes libres de toda garantía real que surta efecto frente a terceros.

Titulares de derechos reales sobre dinero

49. El régimen debería disponer que las personas que entreguen valor a cambio de dinero y que estén en posesión del dinero tendrán derecho a obtener dinero sin estar sujetas a una garantía real que pese sobre él y que solo surta efecto frente a terceros mediante inscripción de la garantía real.

Acreedores legales (privilegiados)

50. En el régimen deberían limitarse, en número y cuantía, los créditos privilegiados que tengan prelación sobre las garantías reales que sean eficaces frente

a terceros y, si existen créditos privilegiados, deberían describirse con claridad y precisión.

Titulares de derechos sobre bienes que mejoren o almacenen

51. Si en la ley aplicable se conceden derechos equivalentes a las garantías reales a un acreedor que haya añadido valor a los bienes (por ejemplo, reparándolos) o que haya preservado su valor (por ejemplo, almacenándolos), tales derechos deberían circunscribirse a las mercancías cuyo valor se haya incrementado o preservado y que estén en posesión de tal acreedor, y deberían surtir efecto frente a los titulares de garantías reales sobre los bienes que surtan efecto frente a terceros solo si el valor añadido por el mejoramiento o la preservación beneficia directamente a los titulares de derechos reales preexistentes [*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si procede exigir la inscripción de las garantías reales*.]

Accesorios fijos

52. El régimen debería establecer normas que rijan la prelación relativa de que gozará un titular de un derecho real sobre accesorios fijos frente a personas con derechos sobre los bienes inmuebles a los que los accesorios fijos estén incorporados, como sería, por ejemplo, una persona (distinta del otorgante) que tuviera derecho de propiedad sobre los bienes inmuebles, el comprador de esos bienes o un acreedor cuyas garantías reales abarcaran la totalidad de los bienes inmuebles.

Representantes de la insolvencia

53. El régimen debería disponer que la prelación de un acreedor garantizado no deberá verse menoscabada en un procedimiento de insolvencia del otorgante, a reserva de las disposiciones relativas a los créditos privilegiados y a las acciones de impugnación que sean aplicables en virtud de los regímenes de la insolvencia.

Acuerdos de subordinación

54. En el régimen deberían reconocerse los acuerdos que modifiquen el orden de prelación de las garantías reales, siempre que afecten únicamente a las personas que accedan a tal modificación. Los acuerdos de subordinación deberían ser vinculantes para tales personas, aun cuando sobreviniera la insolvencia del otorgante de las garantías reales.

A/CN.9/WG.VI/WP.13 y Add.1

Recomendaciones relativas al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su sexto período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

Párrafos

V. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento 55-57
VI. Incumplimiento y vía ejecutoria 58-72
VII. Insolvencia . . . . .
VIII. Conflictos de leyes. 73-85
IX. Transición 86-93

V. Derechos y obligaciones de las partes con anterioridad al incumplimiento

Finalidad

55. Las disposiciones sobre el régimen aplicable a los derechos y obligaciones de las partes antes del incumplimiento tienen por objeto:

a) Prever cláusulas suplementarias para todo acuerdo de garantía con objeto de dar a las operaciones garantizadas una mayor eficiencia y previsibilidad;

b) Reducir los gastos de las operaciones eliminando la necesidad de negociar y prever cláusulas para los acuerdos de garantía que ofrezcan una base aceptable para concertar un acuerdo;

c) Reducir las posibilidades de que surjan controversias;

d) Ofrecer a las partes orientación en la redacción del acuerdo de garantía o facilitarles una lista de referencia a la que puedan remitirse durante la negociación y la concertación del acuerdo de garantía; y

e) Promover la autonomía de las partes.

Autonomía contractual de las partes

56. La ley debería permitir que las partes renunciaran a sus derechos y deberes o que los modificaran, siempre y cuando tal renuncia o tal modificación no fuera en contra del orden público o no dejara desprotegidos a terceros.

Reglas supletorias

57. La ley debería prever reglas supletorias, de carácter no imperativo, que fueran aplicables, salvo acuerdo en contrario de las partes. Estas reglas deberían, entre otras cosas:

a) Obligar al otorgante o al acreedor garantizado que esté en posesión de los bienes gravados a mantener dichos bienes en buenas condiciones;

b) Preservar los derechos reales de garantía, inclusive el derecho a percibir el producto o los frutos civiles derivados del bien gravado;

c) Conceder al otorgante el derecho a utilizar y a mezclar los bienes gravados, así como a disponer de ellos, en el curso ordinario de los negocios; y

d) Garantizar la exoneración de la parte concernida de toda obligación garantizada, una vez que ésta haya sido cumplida.

VI. Incumplimiento y vía ejecutoria

Finalidad

58. Las disposiciones sobre el régimen aplicable al incumplimiento y a la vía ejecutoria tienen por objeto:

a) Prever procedimientos claros y sencillos para ejecutar las garantías reales, en caso de incumplimiento del deudor, de forma previsible y eficiente;

b) Incrementar al máximo el valor de la liquidación de los bienes gravados;

c) Prever la clausura de las operaciones una vez cumplido el procedimiento de ejecución;

d) Definir en términos claros la posibilidad de que el acreedor garantizado y el otorgante convengan el procedimiento de ejecución;

e) Disponer que el acreedor garantizado, al hacer valer sus derechos, deba actuar de buena fe y atenerse a normas razonables desde el punto de vista mercantil sin violar el orden público; y

f) Coordinar los derechos y procedimientos de ejecución previstos en el régimen de las operaciones garantizadas con los derechos y procedimientos que puedan tener otras partes en virtud de otras disposiciones legales, incluido el régimen de la insolvencia.

Notificación de incumplimiento y ejecución

59. [La ley debería:

a) Establecer si deberá prestarse notificación del incumplimiento y de la ejecución y a qué partes habrá que dar tal notificación;

b) Especificar el contenido mínimo de toda notificación, la forma en que deberá darse y el momento en que deberá prestarse;

c) Disponer que en la notificación deberá especificarse también el cálculo, efectuado por el acreedor garantizado, de la suma que se le adeude a consecuencia del incumplimiento; y

d) Concretar las medidas que el deudor o el otorgante podrán adoptar para subsanar el incumplimiento o para recuperar los bienes gravados.]

Ejecución judicial y extrajudicial

60. La ley debería prever que el acreedor garantizado dispusiera, a raíz de un incumplimiento, de las siguientes opciones:

a) Recurrir a un tribunal o a otras autoridades para que ordenen la ejecución de su garantía real; o

b) Ejecutar su garantía real sin recurrir a instituciones estatales oficiales.

61. Cuando el deudor, el otorgante u otras partes interesadas (por ejemplo, un acreedor garantizado con menor grado de prelación, un otorgante, un copropietario de los bienes gravados, o un nuevo acreedor garantizado) se opongan a las medidas adoptadas por el acreedor garantizado para ejecutar sus derechos, la ley debería brindar a dichas partes la oportunidad de recurrir a una entidad judicial o administrativa para que ordene la revisión de los actos realizados por el acreedor garantizado. En este proceso deberían preverse salvaguardias para evitar que el deudor, el otorgante u otros terceros interesados presentaran demandas infundadas con objeto de demorar la ejecución.

Autonomía contractual de las partes

62. La ley debería permitir que las partes en un acuerdo de garantía concertaran el procedimiento de ejecución de garantías reales entre las partes, siempre y cuando lo convenido se ajustara a la reglas generales del derecho de contratos y obligaciones y a la recomendación 58 e). La obligación de demostrar que el acuerdo sobre el procedimiento de ejecución no cumple los mencionados requisitos corresponderá a la parte que impugne dicho acuerdo.

Aceptación de los bienes gravados como cumplimiento de la obligación garantizada

63. La ley debería prever un procedimiento en virtud del cual el deudor, el otorgante y el acreedor garantizado pudieran convenir en que el acreedor garantizado aceptara los bienes gravados como pago total o parcial de la obligación garantizada. La ley debería prever salvaguardias para proteger a otras partes interesadas.

Medios para subsanar un incumplimiento

64. Tras registrarse un incumplimiento, y hasta que el acreedor garantizado enajenara los bienes gravados, la ley debería permitir que el deudor, el otorgante u otras partes interesadas satisficieran la obligación garantizada por los bienes gravados mediante el pago del saldo de la obligación garantizada, incluidos los intereses devengados y los gastos de ejecución realizados hasta el momento en que

se subsanara el incumplimiento. La ley debería especificar que, al efectuarse tal pago, concluiría el procedimiento de ejecución.

Distribución de los bienes gravados y distribución del producto

65. La ley debería prever normas claras, en su caso, sobre las notificaciones y también sobre los procedimientos por los que el acreedor garantizado pudiera disponer de los bienes gravados y por los que se distribuyera el producto.

66. Entre los procedimientos generales para la enajenación de los bienes gravados debería figurar un método de divulgación de la enajenación propuesta, tanto si ésta se realizara mediante subasta pública o venta, como si la enajenación incluyera el derecho del acreedor garantizado a vender o a arrendar los bienes gravados o a conceder licencias al respecto, o, en el caso de bienes inmateriales y de los títulos negociables, a cobrar el importe de los bienes gravados.

Cobro de bienes inmateriales y de títulos negociables

67. La ley debería prever disposiciones especiales para el cobro de bienes inmateriales y de títulos negociables, inclusive el derecho de toda persona que tuviera la obligación de efectuar pagos pendientes a pagar su importe directamente al acreedor garantizado.

Accesorios fijos

68. La ley debería prever disposiciones especiales que regularan la forma en que deberá proceder un acreedor garantizado cuando en una única operación se hayan constituido garantías reales a la vez sobre bienes muebles y sobre bienes inmuebles.

Déficit y superávit

69. Toda suma excedentaria sobrante tras la enajenación de los bienes gravados y el pago de la obligación garantizada debería restituirse al otorgante, a menos que el acreedor garantizado tenga la obligación de distribuir el producto entre otros acreedores. Cuando la suma obtenida no sea suficiente, el acreedor debería cobrar del deudor el saldo por liquidar como crédito no garantizado.

Extinción del crédito

70. La ley debería especificar que, una vez enajenados los bienes gravados, se extinguirán los derechos que puedan tener el otorgante y el acreedor garantizado sobre dichos bienes, y que el comprador u otra persona que adquiera la titularidad de los bienes gravados no verá limitada su titularidad por eventuales derechos del otorgante, del acreedor garantizado ni de cualquier otro acreedor garantizado que goce de un grado de prelación inferior al del primer acreedor garantizado.

Coordinación con otras disposiciones legales

71. La ley debería coordinarse con el derecho general de procedimiento civil de modo que los acreedores garantizados tengan derecho a intervenir en los procedimientos judiciales entablados por otros acreedores del otorgante con miras a proteger las garantías reales y a asegurar que en la ley se mantenga el mismo orden de prelación entre los créditos.

Transferencia y retención de la titularidad

72. La ley debería disponer que todo cesionario de la titularidad a efectos de garantía debería tener derecho a hacer cumplir sus derechos del mismo modo que cualquier otro acreedor garantizado. [El tenedor de un simple derecho de retención de la titularidad debería tener derecho a hacer cumplir sus derechos [, al igual que un propietario de los bienes gravados] [del mismo modo que cualquier otro acreedor garantizado.]]

VII. Insolvencia

[*Nota para el Grupo de Trabajo: las recomendaciones relativas a la insolvencia no se insertarán hasta que la Comisión haya concluido el examen del proyecto de guía de la insolvencia.*]

VIII. Conflictos de leyes

Finalidad

73. La finalidad de las disposiciones sobre conflictos de leyes es determinar el derecho que será aplicable a la constitución de una garantía real y a la eficacia de la misma frente a terceros, así como al grado de prelación y a la ejecución de la garantía real.

Garantías reales posesorias sobre bienes corporales

74. La ley debería disponer que la constitución de una garantía real posesoria sobre bienes corporales, su eficacia frente a terceros y su grado de prelación deberán regirse por la ley del Estado en que se encuentre el bien gravado.

Garantías reales no posesorias sobre bienes inmateriales

75. La ley debería disponer que la constitución de una garantía real no posesoria sobre bienes inmateriales, su eficacia frente a terceros y su grado de prelación deberán regirse por la ley del Estado en que se encuentre el otorgante.

Garantías reales no posesorias sobre bienes corporales

76. La ley debería disponer que la constitución de una garantía real no posesoria sobre bienes corporales, su eficacia frente a terceros y su grado de prelación deberán regirse por la ley del Estado en que se encuentre el bien gravado, salvo si se trata de bienes corporales normalmente utilizados en más de un Estado, en cuyo caso esas cuestiones deberán regirse por la ley del Estado en que se encuentre el otorgante.

Producto

77. La ley debería disponer que las reglas sobre conflictos de leyes aplicables al producto deberán ser las mismas que se apliquen a una garantía real sobre los bienes originales gravados que sean del mismo tipo que el producto [con la salvedad de que la constitución de una garantía real sobre el producto deberá regirse por la ley

aplicable a la constitución de la garantía sobre el bien original gravado del que se derive el producto].

Criterios de ubicación

78. La ley debería disponer que, en las recomendaciones 73 a 75, la ubicación de los bienes o del otorgante remita, a efectos de la constitución de una garantía real, al lugar en que se encontraban en el momento de constituirse la garantía real y, a efectos de eficacia frente a terceros y de prelación, al lugar en que se encontraban al plantearse la cuestión.

79. La ley debería disponer también que toda garantía real que sea eficaz frente a terceros en virtud de la legislación del Estado pertinente seguirá siéndolo frente a terceros en todo otro Estado a partir del momento en que los bienes o el otorgante se desplacen a ese otro Estado, siempre que se cumplan en un determinado plazo los requisitos para dar eficacia frente a terceros a la garantía real en dicho Estado.

Bienes en tránsito

80. La ley debería disponer que podrá constituirse válidamente una garantía real sobre [bienes] [bienes corporales] en tránsito y dársele eficacia frente a terceros en virtud de la legislación del Estado de destino, siempre y cuando dichos [bienes] [bienes corporales] se trasladen a dicho Estado en un plazo especificado.

Excepción a la autonomía de las partes

81. La ley debería disponer que las partes en un acuerdo de garantía no podrán apartarse de las reglas enunciadas en las recomendaciones 73 a 79.

Cuestiones de ejecución

82. La ley debería disponer que:

Variante A

Las cuestiones sustantivas que afecten a la ejecución de una garantía real deberán regirse por la ley del Estado en que se ejecute la garantía.

Variante B

Las cuestiones sustantivas que afecten a la ejecución de una garantía real deberán regirse por la ley que reglamente el grado de prelación de la garantía, a reserva, no obstante, de las reglas del Estado en que se ejecute la garantía que sean imperativas independientemente del derecho por lo demás aplicable.

Variante C

Las cuestiones sustantivas que afecten a la ejecución de una garantía real deberán regirse por la ley que reglamente la relación contractual entre el acreedor garantizado y el otorgante, a reserva, sin embargo, de las reglas del Estado en que se ejecute la garantía que sean imperativas independientemente del derecho por lo demás aplicable.

Cuestiones de procedimiento

83. La ley debería disponer que las cuestiones de procedimiento relativas a la ejecución de garantías reales deberán regirse por la ley del Estado en que se ejecute la garantía.

Repercusiones de la insolvencia en las reglas sobre conflictos de leyes

84. La ley debería disponer que el hecho de que se produzca una situación de insolvencia no permitirá recurrir a otras reglas que no sean las reglas sobre conflictos de leyes aplicables a la constitución de garantías reales y a su eficacia frente a terceros. Con respecto a la prelación, seguirá rigiendo la ley que sea aplicable en virtud de las reglas sobre conflictos de leyes, a reserva de las disposiciones imperativas que prevea el régimen de la insolvencia del Estado promulgante.

La ejecución de garantías reales en procedimientos de insolvencia

85. La ley debería disponer que el régimen de la insolvencia del Estado en que se entable un procedimiento de insolvencia (*lex fori concursus*) regirá todos los aspectos de la ejecución de una garantía real en el procedimiento de insolvencia (véanse las recomendaciones 179 a 184 de la Guía de la Insolvencia).

IX. Transición

Finalidad

86. La finalidad de las disposiciones de la ley relativas a la transición es prever una transición equitativa y eficiente entre el régimen aplicable antes de la promulgación de la ley y el régimen aplicable después de dicha promulgación.

Fecha de entrada en vigor

87. La ley debería especificar una fecha posterior a su promulgación en la que entrara en vigor (la "fecha de entrada en vigor"), habida cuenta:

a) De las repercusiones que pueda tener la fecha de entrada en vigor en las decisiones sobre la concesión de crédito financiero y, en particular, en la obtención de los máximos beneficios que pueda aportar la ley;

b) De los acuerdos reglamentarios, institucionales, educativos y de otra índole que pudieran ser necesarios o de las mejoras de las infraestructuras que debiera hacer el Estado; de la ley preexistente y de otras infraestructuras;

c) De la armonización de la ley con otras disposiciones legislativas; y

d) Del contenido de las normas constitucionales que regulen las operaciones efectuadas antes de la entrada en vigor de la ley; y de la pauta o de la práctica más conveniente para fijar la entrada en vigor de legislación (por ejemplo, el primer día de un mes).

Período de transición

88. La ley debería fijar un período posterior a la fecha de entrada en vigor ("el período de transición") durante el cual los acreedores que, en virtud de la legislación anterior, dispusieran de garantías reales eficaces frente al otorgante y a terceros pudieran adoptar medidas para cerciorarse de que esas garantías seguirían teniendo eficacia frente al otorgante y frente a terceros en virtud de la nueva ley. Cuando esas medidas se adopten durante el período de transición, la ley debería disponer que no habría solución de continuidad en la eficacia de los derechos del acreedor frente a dichas partes.

Prelación

89. La ley debería prever reglas claras para determinar:

a) La ley que regirá las cuestiones de prelación entre las garantías reales constituidas después de la fecha de entrada en vigor de la ley;

b) La ley que regirá las cuestiones de prelación entre las garantías reales constituidas antes de la fecha de entrada en vigor de la ley;

c) La ley que regirá las cuestiones de prelación entre las garantías reales constituidas antes de la fecha de entrada en vigor de la ley y las constituidas posteriormente.

90. La ley debería disponer que las cuestiones de prelación entre las garantías reales constituidas después de la fecha de entrada en vigor de la ley deberán regirse por dicha ley.

91. La ley debería disponer de forma general que las cuestiones de prelación entre las garantías reales constituidas antes de la fecha de entrada en vigor de la ley deberán regirse por la legislación anterior. No obstante, la ley debería prever asimismo que solo pueda aplicarse la anterior legislación si, después de la fecha de entrada en vigor, no se produce ningún hecho que hubiera supuesto un cambio en el orden de prelación en virtud de la legislación anterior. De producirse un hecho de esa índole, la ley debería determinar el orden de prelación.

92. Con respecto a la prelación entre las garantías reales constituidas antes de la fecha de entrada en vigor y las constituidas posteriormente, la ley debería disponer que sus disposiciones serán aplicables siempre y cuando el titular de una garantía anterior a la fecha de entrada en vigor pueda obtener prelación, durante el período de transición, adoptando las medidas que sean necesarias en virtud de la ley. Durante el período de transición, la prelación de la garantía real constituida antes de la entrada en vigor de la ley debería mantenerse como si la ley no hubiera entrado en vigor. Si durante el período de transición se adoptan las medidas oportunas, el titular de una garantía real constituida antes de la fecha de la entrada en vigor de la ley debería gozar del mismo grado de prelación que habría tenido si la ley hubiera estado en vigor en el momento de realizarse la operación original y dichas medidas se hubieran adoptado en ese momento.

93. Cuando una controversia esté en litigio (o esté sujeta a un sistema comparable de solución de controversias) en la fecha de entrada en vigor de la ley, ésta debería especificar que no es aplicable a los derechos y obligaciones de las partes.

A/CN.9/WG.VI/WP.14

C. Informe del Secretario General sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su sexto período de sesiones

(A/CN.9/WG.VI/WP.14 y Add.1 y 2 y Add.4) [original: inglés]

ÍNDICE

Párrafos

V. Validez frente a terceros 1-75

A. Observaciones generales 1-75

1. Introducción 1-5

2. Privación de la posesión 6-9

a) Consideraciones generales 6

b) Entrega de la posesión de los bienes gravados a un tercero 7-9

3. Traspaso al acreedor garantizado del control sobre las obligaciones inmateriales 10-14

a) Créditos por cobrar comerciales y otros créditos monetarios 10-12

b) Cuentas de depósito 13-14

4. Formas de publicidad basadas en la titularidad del bien gravado 15-17

a) Sistemas basados en un registro de la propiedad 15-16

b) Certificados de la titularidad o propiedad de un bien 17

5. Inscripción de un aviso de la garantía en un registro general de las garantías reales 18-64

a) Consideraciones generales 18-22

b) Indización por referencia a los bienes o a nombre del otorgante 23-27

c) Contenido del aviso inscrito en el registro 28-38

d) Acceso a información más detallada 39-40

e) Duración de la inscripción registral 41-43

f) Cuestiones administrativas 44-52

g) Inscripción anticipada 53-55

h) Otros derechos que deban ser objeto de inscripción 56-62

i) Vías de notificación alternativas 63-64

Párrafos

6. Vías alternativas a la de un registro general de las garantías reales para las garantías no posesorias o sin desplazamiento 65-70

a) Consideraciones generales 65-66

b) Acreedores garantizados concurrentes 67

c) Compradores de bienes gravados 68

d) Representante de la insolvencia del otorgante y acreedores respaldados por una sentencia declaratoria 69-70

7. Validez frente a terceros de una garantía real constituida sobre el producto del bien gravado 71-75

B. Recomendaciones . . . . .

V. Validez frente a terceros

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Todo régimen de operaciones garantizadas suele obligar al acreedor garantizado a adoptar alguna medida adicional para que su garantía constituida sobre los bienes gravados surta efecto frente a terceros. Este requisito adicional cumple un doble cometido. En primer lugar, ampara a todo tercero que haya de negociar con los bienes muebles del otorgante frente al riesgo de que dichos bienes hayan sido previamente constituidos en garantía. En segundo lugar ofrece un punto de referencia temporal para determinar el orden de prelación entre los acreedores garantizados y entre un acreedor garantizado y otros acreedores concurrentes.

2. El presente capítulo está dedicado al estudio de los cinco métodos que gozan de mayor aceptación para cerciorarse de que una garantía real surtirá efecto frente a terceros. El primero de ellos funciona únicamente respecto de los bienes corporales identificables, ya que consiste en desposeer o privar al otorgante de la posesión del bien o de los bienes constituidos en garantía. El segundo consiste en una prolongación de dicha técnica de la desposesión, al otorgarse al acreedor garantizado cierto control sobre el valor de las obligaciones inmateriales contraídas por un tercero frente al otorgante de la garantía. El tercer método podrá utilizarse únicamente si los bienes gravados son bienes muebles determinables o identificables para los que el Estado promulgante haya establecido un registro de la propiedad en el que sea anotable todo gravamen real constituido sobre un bien inscrito. El cuarto método consiste en anotar la garantía constituida sobre el propio título o certificado de propiedad del bien gravado. De nuevo, este método sólo será utilizable cuando el bien gravado sea un bien mueble corporal determinable para el que la ley, por lo demás aplicable, del Estado promulgante tenga previsto que su propiedad sea fehacientemente probada por un título o certificado emitido para dicho fin.

3. El quinto y más completo método de publicidad consiste en hacer inscribir un aviso sencillo o simple anotación de la garantía real en un registro general de las garantías reales. Dichas anotaciones estarán indizadas en función de la identidad del otorgante de la garantía y no en función del bien gravado. Ello significa que una única anotación podrá servir para que un tercero interesado pueda informarse de si existe alguna otra garantía real otorgada sobre cualquier bien mueble corporal o inmaterial del que dicho otorgante sea actualmente propietario o que pueda adquirir en el futuro. La anotación de una garantía real en dicho registro no constituye una prueba en sí de que el otorgante sea el propietario del bien gravado o de la existencia de la garantía real anotada. Ahora bien, dicha inscripción constituye un requisito previo para la validez frente a terceros de toda garantía real que haya sido o pueda ser otorgada. En ausencia de dicha inscripción, la garantía alegada no surtirá efecto frente a ningún tercero.

4. Dicha inscripción de un aviso o simple anotación en el registro no constituye únicamente un requisito previo para la validez frente a terceros de una garantía real no posesoria o sin desplazamiento, sino que contribuye asimismo a la determinación del orden de prelación. Evidentemente, la inscripción registral constituye un hecho temporal objetivamente verificable que servirá para determinar la prelación entre los acreedores garantizados o entre un acreedor garantizado y otro acreedor concurrente.

5. La prelación es objeto de un capítulo aparte de la presente Guía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1). Ahora bien, el vínculo existente entre inscripción y prelación ocupa un lugar importante a lo largo de todo este capítulo, por lo que estos dos capítulos deben ser leídos en función uno del otro.

2. Privación de la posesión

a) Consideraciones generales

6. Si bien el hecho de privar al otorgante de la garantía de la posesión del bien gravado no constituye una prueba directa o incuestionable de la existencia de una garantía real, sí minimiza el riesgo de que los acreedores o algún tercero puedan ser engañados por la titularidad aparente retenida por el otorgante. Por ese motivo, la desposesión del otorgante ha sido tradicionalmente aceptada como un hecho formal suficiente para la constitución de una garantía real y para que dicha garantía surta efecto frente a terceros (véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, párr. 57).

b) Entrega de la posesión de los bienes gravados a un tercero

7. La desposesión de un otorgante no requiere necesariamente que el bien gravado pase directamente a manos del acreedor garantizado. Bastará con que dicho bien esté en posesión de un tercero, que podrá ser un agente o representante del acreedor garantizado, con tal de que un espectador objetivo pueda razonablemente concluir que el bien gravado no está en posesión o bajo el control del otorgante.

8. La desposesión por un tercero no requiere necesariamente que el bien gravado sea retirado de los locales del otorgante. Existen arreglos de depósito externo por los que un tercero asume el control de las existencias y demás bienes gravados del otorgante mediante un representante ubicado en los locales del otorgante. Dicho tercero se verá amparado por el hecho de que el otorgante no podrá disponer de los

bienes gravados sin el consentimiento y la cooperación del acreedor garantizado que actuará a través de dicho tercero depositario (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párr. 7).

9. Si los bienes gravados se encuentran bajo la cobertura legal de un título negociable, por ejemplo, un conocimiento de embarque, un conocimiento o resguardo de almacén, el porteador o el guardián del almacén estará obligado a entregar los bienes incorporados a dicho título a la persona que esté en posesión del mismo. La entrega de un título negociable debidamente endosado constituye por ello una forma alternativa de privar al otorgante de la posesión de los bienes constituidos en objeto de dicho título.

3. Traspaso al acreedor garantizado del control sobre las obligaciones inmateriales

a) Créditos por cobrar comerciales y otros créditos monetarios

10. En todo ordenamiento jurídico que acepte la negociabilidad de un certificado u otro título bursátil (para las acciones u obligaciones bursátiles), la entrega de dicho certificado con todo endoso que sea necesario transferirá el fruto o beneficio económico de toda obligación debida por el emisor del certificado al acreedor garantizado. La entrega en depósito del certificado constituye por ello un equivalente funcional de la desposesión por medio de un agente del acreedor garantizado. Cabe obtener el mismo resultado a través de un valor bursátil certificado que obre en manos de una cámara de compensación o agencia bursátil anotando el nombre del acreedor garantizado en los libros de dicha cámara o agencia y respecto de todo valor bursátil sin certificar, inscribiendo el nombre del acreedor garantizado en los libros de la sociedad emisora. En el supuesto de inversiones depositadas en manos de un tercero, cabrá transferir control sobre las obligaciones asumidas por el corredor u otro intermediario ya sea colocando la cuenta de inversión a nombre del acreedor garantizado, o ya sea obteniendo del intermediario su consentimiento de que aceptará las órdenes del acreedor garantizado.

11. La presente Guía no trata de las cuestiones suscitadas por las garantías reales constituidas sobre fondos o cuentas de inversión. No obstante, la idea del control como método para obtener la validez de una garantía real frente a terceros, será aplicable a otros tipos de obligaciones inmateriales asumidas por un tercero frente al otorgante. Por ejemplo, la constitución en garantía de un crédito por cobrar comercial ordinario u otro crédito monetario suele facultar al acreedor así garantizado, en todo supuesto incumplimiento imputable al otorgante, a reclamar el pago de dicho crédito ante el deudor del mismo. La facultad de reclamar el pago supone el traspaso del control efectivo del crédito monetario al acreedor garantizado.

12. Ahora bien, por lo general un acreedor garantizado no reclamará el pago directo de una obligación monetaria debida al otorgante hasta que haya un incumplimiento de parte del otorgante. Aun cuando un crédito monetario sea cedido a título de venta, con frecuencia el cesionario dejará su cobro en manos del cedente. En vista de estas consideraciones prácticas, quizá fuera preferible considerar la reclamación del pago como una mera técnica de cobranza o de ejecución y no como un método para dotar a la garantía real de validez frente a terceros. Éste sería particularmente el caso en todo supuesto en que tanto un acreedor garantizado como

un cesionario disponga de la posibilidad de hacer inscribir su operación en un registro de operaciones garantizadas. La publicidad por inscripción en un registro ofrece un medio sin duda alguna más eficiente de evaluar el riesgo en materia de prelación al inicio de toda nueva operación, particularmente cuando la garantía real recaiga sobre todos los créditos monetarios presentes o futuros del otorgante.

b) Cuentas de depósito

13. Cuando el bien gravado está en forma de una cuenta de depósito abierta por el otorgante en una entidad financiera o en otra institución depositaria, cabe traspasar el control de la misma al acreedor garantizado poniendo dicha cuenta a su nombre. Cabe también que las partes concierten un acuerdo de control sobre la cuenta en el que la institución se comprometa a seguir únicamente, respecto de la cuenta dada en garantía, las instrucciones u órdenes que reciba del acreedor garantizado. Para amparar a los acreedores del otorgante y a todo otro tercero interesado, tal vez proceda obligar a la institución depositaria a que responda a toda solicitud de información confirmatoria sobre si existe o no algún acuerdo de control sobre una cuenta de depósito que se presuma gravable.

14. Tal vez la propia institución depositaria tenga algún crédito monetario frente al titular de la cuenta. En vez de obligarla a concertar un acuerdo de control sobre la cuenta, tal vez proceda presumir que la institución depositaria que acepta como garantía la cuenta de depósito de su cliente, asume automáticamente el control de dicha cuenta con arreglo al derecho interno aplicable. Ahora bien, para amparar a todo tercero interesado, tal vez proceda exigir que dicha institución notifique, a todo tercero interesado que se lo solicite, el hecho de que ella misma goza de un acuerdo tácito de control sobre la mencionada cuenta de depósito.

4. Formas de publicidad basadas en la titularidad del bien gravado

a) Sistemas basados en un registro de la propiedad

15. La privación del bien gravado, o desposesión del otorgante de una garantía real, y toda otra técnica de control equivalente funcionará únicamente si el otorgante puede renunciar a la utilización o disfrute del bien o de los bienes gravados. Estas técnicas no funcionan cuando el otorgante necesita retener el control del bien gravado para seguir prestando sus servicios o fabricando sus productos o para obtener algún otro beneficio del bien gravado.

16. Respecto de ciertas categorías de bienes de elevado valor, algunos Estados tal vez dispongan de algún registro especial similar al registro de la propiedad agraria. Dondequiera que exista un registro de la propiedad, cabrá utilizarlo para inscribir en dicho registro toda garantía real no posesoria o sin desplazamiento constituida sobre alguno de los bienes de elevado valor que estén en él inscritos a fin de que dicha garantía surta efectos frente a terceros. Todo buque, aeronave, derecho de propiedad intelectual (principalmente patentes o marcas registradas) son algunos de los ejemplos mejor conocidos de bienes para los que existe un registro de la propiedad.

b) Certificados de la titularidad o propiedad de un bien

17. Algunos países disponen de un sistema de certificación de la propiedad de ciertos bienes muebles (por ejemplo, vehículos motorizados) que sirva para dar fe

de la adquisición o de la transferencia del bien que sea objeto del certificado. En dichos países, la inscripción de una garantía real otorgada por el propietario designado en el certificado suele bastar para que dicha garantía surta efecto frente a terceros.

5. Inscripción de un aviso de la garantía en un registro general de las garantías reales

a) Consideraciones generales

18. Un quinto método para dar publicidad a la garantía real consiste en hacer inscribir un aviso de la misma en un registro público creado para tal fin. A diferencia de los cuatro métodos previamente examinados, la inscripción de un mero aviso ofrece una técnica universal para que la garantía así notificada surta efectos frente a terceros, cualquiera que sea la índole del bien gravado. Como tal, facilita una determinación eficiente del orden de prelación, al permitir que la prelación entre acreedores garantizados, o entre un acreedor garantizado y otros terceros interesados, pueda ser determinada en función de la fecha de inscripción.

19. Un registro de las garantías reales basado en la presentación de un aviso de la garantía constituida funciona de modo muy distinto al de un registro de la propiedad o al de un registro de operaciones garantizadas basadas en la presentación del documento constitutivo de la garantía. Un registro de la propiedad funciona como una fuente de información directa sobre el estado actual del dominio o titularidad sobre determinado bien. Para amparar la integridad de la inscripción de la titularidad, la persona que solicite la inscripción deberá, por lo general, depositar el propio documento acreditativo de su título de propiedad o al menos presentarlo para que lo examine el escribano del registro. De igual modo, en un registro de operaciones garantizadas basado en la documentación presentada, se habrá de presentar la documentación constitutiva de la garantía para que sea examinada por el propio escribano del registro que podrá entonces emitir un certificado de inscripción que constituya, al menos, una prueba presuntiva de la existencia de la garantía real inscrita.

20. Por el contrario, un registro basado en la inscripción de avisos funciona conforme al principio de la publicidad negativa. La inscripción no constituirá una prueba fehaciente de la existencia de la garantía real, sino que constituye un mero aviso dado a terceros de la posible existencia de dicha garantía que permitirá que todo tercero interesado adopte toda medida adicional que estime oportuna para amparar su propio derecho (véase párrafo 39). Dado que dicha inscripción registral constituye un requisito previo para la validez de la garantía real frente a terceros, todo tercero interesado podrá fiarse de la ausencia de una inscripción para concluir válidamente que acepta un bien gravado que está libre de todo otro gravamen anteriormente constituido. No hará falta, por tanto, que el acreedor garantizado inscriba el acuerdo de garantía en sí o demuestre de algún otro modo su existencia. El otorgante de una garantía inscrita estará amparado de toda inscripción no autorizada si el registro ha de informar a todo otorgante designado en un aviso inscrito de toda nueva inscripción solicitada y si se dispone de algún trámite sencillo para obtener la cancelación de toda inscripción no autorizada.

21. La inscripción de meros avisos simplifica mucho el trámite de inscripción y archivo de los datos notificados al registro. Dota, asimismo, de mayor flexibilidad a

todo proceso largo de financiación de una empresa, dado que, de no haberse de cambiar la descripción de los bienes gravados efectuada en el aviso inscrito, nada impide que un único aviso inicial sirva para dar validez frente a terceros a todo acuerdo de garantía sucesivo concertado entre las partes nombradas en un aviso (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, párrafos 19 a 22).

22. La noción de un registro basado en la mera notificación de la garantía goza de notable apoyo internacional. Cabe señalar los sistemas modelo diseñados para dicha finalidad por el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (Principios generales de una ley moderna sobre operaciones garantizadas, 1997; Ley modelo sobre operaciones garantizadas, 1994), por la Organización de los Estados Americanos (Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, 2002) y por el Banco Asiático de Desarrollo (Reforma legislativa y de política registral del Banco Asiático de Desarrollo: una guía sobre los registros de bienes muebles, diciembre de 2002). El Convenio relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, de 2001, y el protocolo conexo sobre las aeronaves prevén un régimen internacional de la prelación de toda garantía real constituida sobre una aeronave a raíz de un acuerdo de garantía, de arriendo financiero o de venta con retención de la titularidad. La Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional ofrece también la inscripción del correspondiente aviso como base para uno de los regímenes optativos de la prelación enunciados en su anexo.

b) Indización por referencia a los bienes o al nombre del otorgante

23. Todo aviso de garantía real inscrito en el registro se deberá indizar conforme a criterios establecidos para facilitar su consulta oportuna. Los avisos inscritos en un registro de operaciones garantizadas suelen estar indizados por referencia a la identidad del otorgante. La indización en función de los bienes solo es posible para bienes que lleven un número de serie o dotados de algún otro factor identificador singular y objetivo. Aun en esos casos, el valor individual de cada artículo de una categoría genérica (por ejemplo, todos los bienes muebles corporales) puede ser demasiado modesto como para justificar el costo de tener que consultar cada anotación por separado. Además, una indización en función de los bienes no serviría para dar aviso de una garantía constituida sobre los bienes que se adquieran posteriormente, o sobre fondos rotatorios de activos, como sería el caso de las existencias de una empresa o de sus créditos por cobrar.

24. La indización en función del otorgante simplifica mucho el proceso de inscripción. El acreedor garantizado podrá dar validez frente a terceros, mediante una única inscripción, a una garantía real constituida sobre todos los bienes muebles del otorgante o sobre los que adquiera posteriormente, así como sobre categorías genéricas de bienes. No necesitará actualizar la inscripción cada vez que el otorgante adquiera un nuevo artículo dentro de la categoría genérica definida en el aviso inscrito.

25. La indización en función del otorgante tiene un inconveniente. Si los bienes gravados pasan a ser objeto de cesiones sucesivas no autorizadas, todo acreedor garantizado eventual o todo comprador no podrá protegerse efectuando una búsqueda por el nombre del propietario aparente inmediato del bien aceptado en

garantía o comprado. Al estar el sistema indizado por el nombre del otorgante, la consulta no revelará una garantía real otorgada por algún propietario anterior.

26. Una solución parcial de este problema consistiría en exigir la indización en función del bien gravado para determinados bienes de elevado valor que tengan identificadores numéricos fiables, por ejemplo, vehículos, buques, autocaravanas, remolques, aeronaves y otros. Aunque la identificación por bienes objetivamente determinables limita la posibilidad de utilizar una única notificación para dar publicidad a una garantía sobre bienes ulteriormente adquiridos, en la práctica dicha técnica solo es necesaria para los bienes de capital utilizados en el negocio del otorgante (y los bienes de consumo utilizados para fines personales en la medida en que estén incluidos en la inscripción). Ahora bien, si los bienes obran en posesión del otorgante como parte de sus existencias comerciales, no habrá problema puesto que todo comprador que adquiere un bien, en el curso normal de un negocio de venta, adquiere dicho bien libre de toda garantía real (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1).

27. Un enfoque alternativo o complementario podría ser exigir que todo acreedor garantizado que tenga conocimiento de una cesión o venta hecha por el otorgante haga inscribir al cesionario o comprador como otorgante adicional en el aviso inscrito, a fin de preservar su prelación sobre todo acreedor concurrente sucesivo. Otra posibilidad sería extender la protección a todo comprador subsiguiente, o a terceros interesados, incluso en supuestos en los que el acreedor garantizado no tenga conocimiento de la enajenación no autorizada efectuada por el deudor (véase también A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, párrafos 64 a 72).

c) Contenido del aviso inscrito en el registro

i. Identificación del otorgante

28. Dado que la identidad del otorgante es el medio que se utiliza comúnmente para consultar todo eventual aviso de garantía, el autor de la inscripción y los que consulten el registro deberán saber cuáles son los datos utilizables para identificar al otorgante, que suelen ser su nombre y dirección.

29. Para toda empresa o persona jurídica otorgante, el nombre utilizable será, por lo general, fácil de verificar consultando el registro mercantil o de entidades comerciales que la mayoría de los Estados llevan. 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.

30. Si el otorgante es una persona individual, la verificación de su nombre correcto resultará algo más difícil. Puede que se le conozca por su apodo y no por su nombre oficial, o que posea documentos de identidad bajo distinto nombre. Tal vez haya cambiado el nombre que se le impuso en su escritura de nacimiento, ya sea por decisión propia o al contraer matrimonio. Toda directriz explícita que ayude a resolver estos casos contribuirá a que el autor de la inscripción y el que consulte el registro se valgan de unos mismos criterios. Por ejemplo, un reglamento u otra norma administrativa por la que se rija el registro podría señalar el orden jerárquico de las fuentes oficiales de datos personales, comenzando por el nombre que aparezca en el acta o partida de nacimiento del otorgante para remitir luego a otras

fuentes (por ejemplo, el pasaporte o el permiso de conducir), si no se dispone del acta de nacimiento o si su consulta no será fácil.

31. Si dos o más otorgantes comparten un mismo nombre, la dirección del otorgante bastará normalmente para resolver toda duda respecto de su identidad. En los Estados en donde muchas personas posean un mismo nombre, tal vez sea conveniente exigir algún dato suplementario, como la fecha de nacimiento del otorgante. Si algún Estado ha adoptado un identificador numérico para sus ciudadanos, cabría también utilizarlo, con el respeto que sea debido a todo dato personal y siempre que se ofrezca algún otro medio de identificación para los otorgantes que no sean nacionales del país.

32. Los efectos de un error en el nombre del otorgante sobre la validez jurídica del aviso inscrito dependerán de la lógica interna del registro de que se trate. Por ejemplo, algunos registros electrónicos están programados para responder únicamente en supuestos en los que el nombre indicado en la búsqueda corresponda exactamente al nombre consignado en la base de datos. En este tipo de registro, cualquier error de inscripción imposibilita la recuperación de los datos para todo el que consulte el registro por el nombre correcto del otorgante. Otros registros responden también a correspondencias cercanas, por lo que tal vez faciliten los datos inscritos, aun cuando se utilice un nombre correcto, que figure incorrectamente inscrito en el registro. La determinación de si un error invalida no obstante la inscripción dependerá de las circunstancias de cada caso. Una solución flexible sería la de tratar el error como decisivo únicamente en el supuesto de que los datos consignados en el aviso se presten a engañar a una persona razonable.

ii. Identificación del acreedor garantizado

33. La inclusión, en el aviso inscrito, del nombre y la dirección del acreedor garantizado, o de su representante, permitirá que todo tercero interesado se ponga en contacto, si es preciso con el acreedor, y servirá de prueba presuntiva de la validez de la prelación de dicho acreedor basada en el aviso inscrito. Las reglas aplicables para determinar el nombre correcto del otorgante son igualmente aplicables al nombre de los acreedores garantizados. Ahora bien, el nombre del acreedor garantizado no es un criterio de indización. Por consiguiente, todo error en su inscripción no entraña el mismo riesgo de engañar a un tercero, por lo que no invalidará el aviso inscrito.

iii. Descripción de los bienes gravados

34. El aviso inscrito deberá contener también una descripción de los bienes gravados. La falta de una descripción menoscabaría la capacidad del otorgante para vender o para gravar bienes que no estén gravados, dado que todo comprador eventual exigiría alguna forma de amparo contra el riesgo de que sí lo estén (por ejemplo, la liberación explícita de dichos bienes por el acreedor garantizado) antes de concertar ninguna operación relativa a cualquiera de los bienes del otorgante. La falta de una descripción reduciría también el valor del aviso frente a un administrador de la insolvencia o a un acreedor con sentencia ejecutoria de su crédito.

35. Aun cuando normalmente se requiera una descripción de los bienes gravados, no es preciso que dicha descripción sea pormenorizada. Una descripción genérica

(por ejemplo, de todos los bienes corporales o de todos los créditos por cobrar) resultaría suficiente para toda persona interesada que consulte el aviso, o incluso bastaría con una descripción supergenérica (por ejemplo, todos los bienes que el otorgante posea en la actualidad o que adquiera ulteriormente). Lo cierto es que una descripción genérica será necesaria para que surta efecto una inscripción de una garantía real constituida sobre bienes que vayan a ser ulteriormente adquiridos o sobre masas rotatorias de bienes como las existencias de almacén o los créditos monetarios.

36. Más difícil de determinar es si bastará con que el aviso indique la índole genérica de los bienes gravados (por ejemplo, bienes muebles corporales), aun cuando la garantía real recaiga únicamente sobre un determinado bien (por ejemplo, un único automóvil), o si la descripción deberá reflejar la índole del bien efectivamente descrito en la documentación informativa de la garantía real.

37. El primer enfoque simplificaría el proceso de inscripción y reduciría el riesgo de un error en la descripción. Permitiría además que las partes modificaran su acuerdo de garantía para extenderlo a otros bienes de la misma categoría genérica, sin tener que efectuar una nueva inscripción. Por el contrario, este enfoque podría dificultar el acceso eventual del otorgante a financiación negociada en función de la porción aún no gravada de sus bienes tan genéricamente descritos. Dado que la prelación depende de la fecha de inscripción, todo acreedor garantizado o comprador subsiguiente de ciertos bienes aún no gravados del otorgante exigirá una renuncia del primer acreedor inscrito o una desgravación explícita de dichos bienes para resguardarse contra el riesgo de que el otorgante extienda ulteriormente a dichos bienes el alcance del acuerdo de garantía inicial.

iv. Fijación de un valor máximo de la obligación garantizada

38. Otra cuestión a resolver es la de si el aviso debe precisar el valor monetario de la obligación garantizada. No procede exigir que se indique el valor exacto previsto, ya que esto restaría flexibilidad a ciertas operaciones crediticias como las operaciones de crédito rotatorio. Ahora bien, cabría obligar al acreedor garantizado a que precisara la cuantía máxima garantizada. Con ello se facilitaría la utilización del valor residual de los bienes que sean objeto de una garantía real genérica, para negociar algún nuevo crédito de otros acreedores garantizados con cargo a dicho valor residual. Ahora bien, todo primer acreedor garantizado por una garantía real genérica sobre los bienes del otorgante suele ser también la fuente de financiación más accesible y barata. Además, dicho requisito de fijar el límite máximo perdería todo valor si se inscriben sistemáticamente en el aviso estimaciones excesivas del valor garantizado.

d) Acceso a información más detallada

39. Los posibles compradores y acreedores garantizados podrán por lo general resolver la cuestión del riesgo de prelación que suponga para su operación la existencia de un aviso previo de garantía real inscrito en un registro sin tener que investigar más a fondo. Pueden negarse a seguir negociando con el otorgante, obtener del acreedor garantizado inscrito un acuerdo de desgravación del bien gravado o de subordinación de la garantía ya inscrita, o exigir del otorgante que obtenga la cancelación de la inscripción (en supuestos en los que la inscripción corresponda a un gravamen ya levantado o en los que un nuevo acreedor

garantizado esté dispuesto a facilitar fondos suficientes para reembolsar el crédito del acreedor garantizado inscrito con anterioridad).

40. La situación de todo tercero que sea un acreedor no garantizado y del representante de la insolvencia, así como de los copropietarios de un bien gravado, es algo distinta. Disponen ya de un derecho efectivo o en potencia sobre los bienes gravados. Ahora bien, el valor de ese derecho sólo podrá ser determinado conociendo el valor de la obligación aún no pagada al acreedor garantizado, dado que dicho crédito goza de prelación sobre el suyo. Dado que el otorgante de la garantía real tal vez no sea una fuente plenamente fiable o neutral de donde poder obtener esta información, tal vez sea conveniente imponer la obligación legal a todo acreedor inscrito de tener que responder directamente a toda solicitud que reciba de un tercero interesado en obtener pormenores de la relación financiera existente dentro de un plazo razonable.

e) Duración de la inscripción registral

41. La duración de una relación financiera garantizada puede ser muy variable. La flexibilidad requerida al respecto puede ser atendida de dos maneras. La primera consistiría en permitir que el autor de la inscripción seleccione la duración deseable, reservándose el derecho de renovar la inscripción. La segunda consistiría en establecer un plazo universal (por ejemplo, de cinco años), que sería también renovable.

42. En la financiación a mediano y largo plazo, el primer enfoque reduce el riesgo de que un acreedor garantizado pierda su prelación por no haber renovado a tiempo la inscripción. En la financiación a corto plazo, el segundo enfoque reduce el riesgo para el otorgante de que un acreedor garantizado haga inscribir un plazo exagerado por un exceso de cautela.

43. Cualquiera que sea el enfoque adoptado, desde la perspectiva del otorgante es necesario cerciorarse de que todo aviso inscrito será cancelado dentro de un plazo razonable a partir del cumplimiento de la obligación garantizada. Las posibles soluciones incluyen la imposición de una sanción financiera a todo acreedor garantizado que no cancele oportunamente su inscripción, complementada por algún trámite administrativo sumario que permita obtener una cancelación imperativa de la inscripción para el supuesto de que el acreedor garantizado no responda a una demanda justificada de obrar así. Como incentivo adicional para obtener una cancelación oportuna, tal vez proceda otorgar al acreedor garantizado el derecho a cancelar gratuitamente la inscripción.

f) Cuestiones administrativas

i. Consideraciones tecnológicas

44. Si los registros se llevan por regiones o distritos, tal vez se hayan de seguir reglas muy complejas para determinar el lugar de inscripción adecuado y para prever las consecuencias registrales de todo eventual traslado de los bienes del otorgante. Pero un único registro nacional se presta, en cambio, a que haya desigualdades de acceso. La informatización de la base de datos del registro resuelve ambos problemas al permitir efectuar la inscripción en un registro central único y al permitir igualmente la inscripción y la consulta a distancia.

45. Una base de datos electrónica puede apoyar un sistema de inscripción totalmente electrónico que dé a sus usuarios un acceso informático directo a la base electrónica de datos, tanto para la inscripción como para las consultas. Esto reduce notablemente los gastos de funcionamiento y mantenimiento del sistema. Aumenta también la eficiencia del proceso de inscripción al poner directamente en manos del autor de la inscripción el control sobre la fecha de entrada de la inscripción, eliminando así todo desfase entre la presentación del aviso y su inscripción efectiva en la base de datos. Lo que quizá sea más importante es que un sistema plenamente electrónico hace recaer toda la responsabilidad de los datos anotados sobre el autor de la inscripción y la responsabilidad de su lectura sobre el que consulta dicha anotación, minimizando así los gastos de funcionamiento y de personal.

46. El grado óptimo de informatización de la base de datos del registro dependerá de los gastos de introducción del nuevo sistema, de la alfabetización informática de la clientela del registro, de la fiabilidad de la infraestructura de comunicaciones existentes, y de la determinación de si los ingresos previstos bastarán para amortizar o recuperar, en un plazo razonable, la inversión requerida para la puesta en marcha del sistema. El objetivo global es hacer que el proceso de inscripción y de consulta sea lo más sencillo, transparente y accesible que sea posible en el contexto particular de cada Estado.

ii. Responsabilidad por todo error del sistema

47. Si el sistema es exclusivamente electrónico no hay riesgo de error humano por parte de la oficina de registro ni en la etapa de inscripción ni en la de consulta. La responsabilidad habrá de ser asumida por el autor de la inscripción o de la consulta. En cuanto al riesgo de avería del sistema sus consecuencias podrán normalmente atenuarse mediante una pronta notificación de los clientes y mediante la prórroga de todo plazo que esté corriendo durante la avería del sistema. En la medida en que la entrada y la consulta de los datos estén a cargo del personal del registro, no cabrá excluir el riesgo de algún error humano de dicho personal en la transcripción o en la recuperación de los datos. Ahora bien, cabrá atenuarlo mediante controles electrónicos de validación del texto y el envío oportuno al cliente de una copia de los datos por él inscritos o del resultado de la consulta.

48. Cualquiera que sea el diseño del sistema, deberá reglamentarse claramente el alcance de la responsabilidad del registro, de haber alguna, por todo error del sistema o de su personal. Cabría arbitrar una solución equitativa asignando una parte de los ingresos del registro a un fondo de indemnización obligatoria, pero imponiendo un techo a la cuantía de la indemnización abonable por todo incidente aislado.

49. En el supuesto de que sea reclamable una indemnización, se habrá de reglamentar también el reparto de las responsabilidades entre el autor de la inscripción y todo tercero interesado que haya de consultarla. Para resolver esta cuestión, cabría presumir, por ejemplo, que un error de indización por parte del personal del registro no restará validez frente a terceros a la garantía inscrita, salvo en el supuesto de que un acreedor garantizado o un comprador del bien gravado pueda probar claramente que sufrió un daño real a resultas de la información errónea que obtuvo del registro.

iii. Tasa de inscripción en el registro

50. El cobro de una tasa elevada de inscripción o de consulta, destinada a reportar ingresos más que a sufragar los gastos de funcionamiento del sistema, equivale a un impuesto sobre las operaciones garantizadas, que en definitiva deberá abonar el otorgante de la garantía. Para facilitar el acceso a crédito garantizado de bajo costo, el registro deberá cobrar tasas nominales que estimulen el recurso a dicho sistema, sin dejar por ello de recuperar la inversión en el registro y sus gastos de funcionamiento en un plazo razonable.

iv. Consideraciones relativas a la confidencialidad

51. Un sistema de inscripción basado en la presentación de avisos salvaguarda mejor la confidencialidad de la relación entre el otorgante y el acreedor garantizado, ya que permite eliminar toda pormenorización innecesaria de su negocio en la inscripción pública.

52. La cuestión de la confidencialidad suscita la de saber si el sistema debe estar concebido para facilitar su consulta en función no solo del nombre del otorgante sino también en función del nombre del acreedor garantizado. La cuantía y el contenido de los avisos inscritos por cierta institución financiera u otro establecimiento de crédito puede tener un valor de mercado como fuente eventual de listas de clientes de un competidor o para empresas que deseen comercializar productos financieros o de otra índole. Si bien esos ingresos adicionales pueden ser tentadores, la recuperación y venta de información de esta índole no corresponde a la función jurídica que incumbe a un registro público y pudiera inhibir el recurso a dicho registro por parte de muchos acreedores garantizados.

g) Inscripción anticipada

53. El establecimiento de un registro de garantías reales permitirá resolver toda cuestión de prelación entre las garantías constituidas sobre un mismo bien en función de la simple regla del “primero inscrito”. Las excepciones a esta regla de la fecha de inscripción se tratan detalladamente en el capítulo sobre la prelación (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, párrafos 13 a 17). Ahora bien, sí procedería resolver en este capítulo la cuestión de si se debe permitir que el acreedor garantizado inscriba una garantía real antes de estar concluido el acuerdo de garantías (noción similar a la de prenotificación de una hipoteca en un registro de la propiedad).

54. La prenotificación o inscripción anticipada de la garantía permitirá que el acreedor garantizado se asegure de la prelación de su garantía frente a otros acreedores garantizados, sin tener que comprobar si se ha efectuado alguna nueva inscripción, antes de adelantar los fondos. La inscripción anticipada evita asimismo el riesgo de que se invalide una inscripción en supuestos en los que el acuerdo de garantía subyacente adolezca de algún defecto técnico detectado en el momento de inscripción y subsiguientemente rectificado o en todo supuesto en el que exista alguna incertidumbre respecto del momento exacto en el que se concluyó el acuerdo de garantía.

55. Por su parte, el otorgante de la garantía podrá protegerse contra el riesgo de que no llegue a concluirse el acuerdo de garantía por el mismo procedimiento que haya de seguir para protegerse contra toda inscripción no autorizada (es decir,

instituyendo la obligación de que el otorgante nombrado en la inscripción deberá ser informado de la misma y previendo un procedimiento sumario por el que el otorgante podrá cancelar la inscripción si el acreedor garantizado autor de la inscripción no abre la línea de crédito en un plazo razonable).

h) Otros derechos que deban ser objeto de inscripción

56. Todo tercero que haya de negociar con un comprador que esté en posesión de bienes muebles corporales a raíz de un acuerdo de compraventa en el que el vendedor haya retenido la propiedad de los bienes a título de garantía del pago del precio de la venta, tropieza con el mismo riesgo que el de un acreedor que negocie con un deudor que siga en posesión de bienes ya gravados. A falta de un registro público de dichos gravámenes, todo tercero interesado, así como todo acreedor que desee obtener la cobertura de una garantía real, no dispondrá de medio objetivo alguno para cerciorarse de que los bienes ofrecidos en venta o a título de garantía no son ya objeto de una cláusula de retención de la titularidad por el vendedor.

57. Una posible forma de aminorar muchos riesgos sería la de obligar a todo vendedor, que venda un bien con retención de su titularidad, a hacer inscribir dicho pacto de retención en un registro de las garantías reales como requisito previo para que dicho vendedor pueda hacer valer su titularidad sobre el bien así vendido frente a terceros que adquieran subsiguientemente algún derecho real sobre ese mismo bien, cuando obre ya en manos de su comprador.

58. Otras categorías de operaciones que den lugar a la subsistencia de un derecho real no posesorio que pudieran ser objeto de un requisito de notificación pública para su validez frente a terceros son:

- Todo arriendo de bienes muebles corporales de cierta duración (por ejemplo, de un año o más);
- Toda cesión pura y simple de créditos monetarios;
- Toda remesa de bienes corporales efectuada para su venta.

59. Tal vez sea más difícil decidir si el orden de prelación aplicable a las garantías reales inscritas debe ser igualmente aplicable a este tipo de operaciones. La regla del “primero inscrito”, conocida también como “regla de la fecha de inscripción”, ofrece evidentes ventajas para resolver el conflicto entre una cesión de créditos por cobrar y una garantía real constituida sobre dichos créditos. Ahora bien, en el supuesto de un arriendo prolongado de maquinaria industrial, de una remesa de mercancías para fines de venta, o de una venta de equipo con retención de la titularidad, deberá condicionarse la ordenación cronológica de la prelación a la necesidad de salvaguardar el derecho real del arrendador de la maquinaria, del expedidor de la remesa o del vendedor de equipo frente a toda garantía real ya otorgada por el receptor de los bienes y previamente inscrita, con la salvaguarda tal vez de que la inscripción de retención de la titularidad sea efectuada dentro de cierto plazo a partir de la fecha de entrega o expedición de los bienes. Los detalles serán tratados en el capítulo consagrado a la prelación (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, párrafos 47 a 55 y 77 a 79).

60. La extensión de los requisitos de inscripción propios de las garantías reales a otras operaciones no catalogadas como operaciones de garantía, pero que cumplan alguna función de garantía similar puede verse recogida en dos convenios

internacionales. El primero es el Convenio relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, que abre el registro internacional creado para los gravámenes previstos por dicho Convenio a otras garantías reales como las constituidas por las ventas con retención de la titularidad o por los acuerdos de arriendo financiero de aeronaves. El segundo es la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, conforme a la cual sus reglas para la selección de la ley aplicable a la validez de las operaciones frente a terceros y sus regímenes de prelación son aplicables tanto a la cesión pura y simple como a la cesión a título de garantía de los créditos por cobrar.

61. Algunos ordenamientos han extendido el alcance del registro de garantías reales para permitir la inscripción de todo aviso de sentencia ejecutoria de un crédito pecuniario, aviso que será indizado por el nombre del deudor de dicho crédito. La inscripción del mencionado aviso vendría a crear un derecho equivalente a una garantía real a favor del acreedor sobre los bienes muebles de la persona declarada deudora. Este enfoque podría indirectamente promover una satisfacción pronta y voluntaria de toda deuda judicialmente confirmada, dado que ningún tercero estaría dispuesto a comprar o a aceptar en garantía bienes así gravados, en tanto que el deudor no haya pagado su deuda judicialmente declarada, poniendo así término a la inscripción de la sentencia ejecutoria correspondiente.

62. De adoptarse este enfoque, será necesario cerciorarse de que la prelación del crédito inscrito de un acreedor judicialmente reconocido no esté en conflicto con la política de igualdad de trato de todo acreedor ordinario del deudor prescrita por el régimen legal de la insolvencia. Cabría resolver esta dificultad mediante una regla que facultara al administrador de la insolvencia a reclamar la prelación otorgada por el aviso de sentencia inscrito para hacer valer dicho crédito frente a la masa deudora en provecho de todos los acreedores ordinarios del deudor (a reserva tal vez de que se reconozca algún privilegio especial al acreedor inscrito en el registro como beneficiario de una sentencia declaratoria de su crédito, a fin de indemnizarle de todo gasto que le haya supuesto obtener dicha inscripción. (Véase también A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, párrafos 56 a 61).

i) Vías de notificación alternativas

63. En vez de recurrir a un registro público, algunos ordenamientos han previsto ciertas vías de notificación de alcance más limitado (por ejemplo, la inserción de un aviso en los propios libros del otorgante, o en los libros de un notario público o de algún escribano judicial, así como en los diarios del lugar de residencia del otorgante o en algún diario o boletín estatal. Si bien algunas de estas vías permiten responder debidamente al riesgo de toda tentativa fraudulenta de antedatar el aviso, carecen de la permanencia y de la facilidad de acceso que ofrece un registro público para proteger adecuadamente a terceros. Además, tampoco pueden ofrecer la regla del primero inscrito para determinar la prelación.

64. En algunos ordenamientos se ha previsto la imposición de una placa o de alguna otra señal física sobre el bien gravado, como sustituto de su inscripción registral. La fiabilidad de dicho mecanismo puede verse limitada por la facilidad de que el otorgante encuentre algún medio para hacer un uso indebido del mismo. Ahora bien, en algunos mercados la propia índole del bien o la práctica industrial

imperante hace que esta forma de posesión simbólica sea una práctica aceptada (por ejemplo, la práctica de marcar el ganado con hierro candente).

6. Vías alternativas a la de un registro general de las garantías reales para las garantías no posesorias o sin desplazamiento

a) Consideraciones generales

65. En todo país que no desee establecer un registro general de las garantías reales, podrá recurrirse a tres otras vías para determinar la validez frente a terceros de una garantía real no posesoria o sin desplazamiento. La primera consistiría en tratar a toda garantía real no posesoria como carente de validez frente a terceros salvo que el Estado haya creado algún registro o sistema de certificación de la propiedad por el que sea posible dar aviso público de la garantía real debidamente constituida. Dada la demanda actual de financiación otorgada en función de las existencias comerciales de una empresa o de sus créditos por cobrar u otros bienes comerciales, esta alternativa no resultaría viable. La segunda vía consistiría en reconocer la validez de toda garantía real no posesoria, tan pronto como haya sido creada, no solo entre las partes en el acuerdo de garantía, sino también frente a todo acreedor concurrente. La tercera vía sería una variante de la segunda consistente en otorgar una protección especial a ciertas categorías de terceros, por ejemplo, a todo tercero que se haya fiado, en su propio detrimento, de la titularidad aparente del otorgante de una garantía sobre el bien que haya sido gravado.

66. A fin de comparar debidamente las ventajas e inconvenientes de estas dos últimas alternativas frente a los de un registro general de las garantías reales, será preciso examinarlos a la luz de los intereses de cada una de las principales categorías de acreedores concurrentes.

b) Acreedores garantizados concurrentes

67. En un ordenamiento conforme al cual las garantías reales no posesorias o sin desplazamiento surtan efecto frente a las demás en función del orden cronológico de su creación y no en función del orden cronológico de su inscripción, se habrán eliminado los gastos y riesgos de la inscripción y no será preciso efectuar inversión alguna en el establecimiento de un registro general de las garantías reales. Ahora bien, el mecanismo de un registro público permite a todo acreedor garantizado eventual evaluar mejor su riesgo de prelación frente a otros acreedores. A falta de dicho sistema, los acreedores deberán fiarse de la declaración que haya hecho el otorgante de que sus bienes están sin gravar, así como de sus propias indagaciones y averiguaciones. Esta carga investigatoria impuesta sobre el acreedor garantizado eventual, tal vez prive de crédito financiero a toda empresa que no cuente con una solvencia acreditada y puede restar competitividad al mercado crediticio al eliminar de dicho mercado a toda entidad financiera que no tenga acceso a una red de información crediticia adecuada.

c) Compradores de bienes gravados

68. En virtud del carácter real de una garantía constituida sobre ciertos bienes, se presume que el acreedor garantizado goza de un derecho que seguirá a todo bien gravado que pase a manos de un tercero que adquiera dicho bien en virtud de una venta que no haya sido autorizada por el otorgante (*droit de suite*). A falta de un

sistema de inscripción registral, la salvaguarda del derecho real del acreedor garantizado sobre el propio bien gravado deberá sopesarse a la luz de la necesidad de amparar la seguridad jurídica de toda venta por el poseedor de bienes muebles, que obren en su poder. Para ello tal vez proceda enunciar una regla protectora de la titularidad adquirida por un comprador que haya adquirido un bien sin tener un conocimiento ni siquiera presuntivo de que estaba gravado por una garantía real sin desplazamiento, que no se haya dado a conocer públicamente. La existencia de un registro público eliminaría la necesidad de tener que optar entre el reconocimiento del principio de que toda garantía real sigue a la cosa gravada (*droit de suite*) y la conveniencia de salvaguardar la certidumbre de toda venta aparentemente correcta de bienes muebles. La garantía real podrá surtir legítimamente efecto frente a terceros a raíz de su inscripción, dado que el comprador podrá ampararse por adelantado consultando el correspondiente registro (con la salvedad de que todo comprador de un artículo de venta de una empresa, vendido en el curso normal de dicho negocio, y tal vez todo comprador sin conocimientos comerciales que adquiera un bien de buena fe, adquiera el bien comprado libre de toda garantía real, incluso inscrita, a título de salvaguarda de la fiabilidad reconocida a ciertas prácticas comerciales; véase A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, párrafos 64 a 72).

d) Representante de la insolvencia del otorgante y acreedores respaldados por una sentencia declaratoria

69. En ordenamientos que no dispongan de un registro público al respecto, una garantía real sin desplazamiento surtirá normalmente efecto frente al representante de la insolvencia del otorgante o frente a todo acreedor del otorgante que haya obtenido una sentencia ejecutoria de su crédito, con tal de que la garantía haya sido otorgada antes de declararse abierto el procedimiento de insolvencia del deudor o el procedimiento ejecutorio del crédito (o antes de que empiece a correr algún plazo de sospecha previo a toda insolvencia) se justifica, en ocasiones, este criterio por razón de que se supone que un acreedor ordinario no actúa en la creencia de que los bienes de su deudor no estén gravados, dado que el hecho de haberle otorgado un crédito sin haber exigido el respaldo de una garantía real supone una aceptación del riesgo de que el crédito así otorgado esté subordinado a toda garantía real otorgada a un acreedor subsiguiente.

70. Ahora bien, el hacer obligatoria la inscripción para la validez, frente al representante de la insolvencia y a todo acreedor ordinario, de una garantía real no posesoria o sin desplazamiento reportaría cierto número de ventajas. En primer lugar, la inscripción registral llevará una fecha que servirá para determinar la prelación y reducir el riesgo de que un título de garantía real haya sido fraudulentamente antedatado. En segundo lugar, la posibilidad de consultar dicho registro reducirá los gastos del procedimiento de insolvencia al permitir que el representante de la insolvencia determine cuáles son las garantías reales presumiblemente válidas (véase A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, párr. 2). Al margen de toda insolvencia, la inscripción registral permitirá también que todo acreedor que desee acudir a la vía judicial pueda determinar por adelantado si debe o no entablar un procedimiento costoso en supuestos en los que los bienes del deudor estén ya gravados por alguna garantía real.

7. Validez frente a terceros de una garantía real constituida sobre el producto del bien gravado

71. Cuando algún régimen de las operaciones garantizadas otorga al beneficiario de una garantía real una extensión legal de dicha garantía sobre todo producto identificable del bien inicialmente gravado, este mismo régimen suele estatuir que dicha garantía real surtirá efecto frente a terceros desde el momento en que dicho producto se materialice. Pero algunos regímenes exigen que el acreedor así garantizado adopte alguna medida adicional para que la extensión de su garantía real al producto del bien gravado surta efecto frente a terceros. El exigir alguna medida adicional del acreedor garantizado por una garantía que se extienda al producto del bien gravado puede restar valor a dicha garantía, dado que el producto del bien gravado puede nacer de un acto de disposición no autorizado del bien gravado efectuado por el otorgante (del que el acreedor garantizado sólo se enterará bastante después de que se haya consumado la enajenación). Ahora bien, otorgar validez automática a la garantía real sobre el producto del bien gravado contradice la razón de ser de que se exija que el acreedor garantizado tome posesión del bien originariamente gravado o lo inscriba en un registro público para que su garantía real surta efecto frente a terceros (véase también A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1, párrafos 26 a 35).

72. Al tratar de conciliar estas políticas concurrentes, se puede sacar provecho de establecer una distinción entre distintas categorías de producto. En primer lugar, supóngase que se inscriba un aviso de garantía real sobre el bien originariamente gravado en un registro general de las garantías reales y que el producto de la enajenación de dicho bien sea de la misma categoría que la del bien descrito en el aviso consignado en el registro. Por ejemplo, supongamos que el aviso inscrito abarca todos los bienes corporales que posea en la actualidad o que adquiera ulteriormente el otorgante y que se cambia una pieza de equipo industrial originariamente gravada por otra pieza de equipo de idéntica categoría. En este ejemplo, la garantía real inscrita debería surtir efecto automático puesto que todo tercero estará debidamente amparado por el aviso inscrito que, de hecho, abarca el producto del intercambio tanto bajo la categoría inicialmente inscrita de la pieza de equipo originariamente gravada como en su forma actual de equipo ulteriormente adquirido, fruto del intercambio efectuado.

73. Si por el contrario el producto está en forma de dinero, de un título negociable o de un documento de titularidad igualmente negociable, sería relativamente seguro permitir que la garantía real sobre dicho producto surta automáticamente efecto frente a terceros dado que los cesionarios adquirirán, en todo caso, el producto libre de toda garantía real por razón de la índole esencialmente negociable de dicho producto.

74. Más difícil será el supuesto de que el producto adopte la forma de créditos por cobrar nacidos del acto de disposición de los bienes inicialmente gravados, por ejemplo, las existencias de una empresa. A fin de facilitar la financiación de las existencias de una empresa, tal vez proceda otorgar validez automática frente a terceros a la garantía real extensible al producto, ya sea por razón de que los créditos por cobrar forman implícitamente parte de los bienes originariamente gravados o, por subrogación real, aduciendo que los créditos por cobrar han pasado simplemente a ocupar el lugar de los bienes originariamente gravados, por lo que no se comete ninguna injusticia contra los demás acreedores, al permitir que el

acreedor garantizado transfiera su garantía real a los créditos por cobrar nacidos de la enajenación de los bienes gravados.

75. Con estas tres salvedades, los criterios subyacentes a las reglas aplicables a la validez de una garantía real frente a terceros deben ser aplicables a una garantía real que sea extensible al producto de un bien gravado (es decir, todo acreedor garantizado deberá hacer inscribir por separado su garantía sobre el producto del bien originariamente gravado). Ahora bien, tal vez sea justo dar cierto plazo al acreedor garantizado para efectuar dicha inscripción, que correrá a raíz de la enajenación del bien gravado. Por ejemplo, tal vez proceda que la ley disponga que una garantía real trasladada al producto surtirá efecto frente a terceros siempre que el acreedor garantizado tome posesión del producto del bien gravado dentro de un plazo de, por ejemplo, quince días tras la enajenación de dicho bien, que inscriba un aviso al respecto o que efectúe algún otro acto que sea suficiente para que su garantía surta efecto frente a terceros, en supuestos en los que la garantía se haya constituido originariamente sobre bienes de la misma categoría que el producto.

B. Recomendaciones

[*Nota para el Grupo de Trabajo: dado que los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.13 y Add.1 contienen el juego consolidado de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre operaciones garantizadas, no se incluirán en el presente documento recomendaciones relativas a la "validez" frente a terceros. Una vez que se haya ultimado el texto de las recomendaciones, el Grupo de Trabajo tal vez desee que las recomendaciones figuren al final de cada capítulo o en un apéndice al final de la guía, o en ambos lugares a la vez.*]

(A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1)

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su sexto período de sesiones

Índice

ADICIÓN

VI. Prelación 1-97

A. Observaciones generales 1-97

1. El concepto de prelación y su importancia 1-6

2. Métodos para establecer el orden de prelación 7-17

a) Orden de prelación basado en la fecha de inscripción 8-12

b) Orden de prelación basado en la posesión o el control del bien gravado 13-15

c) Otras reglas de prelación 16-17

3. Alcance de las reglas de prelación 18-36

a) Obligaciones garantizadas afectadas 19-22

b) Bienes adquiridos ulteriormente 23-25

c) Prelación sobre el producto derivado de los bienes gravados 26-36

4. Prelación de las garantías reales que no surten efecto frente a terceros .. 37-44

a) Acreedores no garantizados 38-41

b) Acreedores garantizados 42-44

5. Prelación de las garantías reales con eficacia frente a terceros 45-93

a) Acreedores no garantizados 45

b) Acreedores garantizados 46

c) Garantía de financiación del precio de compra 47-55

d) Acreedores con sentencia ejecutoria 56-61

e) Compradores de bienes gravados 62-72

f) Reclamantes de devolución de mercancías 73-76

g) Arrendatarios financieros 77-79

h) Tenedores de títulos y otros documentos negociables 80

i) Garantía de la posesión de una suma de dinero 81

j) Acreedores con prelación legal (o privilegiada) 82-85

k) Titulares de una garantía real por restauración, mejora o almacenamiento de bienes gravados 86-89
l) Titulares de garantías reales sobre inmuebles con accesorios fijos ... 90
m) Donatarios 91
n) Representante de la insolvencia 92-93
6. Acuerdos de subordinación 94-95
7. Efectividad de la prelación con anterioridad a la ejecución 96-97
B. Recomendaciones .....

VI. Prelación

A. Observaciones generales

1. El concepto de prelación y su importancia

1. El término "garantía real" que se utiliza en la presente Guía denota, en principio, un derecho real (o sea, un derecho constituido directamente *in rem*, es decir, sobre cosas o sobre bienes corporales) otorgado a un acreedor, por el que se garantiza el pago u otro acto de cumplimiento de una obligación del deudor. El término "prelación" se refiere, en cambio, a la prioridad de que goza un acreedor garantizado para cobrar el producto económico de su garantía real con preferencia sobre el derecho que otros acreedores traten de hacer valer sobre el bien o bienes constituidos en garantía (véase la definición de "prelación" en A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 17 q)). Como se explica más adelante, dichos acreedores concurrentes podrán ser, entre otros, los acreedores ordinarios o sin garantía del otorgante, otros acreedores garantizados, el comprador, el vendedor o el arrendatario financiero de bienes, titulares de garantías reales no contractuales sobre los bienes (por ejemplo, de garantías reales creadas por sentencia ejecutoria de un crédito o por imperio de la ley) y el representante de la insolvencia que intervenga en el procedimiento de insolvencia del otorgante. El orden de prelación determinará el rango de las garantías reales y de los demás derechos sobre los bienes gravados, así como el resultado económico de dicha ordenación. En algunos casos, la aplicación de las reglas de prelación dará lugar a que una persona obtenga los bienes libres de todo crédito concurrente. Ambos casos se tratan en el presente capítulo.

2. Como el concepto de prelación constituye el eje de todo régimen legal eficaz de las garantías reales, se reconoce ampliamente que se necesitan reglas eficaces de prelación para fomentar la oferta de financiación garantizada a un precio asequible. Dos razones principales explican esa necesidad. En primer lugar, en la medida en que las reglas de prelación sean claras y su resultado sea previsible, todo acreedor garantizado eventual podrá determinar con eficiencia y un alto grado de certeza, antes de otorgar crédito alguno, la prelación de que gozará su garantía real frente a los derechos de los acreedores concurrentes. Ello a su vez disminuirá el riesgo financiero que habrá de asumir dicho acreedor y mejorará su oferta de financiación garantizada a un precio más asequible para el deudor. En segundo lugar, al

establecer un mecanismo para la ordenación de los créditos en función de su rango, las reglas de prelación permiten que los otorgantes de garantías reales constituyan más de una garantía real sobre sus bienes, aprovechando así al máximo el valor de dichos bienes para obtener más crédito (uno de los objetivos clave de todo régimen eficaz y eficiente de las operaciones garantizadas (véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 31)).

3. Respecto de la primera razón descrita en el anterior párrafo 2, un acreedor sólo suele otorgar crédito en función del valor de ciertos bienes, ofrecidos en garantía, si puede determinar con la debida certeza, antes de hacerlo, cuál será la prelación de que gozará su garantía real frente a todo otro crédito sobre dicho bien. El factor crítico para todo acreedor que efectúe este análisis será la prelación que le corresponderá a su garantía en el supuesto de que sea preciso hacer valer la garantía real o de que el otorgante sea declarado insolvente, en particular cuando se prevea que el bien o los bienes gravados han de ser la principal o la única fuente disponible para el cobro de su 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 podrá inducir al acreedor a aumentar el precio del crédito otorgado en función del menor valor que asignará a los bienes gravados y pudiera tal vez inducirle a rehusar todo crédito a dicho deudor.

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 otro acreedor goce de mayor prelación que la suya, si le es posible determinar que, en última instancia, él también podrá obtener valor suficiente de los bienes gravados para reembolsar su préstamo, en un supuesto de impago por el otorgante. Por ejemplo, un prestamista que estudia la posibilidad de otorgar crédito a un deudor que le ofrezca en garantía todos los bienes de su empresa puede estar dispuesto a hacerlo aun cuando las existencias de dicha empresa estén gravadas por diversas garantías reales (como pudiera ser por una garantía real constituida a favor de una empresa depositaria que las almacene en su nombre), siempre y cuando el prestamista pueda determinar con certeza razonable el alcance y el importe de cada una de esas garantías reales.

5. Respecto de la segunda razón esgrimida en el párrafo 2 *supra*, muchos bancos e instituciones financieras están dispuestos a conceder crédito a cambio de una garantía real que no sea de primer rango, sino que esté subordinada a una o más garantías reales de rango superior, siempre que la entidad financiera estime que el valor de los bienes del otorgante será suficiente para cubrir el importe de su préstamo respaldado por su nueva garantía real, así como la prelación exacta del rango que corresponda a su propia garantía. Por ejemplo, en ordenamientos que reconozcan las garantías constituidas sobre todos los bienes de una empresa (véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 25), el prestamista B estará dispuesto a conceder crédito a un otorgante sobre cuyos bienes ya pese una garantía real de ese alcance constituida a favor del prestamista A, siempre que el prestamista B considere que el valor de los bienes del otorgante sobrepasa de tal modo la cuantía del préstamo ya garantizado con todos los bienes de dicho deudor que alcanzará para garantizar

también el nuevo préstamo que él esté ahora dispuesto a conceder. Es mucho más probable que este resultado se logre en un país en cuyo ordenamiento se establece un régimen de prelación claro que permita que todo acreedor eventual pueda determinar con un alto grado de certeza la prelación de que gozará todo nuevo crédito garantizado. Al facilitar la constitución de dos o más garantías reales sobre unos mismos bienes, el régimen de prelación permite que el otorgante aproveche al máximo el valor de sus bienes para obtener crédito.

6. 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 conflicto de leyes del foro competente. Esta cuestión se examina en el capítulo X (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.4, párrafos 10 a 18).

2. Métodos para establecer el orden de prelación

7. Hay varios métodos posibles para determinar el orden de prelación. Es importante destacar que en un mismo ordenamiento jurídico pueden coexistir dos o más métodos, en la medida en que sean aplicables a diversos supuestos de conflictos de prelación.

a) Orden de prelación basado en la fecha de inscripción

8. Como se explicó anteriormente (véanse los párrafos 2 a 5), a fin de fomentar la oferta de financiación garantizada a un precio asequible, convendrá instituir un régimen de prelación que permita a los acreedores determinar con la debida certeza en el momento de otorgar crédito la prelación que les corresponderá y que permita que los otorgantes de la garantía saquen el máximo provecho del valor de sus bienes para obtener crédito. Según se explica en el capítulo V (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14, párrafos 19 a 23), 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.

9. En la mayoría de los ordenamientos que disponen de un registro público fiable, la prelación se determina por el orden de inscripción (método con frecuencia denominado “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 de constitución de una 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. Los demás 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 (como sería exigir una fianza o garantía personal o garantías reales de menor prelación constituidas sobre los mismos bienes o garantías reales de mayor prelación sobre otros bienes). No obstante, cabe establecer un cierto número de excepciones a la regla de prelación basada en la fecha de inscripción en determinados supuestos, como en el caso de las garantías reales constituidas sobre bienes cuyo precio de compra se financia (véase la sección 5 c) *infra*) o de

acreedores que gozan de algún privilegio legal (acreedores privilegiados) (véase la sección 5 j) *infra*).

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 de inscripción. Conforme a esta regla, una garantía real que se cree antes, pero que se inscriba después, gozará de prelación sobre una garantía real cuya constitución sea posterior pero que se inscriba antes, siempre y cuando la inscripción del derecho que nazca primero se haga dentro del plazo de gracia aplicable. Ello supone que la fecha de inscripción no será un indicio fiable de la prelación del acreedor hasta que no haya expirado el plazo de gracia, lo cual puede ser fuente de incertidumbre, algo que no sucede en los ordenamientos que no reconocen ese plazo de gracia. 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 autorizan los períodos de gracia sólo en supuestos muy particulares, como i) cuando se trate de una garantía real de la financiación del precio de compra de bienes de equipo (véase el párrafo 53 *infra*), ii) cuando no sea logísticamente posible realizar la inscripción antes de la constitución o simultáneamente a ésta, o iii) cuando el desfase entre la creación y la inscripción no sea reducible a un mínimo mediante la inscripción por vía electrónica u otras técnicas de inscripción.

11. En muchos ordenamientos, el orden de prelación basado en la fecha de inscripción será válido aun para un acreedor que obtenga una garantía real sabiendo que existe ya otra garantía real no inscrita. Esta regla se sustenta por lo general en la teoría de que toda supeditación de la validez de una inscripción al conocimiento eventual por el autor de la inscripción de la existencia de un gravamen previamente constituido sobre el bien gravado exigirá la investigación fáctica de un estado mental de dicho autor, lo que de por sí es subjetivo y particularmente difícil tratándose de sociedades anónimas y de otras personas jurídicas. De ello se desprende que toda regla de prelación que dependa del conocimiento que pueda tener una persona de ciertos hechos no inscritos dará pie a que se impugne con cierta facilidad la validez de una inscripción y complicará la resolución de controversias, lo que restará certeza al orden de prelación de los acreedores garantizados y socavará la eficiencia y eficacia del sistema. Al igual que se dijo respecto de la denegación de un plazo de gracia, la aplicación estricta de este criterio de prelación no perjudicará a los acreedores garantizados, ya que podrán protegerse efectuando oportunamente su inscripción registral.

12. En muchos ordenamientos se establece una excepción a la regla de la prelación basada en la fecha de inscripción para cuando el sistema de inscripción utilizado sea un registro de la propiedad o el propio título de propiedad o certificado de la titularidad. Una garantía real inscrita en el marco de uno de esos sistemas suele tener prelación sobre todo aviso de constitución de la que se haya inscrito antes en un registro general de las garantías reales, como forma de garantizar la plena fiabilidad de los asientos efectuados en un registro de la propiedad o sobre el propio título de propiedad cuando un comprador de bienes así inscritos, se fíe de dicha inscripción para evaluar la calidad del título adquirido.

b) Orden de prelación basado en la posesión o el control del bien gravado

13. Como se señaló en los capítulos III y V (véanse A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, párrafos 5 a 14 y A/CN.9/WG.VI/WP.14, párrafos 7 a 9), la garantía real posesoria o con desplazamiento ha sido un componente tradicional importante del régimen de las operaciones garantizadas de la mayoría de los ordenamientos. Ello explica que, incluso en algunos países en donde el orden de prelación se determina por la fecha de inscripción, la prelación pueda basarse también en la fecha en que el acreedor obtenga la posesión o el control del bien gravado, sin que medie ningún requisito de inscripción (véase la definición del término "control" en A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 17 bb)). En esos ordenamientos, la prelación corresponderá 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. Ahora bien, habida cuenta de que la entrega de la posesión o del control de un bien no es un acto dotado de publicidad, en muchos ordenamientos el titular de una garantía real, por entrega de la posesión o del control, deberá probar el momento preciso en que obtuvo tal posesión o control, para que su garantía surta efecto frente a terceros.

14. Respecto de ciertas categorías de bienes gravados (por ejemplo, ciertos títulos negociables, como los valores bursátiles certificados, o ciertos documentos de titularidad también negociables, como los conocimientos de embarque o los recibos de almacén), el acreedor suele exigir que se le dé 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. Tratándose de estas categorías de bienes, el ordenamiento de muchos países establece que el orden de prelación de la garantía real podrá establecerse mediante la posesión o el control de tales bienes o mediante inscripción. Ahora bien, la garantía real que surte efecto frente a terceros por medio de la posesión o el control suele tener prelación sobre una garantía real que se hace efectiva frente a terceros sólo mediante inscripción, aun cuando la inscripción se realice primero. Si se trata de documentos de titularidad y de otros títulos negociables, dicha solución coincide con las expectativas de las partes, ya que los derechos sobre esa categoría de bienes se transfieren normalmente por entrega de su posesión.

15. En los regímenes legales en que el orden de prelación sea determinable por más de un método (por ejemplo, inscripción, posesión o control) cabe preguntarse si de permitirse que un acreedor garantizado que haya establecido su prelación por uno de esos métodos opte luego por otro sin perder la prelación de que gozaba respecto de los bienes gravados. En principio, no habría inconveniente en permitir que un acreedor conserve su prelación en tales circunstancias, siempre que la inscripción, la posesión o el control se sucedan sin discontinuidad, para que la garantía real sea comprobable en todo momento por uno u otro método. Por ejemplo, si la ley dispone que una garantía real podrá surtir efecto frente a terceros mediante inscripción o mediante la posesión del bien gravado y una garantía real se hace valer en primer término mediante inscripción y el acreedor garantizado obtiene ulteriormente la posesión del bien, mientras que la inscripción sigue siendo válida, la garantía real conservará su validez frente a terceros y el orden de prelación se determinará por la fecha de inscripción. Si, por el contrario, el acreedor garantizado obtiene la posesión del bien después de que su inscripción haya caducado por algún

motivo, el orden de prelación de su garantía real habrá de determinarse por la fecha en que el acreedor garantizado obtuvo la posesión del bien gravado.

c) Otras reglas de prelación

16. En los ordenamientos jurídicos con sistemas de inscripción poco fiables o sin sistema de inscripción alguno, la prelación y la validez frente a terceros de una garantía real suelen determinarse por la fecha de constitución de la garantía real. Si bien dichos regímenes, tal vez permitan las garantías reales sin desplazamiento (con frecuencia en forma de cláusulas de retención de la titularidad del bien o de transferencia del dominio a título de garantía), el acreedor suele fiarse de la declaración contractual del otorgante de la garantía o de la información que pueda obtener en el mercado para averiguar si existen o no créditos concurrentes. Como en dichos países no se dispone de un orden de prelación claro de las garantías reales de los acreedores sobre un mismo bien, es difícil o a veces imposible que un otorgante pueda constituir más de una garantía real sobre el mismo bien y, por ende, sacar el máximo provecho de sus bienes para obtener crédito garantizado (véanse los párrafos 2 y 5 *supra*).

17. En algunos regímenes se ha previsto una regla de prelación especial para determinadas categorías de bienes gravados. Por ejemplo, en algunos de ellos, la validez frente a terceros de una garantía real sobre créditos por cobrar y de todo otro derecho concurrente sobre dichos créditos se regirá por la fecha en que se notifique la existencia de la garantía real a los deudores de los créditos por cobrar ("los deudores de dichos créditos"). Ahora bien, ese tipo de régimen no favorece la práctica de la financiación garantizada a un precio asequible por varios motivos. En primer término, no permite que el acreedor determine con la debida certeza al otorgar financiación si existen o no garantías reales concurrentes sobre los créditos por cobrar. En segundo término, dicho régimen no ofrece un mecanismo eficaz para la obtención de garantías reales sobre futuros créditos por cobrar, dado que, al no ser posible notificar la garantía a los deudores en el momento de otorgarse la financiación, dicha notificación deberá hacerse al nacer los futuros créditos por cobrar. En tercer término, de ser muchos los deudores de créditos por cobrar, el proceso de notificación puede resultar muy oneroso. En cuarto término, cabe que muchos otorgantes no deseen que se notifique directamente a sus clientes que sus créditos por cobrar nacen ya gravados.

3. Alcance de las reglas de prelación

18. Dada la importancia de la prelación, todo régimen de las operaciones garantizadas deberá ofrecer un juego completo de reglas de prelación para las diversas categorías, presentes y futuras, de obligaciones garantizadas y de bienes gravados, así como para la resolución de los conflictos de prelación eventuales entre diversas categorías de acreedores concurrentes (titulares de garantías reales tanto contractuales como no contractuales). Como se explicó anteriormente en el párrafo 1, un régimen global de la prelación no solo servirá para determinar el orden de prelación entre los créditos concurrentes sobre unos mismos bienes, sino que determinará también los supuestos en que una persona podrá obtener un bien libre de toda garantía real a favor de un acreedor concurrente.

a) Obligaciones garantizadas afectadas

19. A fin de determinar la cuantía y las condiciones del crédito que otorgará, todo acreedor ha de poder discernir, en el momento de concertar la operación garantizada, la porción exacta de su crédito que gozará de prelación.

20. Algunos ordenamientos restringen dicha prelación al importe de la deuda contraída al constituirse la garantía real. La ventaja de ese criterio radica en que la prelación cubrirá (aunque no necesariamente) la cuantía prevista por las partes en dicho momento. El inconveniente es que obliga a los acreedores a extremar su diligencia (por ejemplo, consultando toda nueva inscripción) y a concertar e inscribir nuevas garantías para cada préstamo adicional que concedan. 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.11/Add.1, párrafos 23 a 25 y Add.2, párr. 7). Cabe resolver este problema concediendo a toda futura entrega la misma prelación de que gozaba el crédito otorgado en el momento en que se constituyó la garantía real. Para todo crédito otorgado para financiar entregas sucesivas de bienes o de servicios, la solución radicará en considerar que la totalidad de dicho crédito nació en el momento de firmarse el contrato de suministro, no al efectuarse cada entrega sucesiva de los bienes o servicios.

21. Otros ordenamientos restringen la prelación al importe máximo de una garantía real que figure en el aviso inscrito en un registro público, 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 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14, párr. 38).

22. En algunos otros ordenamientos se da prelación a toda suma desembolsada por concepto del crédito otorgado, incluso a las negociadas después de la constitución de la garantía real, y a todas las obligaciones contingentes que pudieren surgir tras la constitución de la garantía real, sin que sea necesario precisar un importe máximo. En tales ordenamientos, una garantía real puede cubrir todas las obligaciones garantizadas, monetarias y no monetarias, que se adeuden al acreedor garantizado y estén respaldadas por la garantía real, lo que incluye el importe del crédito, los gastos, los intereses y las comisiones, las fianzas de cumplimiento y demás obligaciones contingentes. La prelación no se ve afectada por la fecha en que se efectúe un desembolso del crédito o se contraiga alguna otra obligación respaldada por la garantía real (vale decir que la cobertura de una garantía real será aplicable a los futuros desembolsos efectuados en el marco de una misma línea de crédito con idéntica prelación a la aplicable a los primeros desembolsos efectuados a raíz de la apertura de dicha línea de crédito y al tiempo en que se constituyó la garantía real).

b) Bienes adquiridos ulteriormente

23. Como se examina más en detalle en el capítulo IV (véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, párrafos 16 a 18), en algunos ordenamientos cabe constituir una garantía real sobre los bienes que sea probable que un otorgante adquiera en el futuro. La garantía real nacerá automáticamente en el instante en que el otorgante adquiera dichos bienes, sin que medie ningún otro trámite. 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 para las garantías constituidas sobre existencias que una empresa adquiere continuamente para revender, o sobre los créditos por cobrar de una empresa, que se irán cobrando y seguirán naciendo constantemente (véase el ejemplo 2 en A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párrafos 23 a 25), así como para las constituidas sobre el equipo que la empresa del otorgante utiliza y que irá renovando en el giro normal de su negocio.

24. 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 sea, la fecha de validez de la garantía real frente a terceros) o de la fecha en que el otorgante adquiere efectivamente los bienes. En los distintos ordenamientos jurídicos se resuelve esta cuestión de diversa manera. En algunos, la fecha en que surte efecto la prelación varía en función del rango del acreedor que aspira a ella (determinado por la fecha de concesión originaria de su garantía real frente a la de los demás acreedores con garantías reales contractuales, o por la fecha de adquisición efectiva, por el otorgante de la garantía, del bien ya constituido en garantía). Se acepta en general que establecer la prelación a partir de la fecha de concesión originaria de la garantía, en vez de a partir de la fecha de adquisición o de nacimiento eventual del bien futuro 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).

25. Los regímenes más eficientes de operaciones garantizadas son los que disponen que una garantía real sobre bienes que el otorgante adquiera ulteriormente gozará del mismo rango de prelación que el de una garantía real constituida sobre bienes que el otorgante ya poseía o que existían en el momento en que la garantía otorgada adquirió originariamente validez frente a terceros.

c) Prelación sobre el producto derivado de los bienes gravados

26. Si el acreedor goza de una garantía real sobre el producto y los frutos civiles del bien inicialmente gravado, habrá que dirimir la prelación de esa garantía frente a los demás acreedores concurrentes. Cabe mencionar entre los acreedores concurrentes eventuales, dotados de una garantía real sobre el producto, a todo otro acreedor del otorgante que goce de una garantía real sobre dicho producto y a todo otro acreedor del otorgante que obtenga una garantía real sobre el producto por sentencia judicial declaratoria o ejecutoria (véase lo que se entiende por “producto” en A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, párrafos 30 a 34).

27. Los bienes que sean producto de la enajenación del bien originariamente gravado, a favor de un acreedor garantizado, pueden ser, a la vez, bienes que hayan sido originariamente gravados a favor de otro acreedor garantizado. Por ejemplo, el acreedor A puede tener una garantía real derivativa sobre todos los créditos por cobrar del otorgante, a raíz de la garantía real de que goza sobre todas las existencias, actuales y futuras, de la empresa del otorgante y sobre el producto de la venta o de algún otro acto de disposición de dichas existencias; el acreedor B puede tener una garantía real sobre todos los créditos por cobrar, existentes y futuros, del otorgante a título de garantía original sobre dichos créditos. Si el otorgante vende posteriormente a crédito las existencias constituidas en garantía a favor del

acreedor A, ambos acreedores gozarán de una garantía real sobre los créditos por cobrar nacidos de dicha venta: el acreedor A tendrá una garantía real sobre los créditos por cobrar a título de que son producto de la venta de las existencias gravadas y el acreedor B tendrá una garantía real sobre los mismos créditos por cobrar, a raíz de una garantía real originaria sobre todos los créditos por cobrar, actuales y futuros, que obtuvo del mismo otorgante.

28. 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 la garantía del acreedor A sobre el producto derivado de las existencias inicialmente gravadas surtirá efecto no solo 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 de garantía de los bienes inicialmente gravados (o sea, de las existencias) sería en buena parte ilusorio. Las garantías reales dan seguridad económica al acreedor garantizado únicamente en la medida en que el acreedor garantizado quede facultado para destinar el valor económico de los bienes gravados al reembolso de su crédito, con anterioridad al reembolso de los créditos de todo acreedor concurrente. Volviendo al ejemplo anterior, tras la venta de las existencias gravadas, el valor económico que éstas tenían para el acreedor garantizado, ha pasado a estar incorporado a los créditos por cobrar o a todo otro producto de la venta de dichas existencias y, por consiguiente, dicho valor debe destinarse en primer lugar a la cobertura del crédito del acreedor A.

29. La segunda cuestión es la de determinar hasta qué punto el derecho al producto del bien gravado se extiende también al producto eventual de dicho producto; se trata, por ejemplo, de saber si un acreedor que goce de una garantía real sobre los créditos por cobrar, como producto de la venta de las existencias gravadas, tendrá también una garantía real en el dinero percibido por el otorgante al cobrar dichos créditos. La respuesta debe ser también afirmativa en la mayoría de los casos, ya que una regla contraria permitiría que el otorgante burlara fácilmente la garantía real del acreedor garantizado sobre el producto de la venta del bien originariamente gravado.

30. La tercera cuestión es si el derecho sobre el producto corresponde únicamente a un producto identificable (o sea, si una garantía real constituida sobre la suma cobrada como producto de la venta del bien gravado se extinguirá al mezclarse con otros fondos en una cuenta bancaria). Para resolver esta dificultad, en muchos países se han previsto diversas técnicas de “rastreo” para determinar cuáles son los fondos depositados en una cuenta bancaria propiamente identificables como el producto de una garantía real.

31. Las mismas consideraciones por las que la ley de algunos países exige la inscripción o algún otro acto, para que una garantía real sobre ciertos bienes sea válida frente a terceros, explican que en algunos de esos países también se exija al acreedor cumplir un nuevo acto para que su garantía real sobre el producto derivado de tales bienes surta efecto frente a terceros.

32. El nuevo acto consiste a veces en hacer inscribir la garantía real sobre el producto, mientras que otras veces consistirá en un acto distinto (la posesión, por ejemplo, si se trata de un título negociable). Siempre que se requiera un nuevo acto deberá darse cierto plazo, que correrá a partir de la fecha de la operación que haya

reportado el producto, para que el acreedor pueda efectuar el acto sin que su garantía real sobre el producto pierda la prelación que le corresponde.

33. Si bien es muy importante determinar si se exigirá o no del acreedor un nuevo acto para que su garantía real sobre el producto de la venta surta efecto frente a terceros, ello no bastará para determinar el orden de prelación sobre el producto de la venta del bien gravado entre el titular de la garantía real originaria sobre el bien vendido y todo acreedor con alguna garantía real previa sobre dicho producto, es decir, se necesitará una regla que determine la prelación relativa de la garantía sobre el producto del bien gravado vendido frente a toda garantía eventual sobre dicho producto de algún acreedor concurrente.

34. Las reglas de prelación pueden diferir en función de la categoría de acreedor concurrente. Por ejemplo, cuando se trate de otro acreedor garantizado, el orden de prelación de las garantías reales sobre el producto de los bienes originariamente gravados podrá deducirse del orden de prelación aplicable al bien originariamente gravado y de los principios por los que se rija ese orden. En un ordenamiento en el que la primera garantía real sobre determinado bien, que conste en un registro, goce de prelación frente a toda garantía concurrente, ese mismo orden de prelación sería aplicable cuando se enajene el bien originariamente gravado y el acreedor garantizado trate de hacer valer su derecho sobre el producto. Si su garantía real sobre el bien originariamente gravado fue inscrita antes de que el acreedor concurrente haya inscrito su garantía sobre el producto, la primera de esas dos garantías gozaría de prelación.

35. En supuestos en los que la fecha de inscripción no determine el orden de prelación de las garantías concurrentes sobre el bien originariamente gravado (como ocurriría, por ejemplo, con las garantías reales constituidas en cobertura de la financiación del precio de compra de cierto bien que gozan de una prelación suprema sobre dicho bien), habrá que determinar por separado la prelación aplicable a todo producto del bien originariamente gravado, que sea objeto de alguna excepción a la regla de la fecha de inscripción.

36. La prelación podrá depender de otros factores cuando el acreedor concurrente cuente con una sentencia ejecutoria de su crédito (véanse párrafos 56 a 61) o si es un administrador de la insolvencia (véanse párrafos 92 y 93).

4. Prelación de las garantías reales que no surten efecto frente a terceros

37. Como ya se explicó (véase párrafo 18), todo régimen eficaz de las operaciones garantizadas debe tener reglas que determinen el orden de prelación de un acreedor garantizado respecto de una amplia gama de acreedores concurrentes. La prelación será distinta según que la garantía real de que se trate surta o no efecto frente a terceros. Si bien suele darse el grado de protección más alto a las garantías reales que surten efecto frente a terceros, en algunos supuestos, las que no se hacen valer frente a terceros reciben también un cierto grado de protección.

a) Acreedores no garantizados

38. El otorgante contrae a menudo deudas que no cuentan con el respaldo de una garantía real sobre ninguno de los bienes del deudor. De hecho estos créditos ordinarios o sin garantía suelen constituir el grueso de las obligaciones pendientes de pago del otorgante.

39. En general se admite que la prelación otorgada a los acreedores garantizados frente a los no garantizados sirve para fomentar la oferta de crédito garantizado y que, por ende, un acreedor garantizado debe gozar de prelación para cobrar el importe de su garantía real con preferencia a los créditos de los acreedores ordinarios del otorgante sin garantía real alguna sobre los bienes del deudor. Los acreedores no garantizados pueden adoptar otras medidas para proteger sus derechos, procurando, por ejemplo, informarse sobre la solvencia del deudor, 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 5 d) *infra*) en todo supuesto de impago. Además, la obtención de crédito garantizado puede aumentar el capital de explotación disponible del deudor 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. De hecho, las entregas o desembolsos sucesivos que se dan en el marco de una línea de crédito garantizado renovable o rotatorio para aumentar el capital de explotación de la empresa deudora (véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párrafos 23 a 25) sirven a menudo de fuente financiera de una empresa para reembolsar lo ya adeudado a sus acreedores no garantizados en el giro normal de su negocio.

40. Así pues, un rasgo esencial de todo régimen eficaz del crédito financiero garantizado ha de ser que las garantías de los acreedores garantizados, debidamente creadas, tengan prelación sobre los créditos ordinarios no garantizados. Pese a ello, en algunas leyes se hace una excepción a dicha regla respecto de la garantía global sobre todos los bienes de una empresa (véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, párrafos 23 a 25).

41. Otra cuestión a dilucidar es la de si debe darse o no prelación sobre los créditos ordinarios a una garantía real que no goce de validez frente a terceros. La solución dependerá, a menudo, de que dicha garantía sea o no invocada en el marco de un procedimiento de insolvencia del otorgante, quien quiera que lo haya abierto. Si así fuera, lo probable es que el representante de la insolvencia esté facultado para impugnar toda garantía real que no goce de validez frente a terceros, lo que relegará el crédito así garantizado a la condición de mero crédito ordinario. Cabe, no obstante, que una garantía real que carezca de validez frente a terceros, se haga valer frente al otorgante, al margen del procedimiento de insolvencia abierto al otorgante.

b) Acreedores garantizados

42. Como se explicó (véanse los párrafos 2 y 5), en muchos ordenamientos se permite que el otorgante constituya más de una garantía real sobre los mismos bienes y se establece que la prelación relativa de los derechos así creados se determinará 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 94 y 95). La posibilidad de constituir múltiples garantías sobre el mismo bien permite al otorgante 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.

43. En los regímenes de las operaciones garantizadas en que se distingue una garantía real que es eficaz frente a terceros de una que no lo es, se suele establecer

también que, aun cuando ambas garantías reales surtan efecto frente al otorgante, la garantía real con eficacia frente a terceros tendrá prelación sobre la garantía real que no la tenga, independientemente del orden en que se hayan constituido tales garantías reales. Prever otra cosa equivaldría a despojar de todo sentido el concepto de eficacia de una garantía real frente a terceros.

44. En cambio, si ambas garantías no son eficaces frente a terceros, surten efecto, así y todo, frente al otorgante, la prelación se determinará por el orden en que se hayan constituido.

5. Prelación de las garantías reales con eficacia frente a terceros

a) Acreedores no garantizados

45. Como ya se explicó (véanse los párrafos 38 a 41), es un principio fundamental del régimen de las operaciones garantizadas de muchos ordenamientos que una garantía real que sea eficaz frente a terceros surte efecto frente a los acreedores no garantizados del otorgante.

b) Acreedores garantizados

46. En muchos ordenamientos, la prelación de dos garantías reales que gravan el mismo bien y son eficaces frente a terceros se determina, salvo en las pocas excepciones descritas en la sección 5 c) *infra*, por el orden en que se sucedieron las respectivas diligencias requeridas para que cada una adquiriera eficacia frente a terceros, aun cuando a la sazón no se hubiera cumplido uno o más de los requisitos de constitución de una garantía real.

c) Garantía de financiación del precio de compra

47. Todo deudor otorgante de una garantía suele adquirir muchos de sus bienes comprándolos. En ocasiones su compra se financiará con un crédito otorgado por el vendedor o por un prestamista con la cobertura de una garantía constituida sobre el bien comprado. Este mecanismo se denomina “financiación del precio de compra” y la garantía así otorgada recibe el nombre de “garantía de financiación del precio de compra” (véase A/CN.9.WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 17 b) y 19 a 22, y A/CN.9.WG.VI/WP.9/Add.1, párrafos 35 a 45). En dicho supuesto cabe preguntarse cuál debe ser la prelación de esa garantía frente a toda otra garantía real sobre el mismo bien de que goce algún otro acreedor.

48. Dado que dicha garantía puede facilitar la compra de las mercancías necesarias para la marcha de una empresa, muchos ordenamientos dan prelación al titular de una garantía constituida para financiar una compra frente a otros acreedores (incluso frente a acreedores con una garantía real previamente inscrita) con respecto a los bienes adquiridos gracias a esa técnica de financiación, siempre que se inscriba, en un plazo razonable, la garantía real así constituida “un plazo de gracia” para ciertas categorías de bienes.

49. En tales ordenamientos el hecho de que en este caso se asigne una prelación superior (a veces denominada “prelación suprema o privilegiada”) constituye una notable excepción al principio de la prelación en función de la fecha de inscripción, examinado en la sección 2 a) *supra*, justificada por el deseo de fomentar la oferta de financiación del precio de compra. Al ser frecuente que las empresas constituyan

garantías reales sobre la totalidad o parte de sus bienes de equipo o 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 sobre los bienes comprados, ya que dicha garantía gozaría de una prelación inferior a la de toda garantía real anterior sobre los mismos bienes. En el ejemplo 1 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párrafos 19 a 22), el vendedor A, el prestamista A y el arrendador financiero A se mostrarían reacios a financiar el precio de compra si el orden de prelación de que gozara su garantía real sobre las mercancías fuera inferior al de la garantía real preexistente del prestamista B del ejemplo 2 (véase A/CN.9.WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 25).

50. 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. Cabe observar que las garantías reales de la financiación del precio de compra de existencias no menoscabarían las garantías reales del prestamista B del ejemplo 2, ya que éste conserva todos los bienes gravados y, además, una garantía real subordinada a la garantía de financiación del precio de compra sobre los nuevos bienes cuyo precio de compra se ha financiado.

51. A fin de fomentar la oferta de financiación del precio de la compra de bienes gravados en cobertura de la misma sin desalentar la oferta de crédito garantizado sobre categorías de bienes más globales, es importante que la prelación superior reconocida a la garantía de financiación del precio de compra de un bien sea solamente aplicable a los bienes adquiridos con dicha financiación y no a otros bienes del otorgante de la garantía.

52. En algunos ordenamientos, no se exige la inscripción de las garantías de financiación del precio de compra (por estimarse, entre otras cosas, que una empresa vendedora de mercancías puede estar menos avezada que una entidad financiera en las técnicas de inscripción o de consulta de un registro), mientras que en otros, toda garantía de financiación del precio de compra deberá ser inscrita 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.14, párrafos 56 y 57).

53. Para todo acreedor concurrente sería conveniente que se exigiera la inscripción de toda garantía de financiación del precio de compra en el momento de su constitución. De este modo, dicho 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 de la venta y del arriendo financiero de bienes de equipo, en algunos países se ha previsto un plazo de gracia para la inscripción de la garantía de financiación del precio de compra de dichos bienes. Para conciliar lo mejor posible esos intereses concurrentes, dicho plazo de gracia deberá ser lo bastante largo para facilitar la inscripción de la garantía de financiación de la compra, pero no tan largo que reste eficacia al registro

como mecanismo de alerta de los demás acreedores garantizados frente a la existencia de garantías reales concurrentes.

54. Dicho plazo de gracia no suele darse para la inscripción de las garantías de financiación del precio de compra de existencias inventariadas. Por el contrario, para gozar de una prelación suprema sobre las existencias inventariadas, en algunos ordenamientos el titular de dicha garantía real deberá, además de inscribirla, notificarla a los demás titulares de garantías reales constituidas sobre las existencias antes de que el comprador tome posesión de las mercancías. Tal aviso suele darse una única vez, al comienzo del acuerdo de financiación del precio de compra de las mercancías suministradas, en vez de cursarse cada vez que se efectúa un suministro cuyo precio vaya a ser financiado. El requisito de notificación se justifica por la necesidad de dar aviso, a todo financiador con una garantía sobre las existencias inventariadas, de la creación de la nueva garantía de financiación del precio de compra para que no otorgue otro préstamo tomando como garantía las nuevas existencias del deudor, creyendo erróneamente que su garantía anterior sobre las existencias seguiría gozando de la misma prelación. De otra forma, a fin de eliminar este riesgo, los financiadores de existencias inventariadas deberían consultar diariamente el registro antes de efectuar ninguna nueva entrega con cargo a su crédito garantizado sobre las existencias inventariadas para cerciorarse de que no existe ninguna nueva garantía de financiación del precio de compra sobre alguna parte de dichas existencias (lo que provocaría un aumento importante del riesgo y del costo de su crédito) dado que la consulta diaria del registro no bastaría para cubrirse del riesgo si existe algún plazo de gracia para la inscripción de las garantías de financiación del precio de compra de existencias.

55. Al formular una regla de prelación suprema o privilegiada para la garantía de financiación del precio de compra, el legislador habrá de decidir si tal prelación beneficiará únicamente al vendedor de los bienes, o si beneficiará también a todo banco o prestamista que financie la compra de bienes. La restricción de la prelación a los vendedores tiene razones históricas, dado que la financiación de la compra por el proveedor de los bienes (por ejemplo, bajo la forma de pactos de retención de la titularidad) es una técnica que surgió como alternativa eficiente y económica de la financiación bancaria. Cabe aducir a favor de que los bancos y otros prestamistas se beneficien de dicha prelación suprema que esa equidad de trato estimulará la competencia, lo que a su vez repercutirá positivamente en la cuantía y el precio del crédito ofrecido.

d) Acreedores con sentencia ejecutoria

56. En muchos ordenamientos jurídicos se reconoce el equivalente de una garantía real sobre ciertos bienes a todo acreedor ordinario no garantizado que haya obtenido una sentencia ejecutoria de su crédito y haya efectuado todo acto prescrito por la ley para que se ejecute la sentencia (como obtener el embargo de tales bienes o hacer inscribir la sentencia). Ese derecho equivalente a una garantía real otorga efectivamente a dicho acreedor prelación frente a todo acreedor ordinario no garantizado del otorgante con respecto a tales bienes.

57. Los acreedores con sentencia ejecutoria gozan de tal prelación frente a los demás acreedores no garantizados en reconocimiento de la vía judicial seguida para hacer valer sus créditos. Ello no va en detrimento de los demás acreedores ordinarios, ya que a éstos les asiste también el derecho a recurrir ante los tribunales

con el mismo fin. Sin embargo, para no dar a los acreedores con prelación judicial facultades excesivas en los ordenamientos que permiten que un único acreedor instituya un procedimiento de insolvencia, su régimen de la insolvencia suele facultar al representante de la insolvencia para impugnar toda garantía real creada por sentencia judicial que se dicte dentro de cierto plazo previo a la apertura del procedimiento de insolvencia.

58. Cuando se otorga a un acreedor con prelación judicial el equivalente de una garantía real, a todo otro acreedor que goce ya de una garantía real contractual anterior constituida sobre ciertos bienes del deudor tendrá interés en que su 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. Todo acreedor con sentencia ejecutoria de su crédito tendrá, por su parte, interés por obtener prelación sobre bienes que tengan valor suficiente para reembolsar su crédito.

59. 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 decisión 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 decisión 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.

60. En general se hace una excepción a esta regla cuando se trata de los futuros desembolsos de un crédito ya otorgado (el tema se examina con detenimiento en la sección 3 a) *supra*). Si bien una garantía real que se haya inscrito antes suele gozar de prelación sobre toda garantía real impuesta por decisión judicial respecto de un crédito que se haya otorgado antes de la fecha en que surta efecto esa decisión, generalmente no tendrá prelación sobre la garantía judicial respecto de todo crédito otorgado después de la sentencia (salvo que dicho crédito estuviera ya negociado antes de la fecha en que surta efecto la sentencia). Así, en el ejemplo 2 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 25), el prestamista B otorga crédito periódicamente a ABC, que lo garantiza con sus existencias y créditos por cobrar, actuales y futuros. Si un acreedor ordinario demanda a ABC y obtiene una sentencia por la que se constituye una garantía real sobre las existencias de ABC a favor de dicho acreedor, la garantía real sobre las existencias de ABC del prestamista B tendría prelación sobre la garantía real nacida de tal decisión judicial respecto de todo crédito que el prestamista B haya otorgado antes de la fecha en que surta efecto la sentencia, 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 de dicho plazo, a menos que éste hubiese comprometido ese crédito antes de la fecha en que surta efecto la sentencia.

61. A fin de proteger a todo acreedor garantizado existente contra el riesgo de seguir efectuando desembolso de un crédito ya negociado en función del valor de

unos bienes que hayan quedado sujetos a una garantía real constituida por vía judicial, tal vez proceda instituir un 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 afectará, el riesgo de su existencia, a la cuantía y el precio de las líneas de crédito abiertas para que una empresa pueda obtener entregas de fondos futuras, ya sea periódicas (rotatorias) o en función de sus necesidades eventuales (renovables).

e) Compradores de bienes gravados

62. Cuando un otorgante vende bienes que ya están gravados con garantías reales, al comprador le conviene recibir dichos bienes libres de todo gravamen, mientras que al acreedor garantizado le interesará mantener su garantía real sobre los bienes vendidos (salvo que haya accedido a su venta). Es importante que todo régimen de prelación tenga presente y compagine los intereses de ambas partes. Si la garantía del acreedor garantizado sobre determinados bienes peligrara cada vez que el otorgante los vendiera, se depreciaría el valor como garantía de los bienes gravados y se desincentivaría la oferta de crédito a un precio asequible para el deudor.

63. Se aduce a veces que el acreedor garantizado no se ve perjudicado por la venta de los bienes exentos de su garantía real siempre que 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 difícil de cobrar). En otros casos, le resultará difícil identificar el producto financiero de la venta, lo que haría ilusoria su garantía sobre dicho producto. Además, existe 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. Los países han aplicado diferentes criterios para compaginar los intereses de los acreedores garantizados con los de las personas que compren bienes gravados, tomándolos de manos de un otorgante en posesión de dichos bienes.

i. Criterio de la venta en el giro normal del negocio

64. Un criterio que se sigue en muchos ordenamientos es disponer que toda venta de bienes gravados asimilables a las existencias de una empresa, que efectúe el otorgante en el giro normal de su negocio, entrañará la extinción de toda garantía real constituida sobre dichos 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 la garantía real sobre el bien gravado y el acreedor garantizado podrá ejecutar su garantía sobre los bienes en poder del comprador, siempre que el otorgante incurra en incumplimiento (véase la definición de incumplimiento en A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.2, párr. 5), salvo, por supuesto, que el acreedor garantizado ha consentido en que se haga la venta. Cuando el acuerdo de constitución de la garantía real así lo estipule, la venta del bien gravado constituirá en sí un acto de incumplimiento, en cuyo caso el acreedor garantizado podrá ejecutar sin más su garantía real; de lo contrario, el acreedor garantizado no podrá hacerlo hasta que el otorgante incurra en incumplimiento.

65. A fin de ser tenido por "comprador de bienes vendidos en el giro normal de un negocio", el vendedor deberá serlo "de bienes de ese tipo". Además, el comprador no debe estar en antecedentes de que la venta quebranta los derechos reales de garantías o los derechos de otra índole sobre los bienes de otra persona, como sucedería, por ejemplo, si el comprador supiera fehacientemente que la venta se prohíbe en el acuerdo de garantía firmado entre el vendedor y un prestamista del vendedor con derechos reales de garantía sobre los bienes (véase la definición del concepto de "comprador de bienes vendidos en el giro normal de un negocio" en A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, párr. 17 aa)).

66. Se argumenta que este criterio permite determinar de forma sencilla y clara si los bienes se venden o no libres de toda garantía real. Por ejemplo, la venta de un automóvil a un consumidor por una empresa de venta de automóviles es obviamente una operación de venta de existencias que forma parte del giro normal del negocio del concesionario y el consumidor recibirá automáticamente su automóvil libre de toda garantía real constituida, sobre dichas existencias, a favor de los acreedores del concesionario. Por el contrario, no cabría considerar que la venta de la totalidad o de una partida importante de automóviles a otra empresa de venta de automóviles constituye una operación efectuada en el giro normal del negocio del concesionario. Este criterio concuerda con la expectativa comercial de que un concesionario que sea otorgante de una garantía ha de vender sus existencias de mercancías (y, de hecho, ha de venderlas para mantener la viabilidad de su empresa) y de que el comprador de alguno de dichos bienes gravados los adquirirá libres de toda garantía real existente sobre dicha masa de mercancías. Sin tal exención, la capacidad del otorgante para vender esos bienes en el giro normal de su negocio se vería restringida sobremanera, puesto que los compradores se verían obligados a investigar todo gravamen que pudiera pesar sobre el bien comprado antes de adquirirlo. Ello acarrearía muchos gastos y obstaculizaría considerablemente las operaciones que forman parte del giro normal de todo negocio de venta.

67. A fin de salvaguardar ese giro normal de un negocio de venta y de eliminar toda incertidumbre derivada del hecho de que la prelación quede supeditada al desconocimiento efectivo, por el comprador, de la existencia de una garantía real anterior sobre el bien comprado (véase párrafo 11), muchos ordenamientos establecen que todo comprador que compre de una empresa de venta, en el giro normal de su negocio, obtendrá el bien así comprado libre de toda garantía real, aun cuando el comprador actúe a sabiendas de la existencia de dicha garantía. Esta consideración es tan importante que en algunos ordenamientos se permite incluso que un comprador que actúe a sabiendas de la existencia de algún pacto que prohíba la propia venta de las mercancías gravadas, las obtenga libres de tal garantía, aun cuando ésta sea eficaz frente a terceros. Ahora bien, como se explicó anteriormente

(véase párrafo 65), en otros ordenamientos no se permite que un comprador obtenga el bien libre de toda garantía real si sabe de antemano que la venta de dicho bien entraña el quebrantamiento de un pacto entre el vendedor y su acreedor por el que se estipule que los bienes no podrán venderse sin el consentimiento del acreedor garantizado.

68. 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. En algunos ordenamientos se exime de ese requisito a los bienes de bajo costo, puesto que tal vez no se justifiquen en este caso los gastos que esa consulta del registro 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.

69. En algunos países en que la consulta de un registro público se hace solo 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 (“un vendedor anterior”) obtendrá los bienes libres de toda garantía real constituida por ese otorgante remoto. 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 (vendedor remoto) de los bienes gravados. En muchos casos, el comprador ulterior ni siquiera se enterará de que los bienes han pertenecido a dicho propietario remoto y, por consiguiente, no tendrá motivo alguno para buscar información al respecto.

70. 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 solo a las ventas de existencias y no de otros bienes, el comprador tal vez no sepa con certeza si el bien vendido forma, desde la perspectiva del vendedor, parte de sus existencias. 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 y, en dicho caso, la aplicación de la regla del giro normal del negocio correspondería a la expectativa legítima de las partes. Además, este criterio propicia el comercio y permite a los acreedores garantizados y a los compradores proteger sus respectivos intereses de forma eficaz y rentable sin socavar el fomento del crédito garantizado. Por añadidura, 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. Otros criterios

71. Otra forma de resolver este problema consiste en 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 cabal 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 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.

72. Existen varios criterios posibles en los que se combinan los criterios de la "buena fe" y del "giro normal del negocio". Por ejemplo, puede disponerse que la regla del "giro normal del negocio" se utilice como criterio básico y la de la "buena fe" se aplique respecto de las denominadas "operaciones remotas" (véase párrafo 69). En este supuesto, un comprador ulterior adquirirá los bienes libres de toda garantía real que haya constituido la parte de la que el vendedor directo hubiera adquirido los bienes, salvo que el comprador ulterior o "remoto" tuviera conocimiento cabal o inferido de la existencia de las garantías reales. Aun cuando la aplicación de este criterio pueda prestarse a algún abuso, ya que el otorgante de la garantía podría frustrar los derechos del acreedor garantizado vendiendo un bien gravado al margen del giro normal de su negocio a un comprador que lo fuera también a vender pero actuando, en cambio, en el giro normal de su negocio, existen razones de fondo para proteger al comprador remoto. Una forma de proteger al acreedor garantizado en dicho supuesto sería hacer responsable al otorgante desleal o descuidado de los daños causados al acreedor garantizado.

f) Reclamantes de devolución de mercancías

73. En muchos ordenamientos jurídicos se prevé que un proveedor que vende mercancías a crédito sin garantía podrá reclamar la devolución de esas mercancías al comprador dentro de cierto plazo (denominado "plazo de reclamación"). El proveedor podrá hacer dicha reclamación si descubre, por ejemplo, que el comprador 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.

74. Mientras el proveedor a crédito querrá que ese plazo sea lo más largo posible para proteger sus intereses, otros acreedores del mismo deudor se mostrarán reacios a otorgarle crédito garantizado por bienes o mercancías cuya devolución pueda reclamarse. Además, si el riesgo crediticio le preocupa de verdad, el proveedor podrá insistir en que se le otorgue una garantía real por concepto de financiación del precio de compra sobre 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 otros préstamos en función del valor asignable a dichas mercancías.

75. Una importante consideración de fondo es la de si las reclamaciones de devolución de determinadas mercancías gozará o no de prelación sobre garantías reales ya constituidas sobre esas mismas mercancías. En otras palabras, se habrá de determinar si todas las existencias del comprador (de las que, en principio, formarán

parte las mercancías aún sujetas a un derecho de reclamación) están todas ellas válidamente constituidas en garantía a favor de un tercero prestamista, o si, por el contrario, las mercancías reclamables habrán de ser devueltas al vendedor exentas de dicha garantía real. En algunos ordenamientos, la reclamación tiene efecto retroactivo, lo que supone que el vendedor sigue estando en la misma situación en que estaba antes de la venta (o sea, en su condición de tenedor de ciertas mercancías que no estaban gravadas a favor de los acreedores de un eventual 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.

76. En muchos ordenamientos se prevé la extinción de todo derecho de reclamación de la mercancía cuando ésta pasa a formar parte del producto de un proceso de fabricación o pierden su identidad de algún otro modo, o se venden a un tercero.

g) Arrendatarios financieros

77. A veces surgen conflictos de prelación entre el titular de una garantía real constituida sobre un bien por el propietario/arrendador financiero del bien que tiene validez frente a terceros y el arrendatario financiero de dicho bien. La principal cuestión que se plantea en dicho caso es si procedería que, en el supuesto de que el titular de tal garantía real decida ejecutarla, el arrendatario pueda seguir, pese a ello, utilizando el bien, mientras siga pagando el arriendo financiero y respetando las demás condiciones de dicho contrato de arriendo con opción de compra.

78. En algunos ordenamientos la cuestión se resuelve estableciendo que todo arrendatario financiero de mercancías goza de prelación sobre el titular de una garantía real con que el arrendador financiero haya gravado las mercancías si el contrato de arriendo financiero, o con opción de compra, se concierta en el giro normal del negocio del arrendador, aun cuando el arrendatario financiero sepa cabalmente que existe la garantía real. Así pues, aun cuando en ese supuesto el acreedor ejecutara su garantía vendiendo el bien gravado a un tercero, dicho tercero adquiriría el bien así vendido sujeto a los términos del contrato de arriendo financiero y el arrendatario tendría derecho a seguir utilizando el bien conforme a los términos de dicho contrato, hasta adquirir su plena titularidad.

79. A veces se hace una excepción a esa regla si, al tiempo de concertar un arriendo financiero, el arrendatario sabía cabalmente que los términos de dicho contrato conculcaban los términos de la garantía del acreedor garantizado, como sucedería en el supuesto de que el arrendatario financiero obre a sabiendas de que en el acuerdo de constitución de tal garantía real se prohíbe específicamente que el otorgante venda el bien gravado por vía de un arriendo financiero de dicho bien. Con todo, el mero conocimiento de la existencia de una garantía real, por consulta de una inscripción registral, no bastaría para anular la prelación de que goza un arrendatario financiero.

h) Tenedores de títulos y otros documentos negociables

80. En muchos regímenes de las operaciones garantizadas se aplica una regla de prelación especial a los títulos negociables (como los pagarés) y los documentos negociables (como los recibos de almacén y los conocimientos de embarque) en virtud de la cual los tenedores de tales bienes pueden obtenerlos libres de los derechos de toda otra persona, incluidos los titulares de garantías reales válidas. El trato especial dispensado a los tenedores de títulos y documentos negociables revela la importancia que reviste el concepto de la negociabilidad de dichos instrumentos mercantiles en esos ordenamientos, así como el deseo de preservar el valor que ello supone. La ley (sea el régimen de las operaciones garantizadas u otra norma aplicable) suele dispensar dicho trato únicamente a los tenedores de títulos que respeten ciertas normas prescritas en materia de buena fe (con objeto de que no obren en connivencia con la persona de la que recibieron los títulos o instrumentos negociables).

i) Garantía de la posesión de una suma de dinero

81. Muchos regímenes de las operaciones garantizadas dispensan un trato análogo a toda persona que haya dado una contraprestación a cambio de dinero y esté en posesión del dinero, permitiendo que haga suya dicha suma de dinero exenta de los derechos de toda otra persona, incluidos los de titulares de garantías reales válidas aplicables a dicha suma. Esta regla especial de prelación se aplica con objeto de preservar la libre circulación del dinero como medio de cambio sin gravamen. Con frecuencia será aplicable una regla distinta si dicha suma de dinero está depositada en una cuenta bancaria o si se establece que el tenedor de la suma ha actuado en connivencia con el otorgante de una garantía real para frustrar dicha garantía o algún otro derecho previo sobre la suma de dinero entregado.

j) Acreedores con prelación legal (o privilegiada)

82. 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 legal a determinados créditos no garantizados, en el marco o incluso al margen de un procedimiento de insolvencia, sobre otros créditos del mismo rango y, en algunos casos, sobre créditos con garantía real (e incluso con garantía previamente inscrita en un registro). Por ejemplo, es frecuente que, para proteger los intereses de entidades públicas y de los empleados, los créditos fiscales y salariales adeudados gocen de prelación, en algunos ordenamientos, sobre las garantías reales ya existentes. Al diferir los objetivos sociales o de interés público de un país a otro, varía también la índole precisa de esos créditos (fiscales, salariales o de otro tipo) y el rango de prelación otorgado.

83. 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 eventual, pueda determinar con certeza el alcance de los créditos privilegiados, el riesgo de que se hagan valer (ya sea en el marco o al margen de un procedimiento de insolvencia) restringirá la oferta y elevará el precio de todo crédito negociable:

dado que todo crédito privilegiado mermará el valor de garantía de un bien gravable, el acreedor garantizado tenderá a trasladar el mayor riego financiero de su crédito al otorgante de la garantía, ora elevando el tipo de interés, ora deduciendo del préstamo ofrecido el importe estimado de los créditos privilegiados.

84. A fin de no desalentar la oferta de crédito garantizado, lo que también constituye un objetivo social, habrá que sopesar detenidamente los distintos objetivos sociales al decidir si se instituirán o no créditos privilegiados. Ese privilegio debe limitarse en lo posible y otorgarse solo cuando sea el único medio de salvaguardar el objetivo social subyacente y en la medida en que el país determine que la incidencia de tal privilegio en la oferta de crédito financiero a un precio asequible no sea netamente perjudicial. Por ejemplo, en algunos ordenamientos los ingresos fiscales se protegen dando incentivos al personal gestor para resolver con rapidez los problemas financieros de sus empresas so pena de incurrir en responsabilidad civil privada y se salvaguardan los créditos salariales mediante un fondo público.

85. Si se opta por instituir ciertos créditos privilegiados, la ley que los rija ha de ser lo bastante clara como para permitir al acreedor calcular su importe o incidencia eventual a fin de protegerse. En algunos ordenamientos se ha logrado claridad y transparencia especificando todos los créditos privilegiados en una única ley o en un anexo de dicha ley, así como exigiendo que se inscriban en un registro público y dándoles prelación únicamente sobre las garantías reales que se inscriban ulteriormente. Dichos regímenes darán prelación a las garantías que se hayan inscrito con anterioridad a la inscripción de los créditos privilegiados, o que se constituyan dentro de un plazo de, por ejemplo, 45 a 60 días tras la inscripción del crédito privilegiado, y siempre que la garantía real existente respalde el desembolso de futuras entregas de un crédito ya otorgado. Sin embargo, uno de los problemas de exigir la inscripción registral de ciertos créditos privilegiados que nazcan poco antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia radica en que puede ser difícil calcular su importe o inscribirlos a tiempo.

k) Titulares de una garantía real por restauración, mejora o almacenamiento de bienes gravados

86. Algunos ordenamientos establecen que los acreedores que de alguna manera añaden valor a ciertos bienes, como sería repararlos, gozan de garantías reales sobre ellos y que tales garantías generalmente gozan de prelación sobre otros gravámenes creados sobre dichos bienes. La ventaja de esta prelación es que induce a todo el que añada valor a un bien gravado a seguir haciéndolo, facilitando así el mantenimiento y la preservación de dichos bienes. Con tal de que el importe de dicha garantía real sea justo reflejo de la cuantía por la que se haya apreciado el bien gravado, los acreedores garantizados existentes no deberían tener nada que objetar a esa garantía real ni a la prelación superior de la que goza.

87. Algunos ordenamientos también prevén que se constituyan garantías reales sobre bienes ya gravados a favor de ciertos acreedores, como el depositario que almacene esos bienes o el propietario que arriende al otorgante el local en donde se almacenan, en garantía del pago del almacenamiento o del alquiler de espacio, y generalmente prevén que esas garantías reales gozarán de prelación sobre otros créditos garantizados por esos mismos bienes.

88. 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 el acreedor eventual 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 existencia de garantías reales concurrentes. Como se señaló en el capítulo V (véase A/CN.9/WG.VI/WP.14, párrafos 56 a 59) cabría exigir que se inscribieran esas garantías reales en el registro correspondiente.

89. 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 únicamente en determinadas circunstancias. Una posibilidad consiste en limitar el alcance de la cobertura de esas garantías a favor del proveedor de servicios (por ejemplo, a un mes de alquiler del local respecto de su propietario) y reconocer su prelación sobre otras garantías reales anteriores solo 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 la facultad del otorgante de su garantía real para contratar servicios de esa índole o reservando una porción suficiente del crédito otorgado para pagar al proveedor de dichos servicios para el caso de que el otorgante no remunere sus servicios.

l) Titulares de garantías reales sobre inmuebles con accesorios fijos

90. Siempre que un régimen de las operaciones garantizadas permita la constitución de garantías reales sobre accesorios fijos (conforme se recomienda en la presente Guía), dicho régimen deberá también prever alguna regla que determine la prelación relativa de una garantía real constituida sobre algún accesorio fijo frente a la garantía real sobre el bien inmueble al que se haya incorporado el accesorio (dicho conflicto podría darse con toda persona, distinta del otorgante, que sea propietaria del inmueble, con todo comprador del mismo o con un acreedor que goce de una garantía real global sobre el inmueble). Tal regla de prelación debería prever el supuesto de que la garantía real sobre el accesorio fijo se haya constituido antes de que la garantía sobre el inmueble, así como los supuestos de que la garantía real sobre el bien incorporable se haya creado antes o después de que dicho bien pasara a ser accesorio fijo del inmueble. Al instituir reglas de prelación adecuadas para los accesorios fijos, deberá procurarse respetar los principios bien arraigados del régimen de la propiedad inmobiliaria.

m) Donatarios

91. La situación de una persona que acepta la transmisión gratuita de bienes gravados ("un donatario") es bastante distinta de la de un comprador u otro cesionario comercial. Dado que el donatario no aporta nada, no hay prueba objetiva alguna de que se haya perjudicado por haber creído que el otorgante poseía los

bienes exentos de gravámenes. Por ende, de surgir una controversia entre el donatario de un bien y el titular de una garantía real sobre el bien donado, que haya sido otorgada por el donante, cabe esgrimir razones de peso a favor de dar prelación al acreedor garantizado, aun en supuestos en que la garantía real no sea, por lo demás, válida frente a terceros. Ahora bien, tal vez haya motivos válidos para no atenerse a ese principio en determinadas circunstancias, como sería el supuesto en que el donatario haya efectuado algún cambio sustancial a raíz de la donación, a reserva del derecho del acreedor garantizado y del representante de la insolvencia del donante a impugnar la validez de la donación invocando el régimen de las transmisiones fraudulentas, cuando se pruebe que el donatario actuó en connivencia con el donante para frustrar los derechos del acreedor garantizado.

n) Representante de la insolvencia

92. 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, a reserva de las disposiciones aplicables del régimen de la insolvencia que rijan los créditos privilegiados y las acciones de impugnación. 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.

93. A fin de recompensar cabalmente la labor de los representantes en los procedimientos de insolvencia, generalmente se les otorga un crédito privilegiado supremo sobre la masa de la insolvencia. En el capítulo IX se examina detenidamente ese crédito y la facultad del representante de la insolvencia para impugnar la validez de una garantía real en ciertos supuestos.

6. Acuerdos de subordinación

94. En numerosos ordenamientos, el orden de prelación puede modificarse, y de hecho se modifica con frecuencia, por decisión unilateral de un acreedor garantizado o por acuerdo contractual con otros acreedores garantizados. Por ejemplo, el prestamista A, titular de 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, a favor del prestamista B con el propósito de aprovechar su valor para que el prestamista B le otorgue financiación adicional. Cabe diferenciar esos arreglos de los acuerdos de subordinación entre acreedores ordinarios o sin garantía alguna que renuncien entre sí al principio de la igualdad de trato que ha de otorgarse a sus respectivos créditos. El reconocimiento de la validez de una renuncia por el interesado a la prelación de su garantía real, por acto unilateral o por vía

contractual, 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).

95. Todo acuerdo que altere el orden de prelación será perfectamente aceptable, siempre que afecte 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 el capítulo IX).

7. Efectividad de la prelación con anterioridad a la ejecución

96. Otro aspecto importante es si la prelación solo surte efectos después de que el otorgante incumpla su obligación subyacente o si también tendrá algún efecto 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 su venta para saldar sus obligaciones a medida que vayan venciendo, independientemente de la prelación que corresponda a cada garantía real constituida sobre esos bienes. Exigir al acreedor con prelación subordinada que remita las sumas así cobradas al acreedor con prelación superior sin que exista un acuerdo expreso tal vez le privaría de toda motivación para conceder financiación.

97. Ese resultado tal vez sea distinto si el acreedor con prelación subordinada recibe el producto de todo cobro, venta u otro acto 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 prelación superior si recibió el producto a sabiendas de que el otorgante estaba obligado a entregarlo a ese acreedor. El fundamento de esta regla es análogo al que se analiza en la sección 5 e) *supra*, en relación con los compradores de bienes gravados.

B. Recomendaciones

[*Nota para el Grupo de Trabajo: habida cuenta de que en los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.13 y Add.1 se recoge un texto fusionado de recomendaciones relativas al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, no se incorporan en el presente documento las recomendaciones referidas a la prelación. Cuando se haya ultimado el texto de las recomendaciones, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si procede colocarlas al final de cada capítulo o en un anexo que figure al final de la Guía, o en uno y otro lugar.*]

A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.2

Informe del Secretario General sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su sexto período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
IX.	Incumplimiento y vía ejecutoria	1-34
A.	Observaciones generales	1-33
1.	Introducción	1-4
2.	Incumplimiento	5
3.	Vía ejecutoria	6-33
a)	Observaciones generales	6-9
b)	Notificación de la ejecución de una garantía real	10-11
c)	Grado de supervisión judicial de la ejecución de una garantía real	12-16
d)	Autonomía de las partes para convenir en alguna vía ejecutoria	17
e)	Aceptación de los bienes gravados en cumplimiento de la obligación garantizada	18-19
f)	Redención de los bienes gravados	20
g)	Disposición autorizada del bien gravado efectuada por el otorgante	21
h)	Sustracción de los bienes gravados del control del otorgante	22-23
i)	Venta u otro acto de disposición de los bienes gravados	24-27
j)	Distribución del producto de la enajenación	28-29
k)	Término de la garantía real	30
l)	Variaciones del marco general	31-32
m)	Recurso a la vía judicial por otros acreedores	33
B.	Recomendaciones	

IX. Incumplimiento y vía ejecutoria

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Todo acreedor garantizado razonable espera de un deudor que cumpla sus obligaciones sin que el acreedor se vea obligado a hacer valer su garantía real sobre los bienes gravados. Por su parte, un deudor razonable también espera cumplir sus obligaciones. No obstante, ambos reconocerán que puede suceder que el deudor se encuentre en la imposibilidad de cumplir su obligación. Eso puede deberse a errores de discernimiento o administración comercial del deudor, pero puede deberse también a causas ajenas a la voluntad del deudor, como una mala coyuntura en un sector o una evolución desfavorable de la situación económica general.

2. Los acreedores examinan periódicamente las actividades profesionales del deudor y los bienes gravados y se ponen en contacto con todo deudor que parezca experimentar dificultades financieras. Los deudores suelen cooperar con sus acreedores con miras a superar esas dificultades. Los acreedores y deudores que trabajan de consuno pueden llegar a un acuerdo de "reajuste" o de "arreglo comercial" que prolongue el calendario de pago, reduzca la obligación del deudor o modifique el acuerdo de garantía. Toda negociación para llegar a un arreglo comercial se verá influida por dos factores jurídicos dominantes: el derecho de todo acreedor garantizado a reivindicar su garantía real si el deudor incumple su obligación garantizada y la posibilidad de incoación de un procedimiento de insolvencia por el deudor o contra él.

3. La esencia de un régimen de operaciones garantizadas reside en el derecho del acreedor garantizado de fundarse en el valor del bien gravado para obtener la ejecución de la obligación garantizada si el deudor la incumple. La existencia de mecanismos económicos y ejecutorios eficaces que permitan a los acreedores prever con precisión el tiempo y los costos que entrañará la ejecución de la obligación garantizada, así como la cuantía que podrían obtener de la enajenación de los bienes gravados, influirán en la disponibilidad y en el costo del crédito financiero. Por consiguiente, en todo régimen de operaciones garantizadas se deberían estipular normas eficaces, económicas y previsibles de derecho procesal y sustantivo que regulen la ejecución de una garantía real después de que un deudor haya incumplido sus obligaciones. Esas normas deben ser claras, simples y transparentes de modo que generen certeza jurídica respecto del posible resultado del procedimiento de ejecución. Al mismo tiempo, las normas deberían prever salvaguardias razonables que amparen los intereses del deudor, del otorgante y de otras personas que tengan algún tipo de derecho sobre los bienes gravados.

4. En el presente capítulo se examinan las vías de que dispone el acreedor garantizado para hacer valer o ejecutar su garantía real en el supuesto de que el deudor incumpla ("incurra en impago", véase el párrafo 5) la obligación garantizada antes de la apertura del procedimiento de insolvencia o con autorización del órgano competente que intervenga en el procedimiento de insolvencia (la insolvencia se trata en el capítulo IX).

2. Incumplimiento

5. Si un deudor incumple la obligación garantizada, incurre "en impago". El incumplimiento del deudor es condición previa para que el acreedor garantizado proceda a ejecutar su garantía real sobre los bienes gravados. El acuerdo concertado entre las partes y el régimen general de las obligaciones determinarán en qué consiste el incumplimiento, si el deudor ha incurrido en él, si debe enviarse una notificación de incumplimiento y si el deudor debe tener derecho a remediar el incumplimiento. Por lo general, el deudor debe tomar la iniciativa de impugnar ante un tribunal la pretensión del acreedor garantizado de que ha incurrido en incumplimiento, o el cálculo efectuado por el acreedor garantizado de la cuantía que le adeuda a raíz del incumplimiento. A fin de no retrasar excesivamente la ejecución, si está justificada, convendrá haber previsto una vía de reconsideración acelerada, que lleve incorporadas salvaguardias contra la presentación por el deudor de alegatos infundados con objeto de demorar la ejecución.

3. Vía ejecutoria

a) Observaciones generales

6. La cuestión clave que ha de resolverse en todo régimen de operaciones garantizadas es la de determinar si el régimen que normalmente regula el cobro de deudas sufrirá o no alguna modificación. Por ejemplo, en algunos de esos regímenes se prevé una vía judicial acelerada para el cobro de deudas, mientras que en otros se confiere al acreedor garantizado el derecho de determinar si el deudor ha incurrido en incumplimiento y de tomar posesión del bien gravado y disponer de él sin intervención directa de los poderes públicos ni de ningún órgano administrativo independiente. Ahora bien, en toda vía de ejecución acelerada o en toda habilitación del acreedor para ejecutar directamente su garantía se deberá tener en cuenta el derecho de otras personas a ser oídas para proteger sus reivindicaciones legítimas sobre los bienes gravados. Más aún, toda asignación de recursos en el marco del sistema judicial y toda delegación de poderes en particulares plantean forzosamente cuestiones de interés público. Es imprescindible determinar de manera clara y sencilla la función del poder judicial o de otra autoridad administrativa en lo que atañe a la ejecución de las garantías reales.

7. Toda parte interesada (es decir, el acreedor garantizado, el deudor, el otorgante y los demás acreedores) puede verse favorecida por la optimización del valor de liquidación del bien gravado, a raíz del incumplimiento del deudor. El acreedor garantizado se beneficiará si se reduce el saldo pendiente de cobro del deudor por concepto de deuda no garantizada una vez utilizado el producto de los bienes gravados. El deudor o el otorgante y los demás acreedores del deudor se beneficiarán asimismo si se reduce la insuficiencia de fondos o si aumenta el excedente. Un régimen de operaciones garantizadas que permita reducir las trabas y los costos de las operaciones relacionadas con la disposición velando al mismo tiempo por que el acreedor garantizado realice esfuerzos comerciales razonables para disponer de los bienes gravados, hará que aumente el producto que reportará la enajenación de esos bienes.

8. La garantía real cobra particular importancia para el acreedor garantizado cuando el deudor experimenta dificultades financieras. Al incurrir un deudor en dificultades financieras aumentan las probabilidades de que incumpla sus

obligaciones y de que se incoe un procedimiento de insolvencia voluntario o involuntario. Si el procedimiento de insolvencia interpone excesivos obstáculos cuando el acreedor garantizado quiere hacer valer su garantía real y ello hace que el valor de la garantía real sea inferior en el marco de un procedimiento de insolvencia a lo que sería al margen de él, el deudor y los demás acreedores tendrán interés en precipitar la incoación de un procedimiento de insolvencia. En el momento inicial en que haya de decidir si otorgará o no crédito, todo acreedor garantizado que prevea las consecuencias de la apertura de ese procedimiento tendrá en cuenta el valor inferior de la garantía real en ese supuesto y reducirá la cuantía del crédito que otorgue al deudor o elevará su precio. Así pues, si en la ley se prevé el reconocimiento y la ejecutoriedad de las garantías reales en el marco de un procedimiento de insolvencia se dará certeza al acreedor y se propiciará la oferta de crédito en condiciones favorables (en el capítulo IX se examina la cuestión de la ejecutoriedad de las garantías reales en un procedimiento de insolvencia).

9. Es importante que en el régimen se tengan en cuenta los derechos del deudor, del otorgante y de las demás personas con garantías reales sobre los bienes gravados. En muchos regímenes se impone como cuestión general y primordial el requisito de que, al ejercitar su derecho a ejecutar su garantía real, el acreedor garantizado actúe de buena fe, se atenga a prácticas comerciales razonables y respete el orden público.

b) Notificación de la ejecución de una garantía real

10. En un régimen de operaciones garantizadas se suele establecer si se debe notificar o no la intención de hacer valer una garantía real y a quién ha de dirigirse la notificación. La principal ventaja de notificar al deudor u otorgante estriba en que es una forma de prevenirlos para que puedan actuar en defensa de sus intereses (el deudor será consciente del incumplimiento, pero quizá los terceros otorgantes no lo sean); por ejemplo, adoptando medidas para remediar el incumplimiento del deudor, si la ley lo permite. La notificación dada a las demás partes interesadas permitirá que se mantengan informadas de toda medida subsiguiente de ejecución por parte del acreedor garantizado y, en el supuesto de que alguna parte sea, a su vez, acreedor garantizado cuyos derechos tienen prelación (y el deudor ha incurrido también en incumplimiento de las garantías que le ha otorgado), participar en el procedimiento ejecutorio o asumir control de él. Como inconvenientes de la notificación cabe citar los gastos que ocasiona, la oportunidad que ofrece a un deudor u otorgante mal dispuesto para poner los bienes gravados fuera del alcance del acreedor y la posibilidad de que otros acreedores se precipiten a reclamar sus deudas con cargo al negocio del deudor. Debido al requerimiento de que se notifique toda enajenación de los bienes gravados, en muchos regímenes de operaciones garantizadas no se requiere además que se notifique el incumplimiento (véase el párrafo 5).

11. Al igual que en otras situaciones en que se requiere una notificación, en los ordenamientos jurídicos en que se exige que se notifique el incumplimiento, el régimen de operaciones garantizadas suele especificar cuál ha de ser el contenido mínimo de la notificación, y la manera y el momento en que se ha de dar. Al hacerlo, la ley puede distinguir entre el aviso que ha de darse al deudor y al otorgante, en el supuesto de que éste no sea el deudor, y el aviso que ha de darse a los demás acreedores y a las autoridades públicas o al público en general. El

acreedor garantizado podría, por ejemplo, estar obligado a dar aviso previo por escrito al deudor y al otorgante y a hacer inscribir esa notificación en algún registro público (véase el artículo 54 de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias). Cabe también que el acreedor esté obligado a dar aviso por escrito a los demás acreedores garantizados que hayan inscrito su garantía real en un registro o que hayan de algún otro modo notificado al acreedor. Puede suceder también que esa obligación de dar aviso corresponda al secretario del registro. En cuanto a la información que ha de darse en dicho aviso al deudor o al otorgante, la ley puede exigir que el acreedor garantizado incluya una estimación de la cuantía debida a raíz del incumplimiento e indique las medidas que el deudor o el otorgante de la garantía podrán adoptar para satisfacer la obligación garantizada o remediar ese incumplimiento. También se puede exigir al acreedor garantizado que indique, al menos a título provisional, las medidas que piensa adoptar para hacer valer la ejecución de su garantía real. La notificación dirigida a las demás partes interesadas no necesita ser tan específica.

c) Grado de supervisión judicial de la ejecución de una garantía real

12. Una cuestión clave de todo régimen de operaciones garantizadas es determinar en qué medida el acreedor garantizado debe recurrir a los tribunales o a alguna otra autoridad (por ejemplo, un alguacil, notario público o cargo de la policía) para hacer ejecutar su garantía real, y no a procedimientos extrajudiciales. A fin de proteger al deudor y a las demás partes que tengan algún derecho sobre los bienes gravados, en algunos ordenamientos se exige al acreedor garantizado que recurra exclusivamente a los tribunales o a alguna otra autoridad para hacer ejecutar su garantía real. Ahora bien, como a menudo los procedimientos judiciales no se resuelven con rapidez, ocasionan más gastos de lo que los resultados justifican y tampoco se obtienen con ellos el máximo valor posible de los bienes gravados, el requisito de recurrir a un procedimiento judicial incidirá negativamente en la disponibilidad y el costo del crédito financiero. Las demoras y los gastos que ocasiona reducirán el valor de liquidación de los bienes gravados y se incorporarán al precio de la operación financiera.

13. A fin de evitar estos problemas, en algunos ordenamientos jurídicos no se exige al acreedor garantizado que acuda a los tribunales ni a otras autoridades a efectos de la ejecución. En estos ordenamientos es frecuente que se faculte al acreedor para que ejecute su garantía real sin intervención previa de ninguna institución pública, ya sea un tribunal, un alguacil o la policía. En otros ordenamientos, solo se prevé una intervención pública limitada en el procedimiento de ejecución. Por ejemplo, el acreedor garantizado podrá solicitar a un tribunal que emita un mandato de restablecimiento en la posesión que el tribunal podrá emitir sin audiencia previa (aunque el deudor podrá incoar un procedimiento independiente para impugnar ese mandato; véase el artículo 57 de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias). En tal caso, una vez en posesión del bien, el acreedor garantizado podrá venderlo directamente sin intervención judicial observando ciertos trámites prescritos (véase el artículo 59 de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias). Se aduce a favor de este procedimiento que el recurso al acreedor garantizado o a un tercero de confianza para disponer de los bienes resultará a menudo más flexible, rápido y menos costoso que un procedimiento

dirigido por el Estado. Con ello se trata también de optimizar el valor de liquidación de los bienes gravados.

14. Ahora bien, incluso en esos ordenamientos, se puede recurrir a los tribunales para obtener el reconocimiento de toda excepción procesal oponible por el otorgante de la garantía o de todo crédito legítimo de algún otro acreedor con una garantía sobre el bien gravado. A fin de informar a esas partes y darles la oportunidad de reaccionar, se puede exigir al acreedor garantizado que dé aviso del incumplimiento y de que va a recurrir a la vía ejecutoria (véanse los párrafos 5 y 10). Además, el acreedor garantizado no podrá ejecutar su garantía real para tomar posesión de los bienes gravados si ello puede provocar una alteración del orden público. Más aún, al disponer de los bienes gravados, el acreedor garantizado deberá obrar con "prudencia comercial" (véase el párrafo 9).

15. Aun cuando esté facultado para actuar sin necesidad de intervención de los poderes públicos, normalmente un acreedor garantizado también tendrá derecho a ejecutar su garantía real por vía judicial. Por distintas razones, el acreedor garantizado podrá optar por presentar una demanda judicial en vez de proceder por sí mismo. Por ejemplo, tal vez desee evitar el riesgo de que sus actos privados sean ulteriormente impugnados o puede haber llegado a la conclusión de que deberá, de todos modos, acudir a los tribunales para reclamar la diferencia entre el crédito y el valor de liquidación.

16. Haya o no de acudir el acreedor garantizado ante los tribunales, son muchos los ordenamientos que modifican el régimen normal del procedimiento civil para las demandas de ejecución de garantías reales presentadas por un acreedor garantizado. Esas modificaciones pueden consistir en un plazo más breve para la actuación del tribunal o en que se impongan límites a las acciones o excepciones que las demás partes puedan presentar. Si el tribunal concluye que ha habido incumplimiento, el objetivo de toda resolución judicial deberá ser satisfacer el crédito garantizado del acreedor. El tribunal suele estar facultado para ordenar que el deudor pague la obligación, enajene él mismo los bienes gravados o los entregue al acreedor garantizado o al tribunal para que dispongan de ellos.

d) Autonomía de las partes para convenir en alguna vía ejecutoria

17. Otro elemento esencial de un régimen de operaciones garantizadas será determinar la medida en que el acreedor garantizado y el deudor u otro otorgante podrán modificar por vía contractual el marco legal para la ejecución de una garantía real. En algunos ordenamientos, el procedimiento de ejecución no podrá ser modificado por acuerdo de las partes. En otros, las partes pueden modificar el marco legal de ejecución siempre que la modificación no incida sobre el orden público, los derechos de prelación ni los derechos de terceros (en particular en supuestos de insolvencia). Hay otros ordenamientos que insisten en mecanismos eficaces de ejecución, entre los cuales, la vía judicial no es el procedimiento principal ni el único. Aun cuando en un ordenamiento se limite la facultad del acreedor garantizado y del deudor u otro otorgante para convenir modificar el marco legal, dar autonomía a las partes para determinar las consecuencias de su intercambio comercial después de un incumplimiento favorece una asignación eficiente de recursos. Sin embargo, esa autonomía puede prestare a abusos en el momento de la concertación del acuerdo constitutivo de la garantía real. Por ello, puede que la ley

solo reconozca los acuerdos por los que se modifica el marco legal acordado, después de que el deudor haya incurrido en incumplimiento.

e) Aceptación de los bienes gravados en cumplimiento de la obligación garantizada

18. A raíz del incumplimiento, el acreedor garantizado podrá proponer al otorgante que acepte los bienes gravados en cumplimiento total o parcial de la obligación garantizada. En la mayoría de los ordenamientos, toda estipulación que confiera automáticamente la propiedad de los bienes gravados al acreedor garantizado a raíz del incumplimiento no será ejecutable, pero en algunos sí lo sería si el acuerdo es posterior al incumplimiento. La ventaja de admitir la validez de un acuerdo contraído después del incumplimiento está en que con ello se minimiza el costo de ejecución y la garantía real surte efecto más rápidamente. Su desventaja estriba en que se presta a que el acreedor garantizado presione excesivamente al deudor o al otorgante en los casos en que los bienes gravados sean más valiosos que la obligación garantizada.

19. El régimen puede amparar contra todo comportamiento abusivo en relación con tales acuerdos exigiendo, en ciertas circunstancias, el consentimiento del deudor o del otorgante, así como de terceros interesados o del tribunal competente, como sucedería en el caso de que el deudor haya reembolsado ya una parte considerable de la deuda garantizada. Se podrá exigir que se notifique a otras personas interesadas o que se imponga un plazo antes de proceder a una liquidación definitiva, a fin de dar margen para que (toda persona interesada que no haya dado su consentimiento) se interponga un recurso de apelación. La ley también podrá exigir una tasación oficial del valor de los bienes gravados.

f) Redención de los bienes gravados

20. En la mayoría de los ordenamientos se suele permitir que el deudor que ha incumplido o el otorgante de la garantía rediman los bienes gravados antes de su disposición pagando la suma pendiente de la obligación garantizada, junto con los intereses y los gastos de ejecución hasta la fecha de redención. La redención de los bienes pone término a la operación. La esperanza de poder redimir los bienes puede alentar al deudor o al otorgante a buscar compradores para los bienes gravados y a vigilar estrechamente la actuación del acreedor garantizado. La redención de los bienes gravados no es lo mismo que el restablecimiento de la obligación garantizada. Al restablecerse la obligación garantizada (por ejemplo, abonando una cuota impagada antes de la disposición de los bienes), si está previsto en el régimen general de obligaciones, se redime un incumplimiento parcial y la obligación así restablecida seguirá estando garantizada por los bienes gravados. Toda redención de los bienes gravados libera de la obligación garantizada.

g) Disposición autorizada del bien gravado efectuada por el otorgante

21. A raíz del incumplimiento del deudor, el acreedor garantizado tratará de optimizar el valor de liquidación de los bienes gravados. A menudo, el otorgante conocerá mejor el mercado de estos bienes que el acreedor garantizado. Por ello, se acostumbra a dar al otorgante un plazo a partir del incumplimiento durante el cual él mismo podrá enajenar los bienes gravados.

h) Sustracción de los bienes gravados del control del otorgante

22. A raíz del incumplimiento del deudor, el acreedor garantizado que no esté ya en posesión de los bienes gravados temerá que sus bienes puedan ser disipados o malgastados. Se puede atenuar este riesgo poniendo esos bienes en manos de un tribunal, de alguna autoridad pública o de un tercero que sea de la confianza del acreedor garantizado. Si el acreedor garantizado está autorizado a tomar posesión de esos bienes sin pasar por un tribunal o alguna otra autoridad o con una intervención limitada de un tribunal o una autoridad, se reducirá el costo de la ejecución (véanse los párrafos 13 y 14). Ahora bien, cuando el derecho interno autoriza al acreedor garantizado a tomar posesión de los bienes debe preverse el riesgo de que el acreedor abuse de dicha facultad, en particular el riesgo de que altere el orden público o de que intimide al deudor. Por ello, en la mayoría de esos ordenamientos se impone como condición, de la toma de posesión que no se altere el orden público. Ciertos ordenamientos exigen que se dé aviso previo del incumplimiento para poder tomar posesión de los bienes.

23. De existir el riesgo de que los bienes gravados pierden rápidamente valor, en la mayoría de los regímenes se prevé que un tribunal o alguna otra autoridad competente podrá ordenar medidas cautelares para preservar el valor de esos bienes.

i) Venta u otro acto de disposición de los bienes gravados

24. Toda garantía real faculta al acreedor garantizado para decretar la venta u otro acto de disposición de los bienes gravados. La ley debe prever otros procedimientos generales para disponer de los bienes gravados, como sería, por ejemplo, determinar qué método se utilizará para comunicar que se va a proceder a la disposición, si habrá o no subasta pública y si se permitirá vender o arrendar los bienes gravados, conceder licencias de utilización de los bienes gravados o recibir pagos por concepto de tales bienes. El objetivo de ese acto de disposición debe ser maximizar el valor de los bienes gravados, sin vulnerar ningún derecho legítimo ni excepción judicial que asistan al deudor u otorgante de la garantía o a alguna otra persona.

25. Los requisitos impuestos son de índole más o menos formal según los países. En algunos ordenamientos se habrá de seguir el mismo procedimiento público que se utilice para la ejecución de una sentencia judicial. En otros se permite que el acreedor garantizado controle el acto de disposición, pero se prescriben procedimientos uniformes para la enajenación de los bienes gravados en subasta pública, particularmente en materia de plazos, publicidad y precio mínimo. En otros se permite que el acreedor garantizado controle el acto de disposición a reserva de ciertas reglas flexibles respecto de la forma de proceder (siempre con sujeción a una norma de conducta independiente, como sería actuar con prudencia comercial). Estos ordenamientos pueden condicionar el ejercicio del derecho del acreedor a que el deudor u otro otorgante den su consentimiento, ya sea en el acuerdo de garantía o después del incumplimiento. Se suele prescribir cierta norma de conducta que el acreedor garantizado deberá observar (obrando, por ejemplo, “con prudencia comercial” o “con diligencia profesional”). También puede haber reglas especiales respecto de la modalidad de cobro del producto del acto de enajenación y la custodia de ese producto hasta su distribución.

26. La mayoría de los regímenes de operaciones garantizadas exigen que se dé aviso a determinadas partes antes de proceder al acto de disposición y que se

anuncie la venta o se invite a las partes apropiadas a que presenten ofertas. Dado el carácter definitivo de todo acto de disposición, se ha de reglamentar detalladamente la forma de alertar a toda parte interesada para que pueda defender sus intereses. Suelen prescribirse procedimientos especiales respecto de la venta de un negocio en marcha.

27. Puede suceder que el cobro de bienes inmateriales y de títulos negociables no se preste a los procedimientos de disposición de los bienes gravados. Por ello, en muchos ordenamientos hay reglas especiales para esa categoría de bienes gravados, como por ejemplo el derecho de exigir a toda persona que tenga la obligación de efectuar pagos pendientes a pagar su importe directamente al acreedor garantizado.

j) Distribución del producto de la enajenación

28. Para reducir tanto como sea posible los motivos de controversia, en todo régimen de operaciones garantizadas se reglamenta la distribución del producto de la enajenación. Suele comenzarse por abonar ciertos gastos de ejecución razonables y después la obligación garantizada. La ley suele incluir reglas que prescriben si el acreedor garantizado está obligado a distribuir el producto a parte o a la totalidad de los acreedores con garantías reales sobre los mismos bienes enajenados (como los acreedores cuyos derechos reales tienen un grado de prelación inferior) y cuándo deberá actuar así. Estas reglas suelen prever que se notificará al acreedor garantizado la existencia de esas otras garantías reales y que todo excedente sobrante se devolverá al deudor o a otro otorgante de la garantía.

29. El producto asignado al acreedor garantizado se destina a sufragar los gastos de distribución y a satisfacer la obligación garantizada. De ser insuficiente la suma así asignada, la obligación queda extinguida únicamente en la medida en que pueda reembolsarse con el producto recibido. La ley suele disponer que el acreedor garantizado seguirá teniendo derecho a exigir al deudor que le reembolse la suma pendiente. Salvo que el deudor haya creado una garantía real sobre otros bienes en provecho del acreedor, el derecho del acreedor que haya quedado pendiente de satisfacción no estará garantizado frente al deudor (aunque el acreedor garantizado podrá haber recibido garantías reales de un tercero).

k) Término de la garantía real

30. En todo régimen de operaciones garantizadas se suele estipular que la enajenación de los bienes gravados pone fin a la garantía real. Con ello queda extinguida la garantía real del acreedor garantizado sobre los bienes gravados, así como todo derecho sobre esos bienes del deudor u otro otorgante y los derechos de todo acreedor que goce de un grado de prelación inferior o de toda persona cuyas garantías reales tengan un grado de prelación más bajo sobre los bienes gravados. La ley también suele disponer que el derecho de otras personas (incluido todo otro acreedor garantizado) subsistirá pese a la enajenación de los bienes a resultas del procedimiento de ejecución.

l) Variaciones del marco general

31. Todo régimen de operaciones garantizadas aplicable a categorías muy diversas de bienes gravados prevé, cuando procede, ciertas reglas especiales aplicables a la enajenación de ciertas categorías de bienes. Este es el caso de los créditos por

cobrar y de los títulos negociables. Por ejemplo, todo acreedor garantizado con una garantía sobre un crédito por cobrar deberá tener derecho a informar al deudor de ese crédito de que debe efectuar directamente los pagos al acreedor garantizado después del incumplimiento del deudor.

32. Todo régimen de operaciones garantizadas también determina cómo deberá proceder un acreedor garantizado cuando en una única operación se hayan constituido garantías reales a la vez sobre bienes muebles y sobre bienes inmuebles. Una garantía sobre bienes accesorios fijos también requiere reglas especiales que resuelvan el problema de la separación de un bien accesorio fijo perteneciente a alguien que no sea el deudor ni el otorgante.

m) Recurso a la vía judicial por otros acreedores

33. Los demás acreedores del deudor o del otorgante podrán recurrir a los tribunales para obtener la ejecución de sus créditos contra el deudor y la ley procesal del foro reconocerá a esos acreedores el derecho a forzar al deudor a enajenar los bienes gravados, a reserva de los derechos del acreedor garantizado. El acreedor garantizado buscará en la ley procesal del foro alguna regla que le permita intervenir en esos procedimientos en defensa de la prelación de su garantía real. En contados casos, esa normativa podrá prever excepciones al régimen general de prelación. Puede suceder también que un tribunal ordene a una persona que adeude dinero a un deudor sentenciado que pague directamente esa suma al acreedor cuya demanda haya prosperado. Si el mandato judicial otorga efectivamente prelación al acreedor judicial y si un acreedor garantizado tiene una garantía real sobre tales créditos por cobrar, el resultado influirá forzosamente en la disponibilidad y el costo del crédito que se otorgue teniendo en cuenta los créditos por cobrar.

B. Recomendaciones

[*Nota para el Grupo de Trabajo: en vista de que en los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.13 y Add.1 figura un conjunto unificado de recomendaciones relativas al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, no se incorporan en el presente documento las recomendaciones en materia de incumplimiento y vía ejecutoria. Una vez terminadas las recomendaciones, el Grupo de Trabajo podrá considerar si convendría intercalarlas al final de cada capítulo, reproducirlas en un anexo que figure al final de la Guía o colocarlas en ambos lugares*.]

A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.4

Informe del Secretario General sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su sexto período de sesiones

ÍNDICE

ADICIÓN

		Párrafos
X.	Conflicto de leyes	1-32
	A. Observaciones generales	1-32
	1. Introducción	1-9
	a. Finalidad de las reglas de conflicto de leyes	1-5
	b. Alcance de las reglas de conflicto de leyes	6-9
	2. Reglas de conflicto de leyes que rigen la constitución, la eficacia frente a terceros y la prelación de garantías reales	10-18
	3. Reglas de conflicto de leyes aplicables a las garantías reales sobre producto	19-20
	4. Efecto de todo cambio operativo subsiguiente en el factor de conexión	21-25
	5. Reglas de conflicto de leyes para cuestiones de índole ejecutoria	26-31
	6. Incidencia de la insolvencia en las reglas de conflicto de leyes	32
	B. Recomendaciones	

X. Conflicto de leyes

A. Observaciones generales

1. Introducción

a. Finalidad de las reglas de conflicto de leyes

1. En el presente capítulo se examinan las reglas para determinar el derecho aplicable a la constitución de una garantía real entre el otorgante y el acreedor asegurado, la eficacia frente a terceros, la prelación y la ejecución de garantías reales. Se trata de las reglas generalmente denominadas de conflicto 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 solo se aplicarán a los conflictos de prelación que se planteen en el Estado promulgante cuando la regla de conflicto de leyes en cuestiones de prelación remita a la legislación de dicho Estado. Si la regla de conflicto 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 también se rigen 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 conflicto de leyes resuelven estas cuestiones. En el presente capítulo se propone una regla general a este respecto.

3. Las reglas de conflicto 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 jurídica es un objetivo fundamental que debe tenerse en cuenta en la elaboración de las reglas que afecten a las operaciones garantizadas tanto en lo relativo a los problemas de fondo como en lo que respecta al conflicto de leyes. Otro de los objetivos es la previsibilidad. Tal como se ha indicado en el párrafo anterior, las reglas de conflicto 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 concuerden 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 utilización de la Guía, incluido el presente capítulo, para elaborar un régimen de las operaciones garantizadas permitirá reducir los riesgos y los costos resultantes de las diferencias entre las reglas actuales de conflicto de leyes. En una operación garantizada, el acreedor garantizado suele querer 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 conflicto de leyes para el mismo tipo de bienes gravados, el acreedor, para estar plenamente protegido, deberá atenerse a más de una normativa. La ventaja de una armonización de las distintas reglas de conflicto 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. Conviene destacar que las reglas de conflicto de leyes serían necesarias incluso si todos los Estados hubiesen armonizado sus leyes en materia de operaciones garantizadas. Subsistirían 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 un derecho de garantía sin desplazamiento de la cosa se hace valer frente a terceros mediante la inscripción en un registro público, habría que saber también en qué Estado debería efectuarse la inscripción.

b. Alcance de las reglas de conflicto de leyes

6. En el presente capítulo no se definen las garantías reales a las que se aplicarán las reglas de conflicto de leyes. Normalmente, a efectos de la normativa de conflicto de leyes, un derecho se caracterizará como garantía real en función del régimen de las garantías reales de 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 de conflicto 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 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 pese a ello supeditar esos mecanismos a las reglas de conflicto de leyes aplicables a las operaciones garantizadas.

7. Se plantea un problema parecido respecto de ciertas transferencias no efectuadas con fines de garantía para las que es conveniente que el régimen aplicable a la constitución, la eficacia frente a terceros y la prelación sea el mismo que para una garantía real sobre la misma categoría de bienes. Cabe citar, a título de ejemplo la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos (y sus reglas de conflicto de leyes), que se aplica a las transferencias de créditos puras y simples, 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 y la del acreedor garantizado por las leyes del Estado B.

8. Sea cual fuere la decisión de un Estado sobre la categoría de operaciones que se rigen por las reglas de conflicto de leyes, solo los derechos reales de esas operaciones quedarán comprendidos en ellas. Así pues, una regla sobre el derecho aplicable a la constitución de una garantía real solo determinará la ley que estipula los requisitos que deberán cumplirse para crear un derecho real sobre los bienes gravados. No se aplicaría, en cambio, a las obligaciones personales contraídas por las partes en virtud de su contrato. En la mayoría de los ordenamientos y con ciertas restricciones, las obligaciones personales se rigen por la ley que las partes escogen.

9. El corolario de reconocer la autonomía de las partes en lo que atañe a las obligaciones personales es que las reglas de conflicto de leyes aplicables a los aspectos de derecho real de las operaciones garantizadas no entran en el ámbito de la libertad contractual. Por ejemplo, no suele permitirse que el otorgante de una garantía y el acreedor garantizado elijan la ley aplicable a la prelación, ya que esto no solo 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 de conflicto de leyes que rigen la constitución, la eficacia frente a terceros y la 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 determinar si la garantía se ha constituido válidamente (véase el capítulo IV);

b) La cuestión de determinar 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 que satisfaga los requisitos de validez de un derecho de garantía de esa clase, la garantía suele ser eficaz frente a terceros sin necesidad de que se cumpla ninguna otra medida.

12. La cuestión clave es determinar si debe aplicarse una única normativa de conflicto de leyes a las tres cuestiones o si convendría prever una mayor flexibilidad cuando resulte más apropiado que la ley aplicable a la eficacia frente a terceros o a la prelación sea distinta de la que rije la creación del derecho. En aras de la simplicidad y de la certeza jurídica puede ser aconsejable adoptar una única regla que rija a la vez la constitución, la eficacia frente a terceros 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 de conflicto de leyes para estas cuestiones puede

complicar el análisis o crear incertidumbre. No obstante, hay casos en que el establecimiento de una regla distinta para las cuestiones de prelación permitiría velar mejor por los intereses de terceros como, por ejemplo, los titulares de garantías no consensuales.

13. Otra importante cuestión es la de determinar si, tanto si se trata de la constitución como de la eficacia frente a terceros o la prelación de las garantías, conviene o no que la regla pertinente de conflicto de leyes sea aplicable tanto a los bienes corporales como a los bienes inmateriales. De escogerse esa opción, se favorecería una regla basada en la ley del lugar donde esté situado el otorgante. Otra posibilidad consistiría en remitirse a la ley del lugar en que se encuentre el bien gravado (*lex situs*), lo cual tendría, no obstante, el inconveniente de no ajustarse a lo previsto para los créditos por cobrar en la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos (cuyo artículo 22 remite a la ley del Estado donde esté situado el cedente, es decir, el otorgante de la garantía real).

14. Por razones de simplicidad y certeza convendría adoptar una misma normativa de conflicto 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 eficacia frente a terceros y a la prelación de las garantías. Conforme a este criterio, bastaría con una consulta para comprobar qué bienes del otorgante están gravados por garantías reales. No habría necesidad de orientación si los bienes gravados se trasladaran ni 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 en todos los ordenamientos jurídicos se considera que la ley del Estado en que está situado el otorgante guarda suficiente relación con las garantías sobre bienes corporales (o, por lo menos, con los bienes "no móviles"). Además, convendría que la ley aplicable a la operación garantizada fuera la misma que la que rigiera la venta de los mismos bienes. Esto significa que solo sería viable aceptar la ley del lugar donde está situado el otorgante para cada tipo de garantía real 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, incluso si la regla general fuera la del Estado en que está situado el otorgante, habría que hacer una excepción para las garantías reales con desplazamiento de la posesión.

17. Habida cuenta de que las reglas de 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 de conflicto de leyes adecuada si se constituye un garantía real posesoria sobre un bien inmaterial. A este respecto, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se considera que son bienes corporales determinadas categorías de bienes inmateriales

incorporadas a un documento (tales como títulos negociables y valores bursátiles), 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.

18. Se plantea una cuestión conexa cuando las mercancías están representadas por un documento de titularidad negociable (como sería un conocimiento de embarque). Suele aceptarse que un documento de titularidad negociable también se equipare a un bien corporal y se grave con una prenda con desplazamiento. En tal caso, la ley del lugar en que se encuentre el documento (y no las mercancías que consten en él) regiría la prenda. No obstante, se plantea la cuestión de determinar qué ley se aplicaría para dirimir un conflicto de prelación entre un acreedor prendario provisto de un documento de titularidad y otro acreedor a quien el deudor pudiera haber otorgado un derecho de garantía sin desplazamiento sobre las mercancías propiamente dichas, cuando el documento y las mercancías no se encuentren en el mismo Estado. En tal caso, las reglas de conflicto de leyes deberían asignar prelación a la normativa que rija la prenda, porque esta solución expresaría mejor las expectativas legítimas de las partes en litigio.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el ámbito de aplicación de la presente Guía abarca los bienes comerciales, el equipo y los créditos comerciales. Si el Grupo de Trabajo decide ampliar ese ámbito a otras categorías de bienes inmateriales, como los créditos no comerciales, los depósitos bancarios, las cartas de crédito y los derechos de propiedad intelectual, tal vez desee considerar si deberían existir reglas especiales de conflicto de leyes para estos tipos de bienes.*]

3. Reglas de conflicto de leyes aplicables a las garantías reales sobre producto

19. Por razones de simplicidad y certeza jurídica convendría aplicar al producto las mismas reglas de conflicto de leyes que rigen la constitución, la eficacia frente a terceros y la prelación de una garantía real que se haya constituido directamente sobre bienes de la misma categoría que el producto. Por ejemplo, si un acreedor reclama el cobro de créditos por ser el producto de la venta de bienes inventariados que ya estaban gravados con una garantía real a su favor, el derecho del acreedor a reclamar los créditos debería determinarse con arreglo a la misma ley que se habría aplicado a un derecho real que se hubiera obtenido directamente sobre los créditos como bienes originalmente gravados. En este mismo ejemplo, si la ley del Estado B rigiera una garantía real que se hubiera constituido originalmente sobre los créditos, esa ley determinaría también si el acreedor tendría o no derecho a reclamar los créditos que derivaran de la venta de los bienes inventariados, incluso si la garantía real del acreedor sobre tales bienes se rigiera por la ley del Estado A. La eficacia frente a terceros y la prelación del derecho del acreedor sobre los créditos (como producto de la venta de los bienes inventariados) se regirían también por la ley del Estado B.

20. No obstante, cabe aducir que la solución descrita en el párrafo anterior debería ser objeto de una excepción, consistente en que la constitución de una garantía real sobre el producto debería regirse por la ley aplicable a la constitución de la garantía real sobre los bienes originalmente gravados que generaron el producto. Esta solución respondería a las expectativas de un acreedor que obtuviera un derecho real sobre ciertos bienes inventariados en virtud de una ley interna que previera que tal derecho se extendería automáticamente al producto. Según este criterio, la cuestión

de determinar si una garantía real se extendería o no al producto se regiría por la ley aplicable a la creación de un derecho real sobre los bienes originalmente gravados que generaron el producto, en tanto que la eficacia frente a terceros y la prelación de un derecho real sobre el producto se regiría por la ley que se habría aplicado a tales cuestiones si el producto hubiera sido el bien originalmente gravado.

4. Efecto de todo cambio operativo subsiguiente en el factor de conexión

21. Cualquiera que sea el factor de conexión por el que se opte para determinar la regla de conflicto de leyes más apropiada para una determinada cuestión, podría producirse un cambio después de la constitución de una garantía real que modificara ese factor. 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 situados los bienes gravados, puede suceder que esos bienes sean trasladados a otro país.

22. De no resolverse explícitamente estas cuestiones, cabría sobreentender una regla de derecho implícita al respecto. Cabría entender las reglas generales de conflicto de leyes aplicables a la constitución, la eficacia frente a terceros y la prelación de garantías reales en el sentido de que, en el supuesto de producirse un cambio circunstancial en el factor de conexión determinante, la ley inicialmente aplicable, seguirá siendo aplicable a toda cuestión que haya surgido antes de producirse el cambio (por ejemplo, a la constitución de la garantía), mientras que la nueva ley, subsiguientemente aplicable, se aplicará a todo hecho que se produzca con posterioridad al cambio (por ejemplo, una cuestión de prelación que surja ulteriormente entre dos acreedores concurrentes).

23. No obstante, si la ley no se pronuncia respecto de estas cuestiones puede dar lugar a otras interpretaciones. Por ejemplo, se podría 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 pudiere surgir, fundándose en el factor de conexión efectivo, que sería el que existía en la fecha de su trato con el otorgante).

24. 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.

25. Se plantea una cuestión parecida respecto de las mercancías en tránsito. Conforme a algunos ordenamientos jurídicos, se podrá constituir y hacer valer frente a terceros un derecho de garantía sobre esas mercancías en virtud de la ley del lugar de destino si los bienes se trasladan a ese lugar dentro de un plazo especificado.

5. Reglas de conflicto de leyes para cuestiones de índole ejecutoria

26. Cuando se haya constituido y hecho valer frente a terceros una garantía real con arreglo al derecho de un Estado, pero se desee ejecutar esa garantía 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 gran importancia práctica cuando el régimen ejecutorio de ambos Estados difiera sustancialmente. Por ejemplo, puede suceder que el régimen aplicable a la garantía real faculte al acreedor garantizado para ejecutarla sin recurrir previamente a la vía judicial, salvo que haya alteración del orden público, mientras que la ley del lugar donde se pretende ejecutar esa garantía, requiera una intervención judicial. Cada una de las soluciones posibles de esta cuestión conlleva ciertas ventajas y ciertos inconvenientes.

27. Una de esas opciones consistiría en someter toda medida ejecutoria a la ley del lugar de ejecución, vale decir, 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 conflicto de leyes de la ley del foro remitiera a tal lugar para determinar 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.

28. 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 constituyó la garantía, el acreedor garantizado podrá 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 a recurrir a esa vía.

29. Una solución que responda a las expectativas justificadas de las partes se traduciría en una regla que remitiera las cuestiones de ejecución a la ley aplicable a la constitución o, si la constitución y la prelación de un garantía real se rigen por la misma ley (véanse las recomendaciones 101 a 103 en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.13/Add.1), al régimen de prelación. Otra ventaja de esta solución consistiría en que las cuestiones relativas a la creación, la prelación y la ejecución de la garantía real quedarían sometidas a la misma ley.

30. 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 eficacia frente a terceros 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.

31. 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 constitución y de eficacia frente a terceros de la garantía real. Toda cuestión de índole procesal se regirá, en cualquier caso, por la *lex fori*. De resultas de todo ello, diversas cuestiones ejecutorias podrían tener por ley aplicable el derecho interno de diversos países.

6. Incidencia de la insolvencia en las reglas de conflicto de leyes

32. Como se señala en el capítulo sobre la insolvencia (A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.3 párr. ...), a reserva de las acciones de impugnación, una garantía real que fuera, en general, eficaz frente al otorgante y frente a terceros al margen de todo proceso de insolvencia, debería continuar siendo eficaz en caso de que se iniciase un procedimiento de esa índole. Del mismo modo, la insolvencia no debería dejar sin efecto las reglas de conflicto de leyes aplicables a la constitución, la eficacia frente a terceros y, con algunas excepciones, el orden de prelación de una garantía real.

B. Recomendaciones

[*Nota para el Grupo de Trabajo: en vista de que los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.13 y Add.1 contienen un conjunto unificado de las recomendaciones relativas al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, en el presente documento no se incorporan las recomendaciones en materia de reglas de conflicto de leyes. Una vez terminadas las recomendaciones, el Grupo de Trabajo podría considerar si convendría intercalarlas al final de cada capítulo, reproducirlas en un anexo que figure al final de la Guía o colocarlas en ambos lugares.*]

D. Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor de su séptimo período de sesiones (Nueva York, 24 a 28 de enero de 2005)

(A/CN.9/574) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1
II.	Organización del período de sesiones	2-7
III.	Deliberaciones y decisiones	8
IV.	Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	9-80
	Capítulo X. Conflicto de leyes (A/CN.9/WG.VI/WP.16/Add.1, Recomendaciones 100 a 116 y A/CN.9/WG.VI/WP.19)	9-33
	A. Recomendaciones	9-32
	B. Observaciones generales	33
	Capítulo XII. Mecanismos de financiación de las compras (A/CN.9/WG.VI/WP.17 y Add.1)	34-69
	A. Observaciones generales	34-36
	B. Recomendaciones	37-69
	Capítulo XVI. Garantías reales sobre cuentas bancarias (A/CN.9/WG.VI/WP.18 y Add.1)	70-80
	A. Observaciones generales	70
	B. Recomendaciones	71-80
V.	Labor futura	81

I. Introducción

1. En su actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo prosiguió su labor de preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas con arreglo a una decisión adoptada por la Comisión en su 34º período de sesiones, en 2001[1].

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párrafo 358. Para antecedentes sobre el proyecto, véase A/CN.9/WG.VI/WP.15, párrafos 6 a 17. Los informes de los períodos de sesiones primero a sexto del Grupo de Trabajo figuran en los documentos A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543, A/CN.9/549 y A/CN.9/570. Los informes de los períodos de sesiones

La decisión de la Comisión de emprender la labor sobre el régimen de los créditos garantizados se adoptó ante la necesidad de estatuir un régimen legal eficiente que eliminara los obstáculos jurídicos impuestos a los créditos garantizados y que pudiera así repercutir favorablemente en la oferta de crédito financiero y en su costo[2].

II. Organización del período de sesiones

2. El Grupo de Trabajo, que estuvo integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su séptimo período de sesiones en Nueva York del 24 al 28 de enero de 2005. Al período de sesiones asistieron los representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Austria, Belarús, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Guatemala, India, Italia, Japón, Madagascar, México, Nigeria, Polonia, República Checa, República de Corea, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Turquía, Uganda y Zimbabwe.

3. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Afganistán, Cuba, Etiopía, Filipinas, Hungría, Irlanda, Malasia, Perú, República Dominicana, Santa Sede y Senegal.

4. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

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

b) Organizaciones intergubernamentales: Consejo de la Asamblea Interparlamentaria de las Naciones Miembros de la Comunidad de Estados Independientes (CEI) y Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado; y

c) Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: American Bar Association (ABA), Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Cámara de Comercio Internacional (CCI), Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Commercial Finance Association (CFA), Grupo de Trabajo Internacional sobre Garantías Reales en Europa, Instituto Max Planck de Derecho Extranjero y Derecho Internacional Privado, International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professional (INSOL), International Credit Insurance and Surety Association (ICISA), International Insolvency Institute (III), y Unión de Confederaciones de Industria y Empleadores de Europa (UNICE).

---

conjuntos primero y segundo del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y VI (Garantías Reales) figuran en los documentos A/CN.9/535 y A/CN.9/550. El examen de esos informes por la Comisión ha quedado recogido en los documentos A/57/17 (párrafos 202 a 204), A/58/17 (párrafos 217 a 222) y A/59/17 (párrafos 75 a 78).

[2] Ibíd., *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/55/17), párrafo 455, y *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/56/17 y Corr.3), párrafo 347.

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

Presidenta: Sra. Kathryn SABO (Canadá)

Relator: Sr. Sung-Keun YOON (República de Corea)

6. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: A/CN.9/WG.VI/WP.14/Add.1 (Prelación), A/CN.9/WG.VI/WP.16 y Add.1 (Recomendaciones), A/CN.9/WG.VI/WP.17 y Add.1 (Mecanismos de financiación de las compras), A/CN.9/WG.VI/WP.18 y Add.1 (Garantías reales sobre cuentas bancarias) y A/CN.9/WG.VI/WP.19 (Conflicto de leyes).

7. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones y programación de las reuniones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Preparación de la guía legislativa sobre las operaciones garantizadas.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

8. El Grupo de Trabajo examinó los capítulos X (Conflicto de leyes), XII (Mecanismos de financiación de las compras) y XVI (garantías reales sobre cuentas bancarias). Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo se recogen en los capítulos IV y V *infra*. Se pidió a la Secretaría que revisara esos capítulos teniendo en cuenta las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo.

IV. Preparación de una guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Capítulo X. Conflicto de leyes (A/CN.9/WG.VI/WP.16/Add.1, recomendaciones 100 a 116, y A/CN.9/WG.VI.WP.19)

A. Recomendaciones

Sección sobre finalidad

9. Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo sobre la sección relativa a la finalidad y sobre la premisa de que las disposiciones sobre conflicto de leyes debían ser claras, fáciles de aplicar y pragmáticas, y de que debían satisfacer las necesidades de las prácticas modernas de los créditos garantizados.

Recomendaciones 100 (garantías reales con desplazamiento sobre bienes corporales) y 101 (garantías reales sin desplazamiento sobre bienes corporales)

10. Si bien en el Grupo de Trabajo hubo acuerdo general sobre el fondo de las recomendaciones 100 y 101, se expresaron distintas opiniones sobre la propuesta de fusionarlas. Por una parte, se consideró que, si bien ambas preveían la aplicación de la ley del lugar donde estuvieran situados los bienes (*lex rei sitae*), las recomendaciones 100 y 101 no deberían fusionarse. Se dijo que la distinción debería mantenerse por razones de coherencia de la guía. Además, se observó que la distinción se justificaba dado que, suponiendo que la posesión equivaliera a la posesión efectiva (véase la recomendación 31 en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.16), una garantía real con desplazamiento sobre bienes muebles, mercancías en tránsito y mercancías de exportación no era posible.

11. No obstante, predominó la opinión de que las recomendaciones 100 y 101 deberían fusionarse. Se estimó que no debería establecerse distinción alguna cuando una disposición única pudiera aplicarse tanto a las garantías reales con desplazamiento como a las garantías reales sin desplazamiento. También se sostuvo que, si bien una garantía real con desplazamiento sobre bienes muebles, mercancías en tránsito y mercancías de exportación era poco frecuente, no era imposible y, por consiguiente, las disposiciones especiales de la segunda frase de la recomendación 101, y de las recomendaciones 104 y 105, debían aplicarse tanto a las garantías reales con desplazamiento como a las garantías reales sin desplazamiento. Tras un debate, se convino en que se fusionaran las recomendaciones 100 y 101, y en que se agregara al texto una referencia a las disposiciones especiales sobre bienes muebles, mercancías en tránsito y mercancías de exportación (aclarándose en el comentario el significado de esos términos).

12. A ese respecto, el Grupo de Trabajo examinó la naturaleza de las recomendaciones 104 y 105 y convino en que ofrecían al acreedor garantizado la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para que se constituyera una garantía real entre las partes que pudiera hacerse valer frente a terceros con arreglo a la ley del Estado de destino final (véanse los párrafos 17 y 18 *infra*).

13. Con respecto a la nota que figura después de la recomendación 102, se convino en que el debate se aplazara hasta que el Grupo de Trabajo tuviese la oportunidad de examinar el tema de los derechos reales de garantía sobre títulos negociables y documentos negociables con arreglo a un futuro informe de la Secretaría.

Recomendación 103 (producto)

14. El Grupo de Trabajo observó que si se constituía una garantía real sobre los bienes originalmente gravados (por ejemplo, existencias) en el Estado A y si se constituía una garantía real sobre el producto (créditos por cobrar) en el Estado B, en el que hubieran nacido los créditos, conforme a la variante A, la ley que regiría la constitución, la eficacia frente a terceros y la prelación de la garantía real sobre los créditos por cobrar sería la ley del Estado B, mientras que con arreglo a la variante B, la ley que regiría la constitución de la garantía real sobre los créditos por cobrar sería la ley del Estado A y la ley que regiría la eficacia frente a terceros y la prelación de esa garantía sería la ley del Estado B.

15. En apoyo de la variante A, se adujo que sometía a un mismo régimen las cuestiones de la constitución, de la eficacia frente a terceros y de la prelación de las garantías reales sobre el producto. Se consideró, por tanto, que la variante A evitaba que se plantearan problemas a la hora de aplicar la disposición en los Estados que no distinguieran entre la

constitución de la garantía real entre las partes y su eficacia frente a terceros y que se discriminara a los acreedores en los países que no reconocieran una garantía real automática sobre el producto. Por otra parte, se argumentó que la variante A crearía inseguridad en cuanto a la ley aplicable al producto, dado que la constitución de una garantía real sobre el producto no se regiría por la misma ley que la constitución de la garantía real sobre el bien gravado original. Sería muy difícil determinar cuál sería esa ley en el momento de la constitución de la garantía real sobre el bien gravado original. Además, habría más de una ley aplicable cuando el producto naciera en distintos países.

16. Predominó la opinión de que era preferible la variante B. Se observó que la variante B ofrecía una mayor seguridad en cuanto a la ley aplicable al producto, pues preveía la aplicación de una única ley a toda cuestión relacionada con la constitución de una garantía real tanto sobre los bienes gravados originales como sobre el producto de éstos, y de una ley que podía determinarse fácilmente en el momento de la constitución de la garantía real sobre los bienes gravados originales. También se estimó que la variante B se ajustaba a la recomendación 13, de derecho sustantivo (A/CN.9/WG.VI/WP.16), que preveía que la garantía real sobre el producto se derivaba de la garantía real sobre el bien gravado original y respetaba las expectativas normales de las partes. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió suprimir la variante A y mantener en el texto la variante B.

Recomendaciones 104 (mercancías en tránsito) y 105 (mercancías de exportación)

17. El Grupo de Trabajo observó que, conforme a las recomendaciones 104 y 105, podía constituirse una garantía real entre las partes sobre mercancías en tránsito y mercancías de exportación que pudiera hacerse valer frente a terceros no solo con arreglo a la ley del Estado en que se encontraran inicialmente las mercancías (conforme a las recomendaciones 100 y 101) sino también con arreglo a la ley del Estado de su destino final. Se observó asimismo que, según las recomendaciones 100 y 101, la prelación quedaba sujeta a la ley del Estado en que se encontraran las mercancías en el momento en que se planteara el conflicto de prelación (véase la recomendación 107).

18. En el Grupo de Trabajo hubo acuerdo general sobre el contenido de las recomendaciones 104 y 105. En cuanto al enunciado de la recomendación 105, se convino en que en todos los casos debería hacerse referencia a la ley del Estado de destino final de las mercancías y a la constitución de una garantía real "entre las partes" (y no a la constitución de tal garantía en general). No obtuvo suficiente apoyo la sugerencia de limitar el alcance de la recomendación 105 a las mercancías exportadas al Estado en que se encontrara el otorgante, dado que excluiría innecesariamente, por ejemplo, los supuestos en que las mercancías fuesen enviadas por el otorgante a otra parte.

Recomendaciones 106 (ubicación de las mercancías), 107 (momento en que debe determinarse la ubicación de las mercancías) y 108 (mantenimiento de la eficacia frente a terceros tras un cambio de ubicación)

19. En el Grupo de Trabajo se expresó un apoyo general del contenido de las recomendaciones 106, 107 y 108. Se convino asimismo en que, dada la importancia de la recomendación 106 para las recomendaciones de la guía relativas a los conflictos de leyes, dicha recomendación debería mantenerse en ese capítulo.

20. La sugerencia de suprimir la recomendación 107 no recibió suficiente apoyo. Se consideró que esa recomendación era importante porque enunciaba una norma básica en lo que respecta al momento en que se debería determinar la ubicación de los bienes o del

otorgante. Se explicó que ese momento no podía ser el mismo que el momento en que se constituyera la garantía real ni aquel en que ésta adquiriera eficacia frente a terceros, ya que la garantía real podía constituirse en un determinado momento, en tanto que la eficacia frente a terceros podía adquirir vigencia en un momento dado y ulteriormente perderla. Se estimó también que la cuestión del significado exacto de la expresión "momento de la constitución de la garantía real", que estaba sujeta al derecho sustantivo aplicable y que se examinaba en el capítulo de la guía relativo a la constitución de garantías reales entre las partes, podría abordarse en el comentario. Se observó, además, que el significado exacto de la expresión "en el momento de plantearse la cuestión" también podía explicarse en el comentario con ejemplos concretos (por ejemplo, el momento para determinar el derecho aplicable a la eficacia de una garantía real frente a terceros en caso de insolvencia del otorgante debería ser el momento en que se entable el procedimiento de insolvencia).

Recomendación 109 (remisión)

21. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo, en general, con el contenido de la recomendación 109. En cuanto a su enunciado, no recibió suficiente apoyo la sugerencia de sustituir la expresión "conflicto de leyes" por las palabras "elección de la ley aplicable", pues cabría interpretar que englobaban cuestiones como la de la caracterización. Se indicó que la expresión "conflicto de leyes" era muy común y fácil de entender, en tanto que las palabras "elección de la ley aplicable" podían dar pie a interpretar que se referían a la elección del foro por las partes. Habida cuenta de la importancia que revestía la recomendación 109 para la guía, concretamente en materia de conflicto de leyes, se convino en que siguiera figurando en ese capítulo.

Recomendación 110 (otras partes reclamantes)

22. El Grupo de Trabajo apoyó, en general, el contenido de la recomendación 110. En cuanto a su enunciado, se decidió lo siguiente: aplazar el examen del párrafo a) bis hasta que el Grupo de Trabajo hubiera examinado el capítulo relativo a los mecanismos de financiación de las compras; que en el apartado c) se hiciera referencia al "representante de la insolvencia"; y que en el apartado d), que en adelante figurara sin corchetes, se hiciera referencia al "comprador o todo otro cesionario" de los bienes gravados. Dado que en la recomendación 110 figuraba la definición de una expresión utilizada en otros capítulos de la guía, se convino en que fuera trasladada al capítulo I para insertarla junto con las demás definiciones.

Recomendación 111 (alcance de la autonomía de las partes con respecto a la legislación aplicable)

23. Se observó que la recomendación 111 tenía por objeto reconocer la autonomía de las partes para elegir la ley aplicable a los derechos y obligaciones que existían entre ellas en virtud del acuerdo de garantía antes del incumplimiento. Como la expresión "derechos y obligaciones recíprocos de las partes" se había tomado del artículo 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, que a su vez se inspiraba en el párrafo 1) del artículo 12 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, se observó que la recomendación 111 se refería, en principio, a cuestiones contractuales. El Grupo de Trabajo entendió en general de esa forma el contenido de la recomendación 111.

Recomendación 112 (legislación aplicable a los derechos y obligaciones recíprocos de las partes en ausencia de acuerdo entre ellas)

24. Se convino en que, en el caso de que las partes no hubieran elegido la ley aplicable, sus derechos y obligaciones recíprocos dimanantes del acuerdo de garantía habrían de regirse por la legislación que regulara el acuerdo de garantía. Se señaló que ese criterio era apropiado, ya que los derechos y obligaciones recíprocos de las partes emanaban del acuerdo de garantía, y esa formulación era más clara que la expresión análoga "la legislación del Estado con el que el acuerdo de garantía esté más estrechamente relacionado".

Recomendación 113 (cuestiones sustantivas de ejecución)

25. Se respaldaron las variantes A (ley del foro), C (ley que reglamente la relación contractual de las partes) y D (legislación que regule los derechos y obligaciones recíprocos de las partes).

26. En favor de la variante A se adujo que aplicar la ley del foro a las cuestiones de ejecución era apropiado, ya que daría lugar a la aplicación de la ley que regulara los recursos (con lo cual resultaría innecesaria la distinción entre cuestiones de ejecución procesales y sustantivas), así como de la ley del Estado en que pudieran estar situados los bienes y de la ley que las partes consideraran aplicable. Se observó también que las variantes C y D creaban incertidumbre, ya que los terceros no podrían determinar fácilmente qué ley regulaba la relación contractual o los derechos y obligaciones recíprocos de las partes en un determinado acuerdo de garantía, y podrían dar lugar a que se aplicara más de una legislación cuando más de un acreedor solicitara la ejecución.

27. También se sugirió que se modificara la variante A para disponer que, si bien la ejecución debería regirse por la ley del foro, la eficacia y la prelación de una garantía real reconocidas por otra legislación debieran respetarse de la misma manera que se respetarían, en virtud de las recomendaciones 115 y 116, en caso de ejecución de una garantía real en un procedimiento de insolvencia entablado contra el otorgante.

28. En pro de las variantes C y D se observó que regulaban las cuestiones de ejecución considerándolas parte de las negociaciones entre el acreedor garantizado y el otorgante y las remitían a la legislación de un solo Estado fácilmente determinable. Se estimó que con ello se pretendía reforzar la certeza del acreedor garantizado con respecto a la ley aplicable a la cuestión más importante para la que se había constituido la garantía real, a saber, la protección del acreedor garantizado en caso de incumplimiento. Se indicó también que la variante A creaba incertidumbre, ya que las partes no podían determinar fácilmente, en el momento de celebrar el acuerdo de garantía, en qué lugar podría entablarse la vía ejecutoria, y por qué ésta entrañaba diversas medidas que podrían estar reguladas por más de una legislación si los bienes gravados se encontraban en diferentes países.

29. Entre las variantes C y D, se expresó preferencia por la variante D por estimarse que evitaba distinguir, en materia de ejecución, entre cuestiones sustantivas y procesales y porque se refería más directamente a medidas concretas de ejecución. En cambio, según otra opinión expresada, era preferible la variante C, pues remitía acertadamente a las normas imperativas del foro en general, sin insistir concretamente en la necesidad de obtener el consentimiento del otorgante (o de otra persona que estuviera en posesión de los bienes) en caso de ejecución extrajudicial.

30. Tras debatir las variantes, el Grupo de Trabajo convino en que se mantuviera la variante A, aunque con una modificación que se ajustara al criterio adoptado en caso de ejecución en un procedimiento de insolvencia entablado con respecto al otorgante. Se decidió asimismo mantener también en el texto las variantes C y D, o una combinación de ambas.

Recomendación 114 (cuestiones de procedimiento en la ejecución)

31. El Grupo de Trabajo señaló que la recomendación 114 no sería necesaria si se adoptaba la variante A o la variante D de la recomendación 113.

Recomendaciones 115 (repercusiones de la insolvencia en las reglas sobre conflicto de leyes) y 116 (ejecución de garantías reales en procedimientos de insolvencia)

32. El Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de las recomendaciones 115 y 116 por falta de tiempo.

B. Observaciones generales

33. Tras finalizar su examen de las recomendaciones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que ajustara las observaciones generales del capítulo sobre conflicto de leyes al contenido de las recomendaciones.

Capítulo XII. Mecanismos de financiación de las compras (A/CN.9/WG.VI/WP.17 y Add.1)

A. Observaciones generales

34. El Grupo de Trabajo confirmó su decisión a favor de un enfoque funcional (véase A/CN.9/WG.VI/WP.16, recomendación 6), según el cual todos los mecanismos que cumplen funciones de garantía quedarían abarcados en la guía. Además, el Grupo de Trabajo convino en que el enfoque funcional podría plasmarse en el texto de dos maneras: integrando bajo un único concepto de garantía real todos los mecanismos que cumplan funciones de garantía y sometiéndolos a las disposiciones del régimen de las operaciones garantizadas (“enfoque integrado”); o manteniendo los diversos tipos de mecanismos que cumplen funciones de garantía sin subsumirlos en un concepto unitario de garantía pero previendo que se rijan por determinadas disposiciones del régimen de las operaciones garantizadas (“enfoque no integrado”). Se señaló que los Estados con un ordenamiento jurídico desarrollado y un régimen económico bien arraigado en materia de crédito tal vez prefirieran el enfoque no integrado (que requeriría cierta coordinación entre el régimen de las operaciones garantizadas y otras leyes aplicables), mientras que otros Estados a los que no preocupara tener que revisar otras leyes y que necesitaran establecer un sistema crediticio tal vez prefirieran el enfoque integrado (cuya puesta en práctica podría resultar más fácil).

35. Además, se opinó en general que era necesario que la guía regulara por igual a todos los posibles proveedores de fondos para la financiación de las compras, a fin de incrementar la competencia, de modo que se redujera el costo del crédito y aumentara su oferta. Al mismo tiempo, se convino en que debería ponerse de relieve la

importancia de la retención de la titularidad y de los arrendamientos financieros, en particular para las empresas pequeñas y medianas, para las cuales los proveedores y arrendadores tal vez fueran, en algunas economías, la fuente principal o incluso la única fuente de crédito financiero asequible. También se consideró en general que la guía, en lugar de determinar qué acreedor era el propietario de un bien, debería centrarse en regular los derechos y obligaciones de las partes y en garantizar la certeza y la transparencia a este respecto.

36. Tras examinar los aspectos clave que deberían destacarse en las observaciones generales, el Grupo de Trabajo procedió a examinar las recomendaciones.

B. Recomendaciones

Recomendación 1 (equivalencia entre los mecanismos de [financiación de las compras] y las garantías reales)

37. Si bien se expresó cierta preferencia por uno u otro de los enfoques, se convino en general en que tanto el enfoque integrado como el no integrado deberían recomendarse a los Estados. Al mismo tiempo, predominó la opinión de que convendría revisar la recomendación 1 para reflejar más adecuadamente ambos enfoques. En cuanto a la terminología, se expresó preferencia por la expresión general "financiación de las compras", que abarcara la retención de la titularidad, los acuerdos de préstamo para la financiación del precio de compra y los arrendamientos financieros. El Grupo de Trabajo aplazó el examen de la inserción en la guía de las recomendaciones relativas a la financiación de las compras hasta que hubiera terminado de examinar esas recomendaciones.

Recomendación 2 (constitución de garantías reales de [la adquisición] entre las partes)

38. Si bien la recomendación 2 recibió apoyo suficiente, también se plantearon una serie de reservas. Una de ellas fue que, al no requerir un texto escrito firmado, la recomendación 2 podría crear incertidumbre y dar pie a litigios. Se respondió que la recomendación 2 sí cumplía sus objetivos de ofrecer certeza con respecto a la constitución de una garantía real de la adquisición y de dar cabida, al mismo tiempo, a la retención de la titularidad y a otras prácticas similares. No obstante, se observó que si no se exigía firma, podrían aumentar los costos de diligencia debido a que el acreedor garantizado traspasaría al prestatario, problema que requeriría una aclaración en el comentario sobre la recomendación 2. Por esa razón, se opinó en general que la recomendación 2 no debería aplicarse a las garantías reales sin adquisición.

39. Otra reserva formulada era que, al requerir alguna forma de texto escrito, la recomendación 2 no estaba en consonancia con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CIM), que no exigía texto escrito. Frente a esa objeción se señaló que la recomendación 2 trataba del acuerdo de retención de la titularidad, del acuerdo de garantía y del acuerdo de arrendamiento financiero, y no del contrato de compraventa.

40. Se objetó asimismo que si bien la recomendación 2 podría ser apropiada si un Estado adoptaba un enfoque integrado, tal vez no resultara suficiente si un Estado optaba por un enfoque no integrado. Se mencionó, por ejemplo, que el término

"otorgante" podría crear confusión en el contexto del régimen legal de la compraventa o de otras leyes aplicables, con arreglo a las cuales tanto el vendedor como el comprador tenían derechos de propiedad y ninguno daba al otro una garantía real. También se señaló que las repercusiones de la recomendación 2 sobre el régimen legal de la compraventa u otras leyes no quedaban claras, dado que la recomendación 2 no especificaba las consecuencias del incumplimiento, por parte del vendedor, de los requisitos de forma establecidos en la recomendación 2. Se respondió que, dado que la recomendación 2 introducía un umbral muy bajo, tales requisitos quedarían cumplidos en la mayoría de las operaciones comerciales de compraventa con cláusulas de retención de la titularidad.

41. No obstante, se convino en que, a fin de evitar tal riesgo, en la recomendación o en el comentario se aclararan las consecuencias del incumplimiento por parte del vendedor de los requisitos de forma establecidos en la recomendación 2. Sobre las consecuencias concretas de tal incumplimiento se sugirieron diferentes soluciones. Una de ellas fue que la titularidad fuera traspasada al comprador, que estaría entonces en condiciones de otorgar una garantía sobre las mercancías a un tercero. Otra delegación sugirió que, dado que el contrato de compraventa podría resultar nulo a raíz de la invalidez del acuerdo de retención de la titularidad, que sería esencial para el contrato de compraventa, el vendedor siguiera reteniendo la titularidad. Así pues, si el comprador hubiese otorgado garantías reales sobre las mercancías a terceros, esas garantías reales serían inexistentes, puesto que el comprador no tendría derecho alguno sobre los bienes gravados.

42. Otra consecuencia que se sugirió en caso de que se incumplieran los requisitos de forma de la recomendación 2 y de que el comprador otorgase una garantía real a un tercero que adoptara todas las medidas necesarias para obtener una garantía real eficaz y ejecutable fue que el crédito del acreedor garantizado tuviera prelación sobre el crédito del vendedor. Se sostuvo que la guía no tenía por qué interferir en el régimen legal de la compraventa y de la propiedad ni llegar al extremo de sugerir que la titularidad se traspasara al comprador (lo cual no era necesario, dado que el comprador podía otorgar una garantía real incluso sin ser propietario; véase la recomendación 12 en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.16).

43. Además, se argumentó que el hecho de plantearse que el vendedor retuviera la titularidad socavaría todo el régimen previsto en la guía, pues un acreedor garantizado que se hubiese atenido a todas las disposiciones recomendadas en la guía se vería privado de su prelación. En el Grupo de Trabajo hubo suficiente apoyo para que estas cuestiones se trataran en el comentario sobre la recomendación 2. También obtuvo apoyo suficiente la sugerencia de que en el comentario se advirtiera a los Estados de posibles repercusiones en su régimen legal de la compraventa o de la propiedad, incluso en el caso de que adoptaran un enfoque no integrado.

44. A ese respecto, se afirmó que el debate sobre las consecuencias del incumplimiento por las partes de los requisitos de forma establecidos en la recomendación 2 (véanse los párrafos 40 a 43 *supra*) había puesto de manifiesto la dificultad de aplicar un enfoque no integrado, por lo que el Grupo de Trabajo debería reconsiderar su posición de recomendar dos posibles enfoques. Frente a esta observación se argumentó que el problema de las consecuencias del incumplimiento de los requisitos de forma quedaría resuelto si no se impusieran requisitos de forma para la constitución de una garantía real de la adquisición.

45. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo en general suscribió el contenido de la recomendación 2. También se convino en que en el comentario se abordaran las repercusiones de la recomendación 2 para los regímenes de las operaciones garantizadas según si los Estados adoptaran un enfoque integrado o no integrado. Además, si bien las delegaciones en general consideraron que el umbral de los requisitos de forma enunciados en la recomendación 2 era tan bajo que la mayoría de las operaciones comerciales de compraventa con cláusulas de retención de la titularidad, así como de los acuerdos de préstamo para la financiación del precio de compra y de los arrendamientos financieros cumplirían fácilmente esos requisitos, se convino en que sería útil que en el comentario se examinaran las consecuencias del incumplimiento de los requisitos de forma por parte del financiador de la compra (es decir, el vendedor, el prestamista que financia el precio de compra, o el arrendador financiero).

Recomendación 3 (eficacia de las garantías reales de la adquisición frente a terceros)

46. Si bien el fondo de la recomendación 3 se encontró en general aceptable, se formularon una serie de sugerencias. Una de ellas fue que el período de gracia fuera superior a 20 ó 30 días. Se estimó que en situaciones en las que resultara necesaria una inscripción sobre papel o una inscripción en otro país, sería más apropiado un período de gracia de 50 ó 60 días. Se observó que, en todas esas situaciones, el financiador de la compra necesitaría tiempo para familiarizarse con los requisitos de inscripción, obtener asesoramiento jurídico sobre la legislación del Estado pertinente y realizar todos los trámites requeridos por una burocracia extranjera desconocida. Frente a esta sugerencia se objetó, entre otras cosas, que el período de gracia constituía una solución de transacción por la que se demoraría la concesión de un crédito adicional a un comprador, a un otorgante o a un arrendatario financiero para proteger los intereses del financiador de la compra. Se sostuvo, por otra parte, que en documentación sobre papel, un período de gracia de 20 ó 30 días sería suficiente; en cambio, en un sistema electrónico en el que los usuarios pudieran inscribirse directamente desde sus computadoras sin intervención del registro, el período de gracia debería ser mucho más corto (dos o tres días). No obstante, se señaló que cada Estado tendría que determinar la duración exacta del período de gracia, teniendo en cuenta las circunstancias, las necesidades y las capacidades locales. Tras un debate, se acordó que en el comentario se abordaran con mayor detalle las consideraciones para determinar la duración del período de gracia, y que en la recomendación se dispusiera que el período de gracia debería ser lo más breve posible, habida cuenta de las circunstancias imperantes en el Estado promulgante.

47. Se sugirió asimismo que se aclarara más la cuestión del momento en que empezaría a correr el período de gracia (es decir, el de la entrega de la posesión de los bienes). Esta sugerencia recibió un apoyo suficiente. Se argumentó que, de conformidad con las recomendaciones de la guía relativas a la constitución de garantías reales entre las partes y a la eficacia de éstas frente a terceros, debería hacerse referencia a la entrega de la posesión efectiva de los bienes. No obstante, conforme a una opinión generalizada, la recomendación no debería ir más allá, dado que el significado exacto de la entrega era una cuestión de la competencia del régimen legal de la compraventa. En este mismo orden de ideas, se sugirió que, en situaciones en que una persona estuviera en posesión de los bienes en otra calidad, el período de

gracia empezara a correr cuando esa persona se convirtiera en comprador, otorgante o arrendatario financiero. Esta sugerencia recibió un apoyo suficiente

48. También se propuso que la inscripción tuviese validez a partir del momento en que se presentara la notificación ante el registro, y no en el momento en que el registro pusiera la notificación a disposición de quienes desearan consultar el registro. Si bien esta propuesta obtuvo apoyo, se observó que la validez legal de una inscripción era una cuestión general que debería tratarse en el capítulo sobre la eficacia de una garantía real frente terceros.

49. Por último, se sugirió que en el comentario se analizasen las consecuencias de que el financiador de la compra no inscribiera en el registro de operaciones garantizadas la notificación sobre la garantía real de la adquisición, tanto en el contexto de un enfoque integrado como en el de un enfoque no integrado. Esta sugerencia recibió un apoyo suficiente.

Recomendación 4 (excepciones)

50. Se expresó apoyo en el Grupo de Trabajo para una excepción al principio del registro de operaciones de financiación de adquisiciones relacionadas con bienes de consumo, es decir, bienes comprados por las personas para fines personales, familiares o domésticos del comprador (recomendación 4 a)). No obstante, se planteó el problema de que, en su enunciado actual, la excepción relativa a las operaciones con bienes de consumo requeriría que el legislador controlara y modificara el valor de las operaciones con bienes de consumo que no deberían ser objeto de exención. A fin de solventar ese problema, se sugirió que se hiciera mención de los bienes de consumo con valor de reventa y que se enunciara una lista indicativa de artículos tales como los vehículos, las aeronaves, los buques, los remolques y artículos afines. Se indicó que, con ese enfoque, las operaciones con bienes de consumo de menor valor quedarían exentas de la inscripción en registro, dado que no había mercado para la financiación de la reventa de esos bienes de consumo. Se observó asimismo que los bienes de consumo de alto valor sujetos a registro de titularidad, como los vehículos automotores, tampoco deberían inscribirse en el registro de operaciones garantizadas.

51. Con respecto a las excepciones al principio del registro de las operaciones de poco valor y a corto plazo (recomendaciones 4 b) y 4 c)), se expresaron diferentes opiniones en cuanto a si debían o no mantenerse. Una delegación opinó que esas excepciones deberían mantenerse, pues con ello las partes no tendrían que realizar trámites innecesarios y no se recargarían de información los registros. En cuanto a la excepción relativa al escaso valor, se sugirió que se fijara un nivel realista de valor a fin de proteger así las operaciones para las que la inscripción resultaba innecesaria. Con respecto a la excepción de las operaciones a corto plazo, se sugirió que el plazo se fijara en 180 días.

52. No obstante, prevaleció la opinión de que esas excepciones debían suprimirse. Se sostuvo que introduciendo una excepción relativa a la cuantía de la obligación garantizada o al momento del pago obligaría al legislador a controlar y a revisar la cuantía y sería fuente de complicaciones y de litigios, dado que la cuantía y el momento del pago cambiarían de tanto en tanto. Además, se observó que la excepción relativa a las operaciones con bienes de consumo era suficiente para eximir de inscripción las operaciones de poco valor y que, del mismo modo, el período de gracia era suficiente para que las operaciones a corto plazo quedaran también exentas de tal

obligación. Además, se argumentó que una excepción para operaciones a corto plazo sería muy difícil de poner en práctica, sobre todo tratándose de operaciones con existencias cuya rotación podía llevar algunos días, sin poderse determinar con certeza, puesto que el financiador aportaba sus fondos sobre la base de facturas y no podía vigilar el movimiento real de las existencias diariamente o a corto plazo. Se señaló también que la excepción para las operaciones a corto plazo o de poco valor podría prestarse a manipulaciones, ya que las partes en acuerdos de financiación a largo plazo o de alto valor podrían estructurar sus operaciones en plazos cortos o dividirlas en cuantías pequeñas para eludir la obligación de registrarlas. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en suprimir las excepciones relativas a las operaciones de poco valor y a corto plazo.

Recomendación 5 (prelación de las garantías reales de adquisiciones frente a las garantías reales preexistentes de adquisición de bienes futuros distintos de las existencias)

53. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con el principio de la recomendación según el cual toda garantía real de una adquisición debería tener prelación frente a las garantías reales sin fines de adquisición que se hubieran inscrito anteriormente y que estuvieran constituidas sobre bienes futuros que no fueran existencias, si el financiador de la adquisición retenía la posesión efectiva de los bienes o inscribía en el registro una notificación durante el período de gracia establecido, una vez entregados los bienes al comprador, al otorgante o al arrendatario financiero, o si la operación relacionada con la adquisición no estaba sujeta a inscripción conforme a lo previsto en la recomendación 4. Se convino en que, en vez de decir garantía real preexistente sin fines de adquisición, la recomendación hablara de tales garantías reales que se hubieran inscrito con anterioridad, dado que, como se admitía la inscripción anticipada, una garantía podía constituirse incluso después de la inscripción en el registro. También se convino en hablar de entrega de la posesión efectiva al comprador, al otorgante o al arrendatario financiero que actuara en calidad de tal (véase el párrafo 47 *supra*).

Recomendación 6 (prelación de las garantías reales de adquisiciones frente a las garantías reales preexistentes de adquisición de existencias futuras)

54. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo, en general, con el principio de la recomendación según el cual toda garantía real de una adquisición debería tener prelación frente a las garantías reales sin fines de adquisición inscritas con anterioridad (en vez de “preexistentes”) y constituidas sobre futuras existencias, si el financiador de la adquisición retenía la posesión efectiva de las existencias, o si, antes de la entrega de la posesión efectiva de las existencias al comprador, al otorgante o al arrendatario financiero que actuara en calidad de tal, procedía a una inscripción en el registro y notificaba de ello a los financiadores de existencias registrados con anterioridad. En respuesta a varias preguntas, se indicó que en la notificación no era necesario describir los bienes detalladamente ni mencionar que se trataba de una garantía real de una adquisición; que la notificación constituía un requisito para que el derecho del financiador de la adquisición adquiriera máxima prelación; y que el hecho de no notificar a un financiador de existencias registrado anteriormente daría lugar a que el derecho de éste tuviera prelación frente al derecho del financiador de la adquisición.

55. Se estimó que el financiador de la adquisición debería poder inscribir su garantía durante el período de gracia establecido, una vez que hubiera entregado las existencias al comprador, al otorgante o al arrendatario financiero. Se afirmó que, de no existir tal período de gracia, el financiador no concedería fondos al comprador, al otorgante o al arrendatario financiero para financiar la adquisición de existencias. Se observó también que, sin un período de gracia, el financiador se vería obligado a retrasar la entrega de las existencias hasta que tuviera la oportunidad de registrar su garantía y de notificar al respecto a los financiadores de existencias ya inscritos, lo cual podría requerir varios días. Sin embargo, predominó la opinión de que un período de gracia podría dar pie a que los financiadores de existencias esperaran hasta que concluyera dicho período para otorgar crédito, pues las existencias eran bienes fungibles y podían negociarse con tanta rapidez que los financiadores podían perder el control de su ubicación. Se consideró que la inexistencia de un período de gracia no era óbice para que los financiadores concedieran crédito, ya que podían obtener máxima prelación procediendo primero a la inscripción y a la notificación de los financiadores de existencias ya registrados y a entregar seguidamente los bienes al comprador, al otorgante o al arrendatario financiero. Se sostuvo también que, a diferencia de lo que ocurría con los bienes de equipo, no era fácil distinguir las existencias antiguas de las nuevas ni determinar el momento de su entrega, ya que el financiador de existencias no podía controlar bienes que se desplazaban continuamente como las existencias. En respuesta a una pregunta se señaló que la recomendación 3, que permitía que se fijara un período de gracia para la inscripción registral de garantías reales de adquisiciones tanto de existencias como de bienes de equipo, preveía que se asignara máxima prelación al financiador de adquisiciones únicamente sobre los acreedores que obtuvieran una garantía real durante el período de gracia. Se opinó asimismo que la cuestión de si la notificación adquiría eficacia al enviarse o al recibirse no entraba en el presente ámbito jurídico y que debía regularla el legislador.

56. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que no se permitiera fijar un período de gracia para la inscripción de las garantías reales de adquisiciones de existencias.

Recomendación 7 (garantías cruzadas)

57. Las delegaciones del Grupo de Trabajo dieron un apoyo general a la recomendación de que el financiador de adquisiciones no perdiera su máxima prelación sólo porque tuviese una garantía real sin fines de adquisición sobre otros bienes del comprador, del otorgante o del arrendatario financiero que asegurara la misma obligación que la asegurada por la garantía real de la adquisición o porque tuviese una garantía real sin fines de adquisición sobre los mismos bienes que asegurara, no obstante, otras obligaciones (sin fines de adquisición) del comprador, del otorgante o del arrendatario financiero.

Recomendación 8 (prelación de las garantías reales de adquisiciones sobre el producto de las existencias)

58. Con respecto a la recomendación 8 se expresaron diferentes opiniones. Una de ellas fue que se mantuviera su enunciado, siempre y cuando la máxima prelación del derecho del financiador de adquisiciones no se hiciera extensiva al producto de las existencias (por ejemplo, a los créditos por cobrar). Se indicó que ello permitiría al comprador, al otorgante o al arrendatario financiero obtener financiación de otra índole, por ejemplo, cediendo créditos por cobrar, con lo cual podría liquidar las

sumas adeudadas en concepto de existencias o saldar otros gastos de explotación. En cambio, otra delegación sostuvo que la máxima prelación de las garantías reales de adquisiciones sobre las existencias sí debería hacerse extensiva al producto de éstas (en todos los casos, o únicamente si así lo decidían, de común acuerdo, el financiador de una adquisición y el comprador, el otorgante o el arrendatario financiero). Finalmente, predominó la opinión de que la máxima prelación dada a la garantía real de adquisiciones debería englobar también el producto de las existencias adquiridas, siempre y cuando el financiador de una adquisición notificara a los financiadores que hubieran inscrito anteriormente una garantía real sobre bienes del mismo tipo que el producto. Se estimó que ese criterio se ajustaba al adoptado con respecto a la máxima prelación sobre las existencias; además, evitaría la doble financiación y protegería a los financiadores de existencias ya inscritos, pues la máxima prelación se asignaría a un producto determinable. Si bien se expresaron dudas sobre las mencionadas ventajas de ese criterio, tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió modificar la recomendación 8 con objeto de reconocer máxima prelación a las garantías reales de adquisiciones constituidas sobre el producto de existencias, siempre y cuando el financiador de una adquisición notificara a los financiadores que hubieran inscrito anteriormente garantías reales sobre bienes del mismo tipo que las existencias.

Recomendaciones 9 y 10 (ejecución de las garantías reales)

59. El Grupo de Trabajo se declaró de acuerdo con el principio de la recomendación 9 en virtud del cual, en caso de incumplimiento por parte del otorgante, el financiador de la adquisición tendría derecho a recuperar la posesión de los bienes y a disponer de ellos conforme a las normas aplicables a la ejecución de las garantías reales sin fines de adquisición en general. Se señaló que esa norma sería apropiada en el caso de un Estado que optara por el enfoque integrado. Sin embargo, se observó también que en el comentario convendría tratar las vías de recurso de que dispondrían los financiadores de adquisiciones haciendo las oportunas remisiones al capítulo relativo al incumplimiento y a la ejecución de garantías, ya que, incluso en el contexto de un enfoque integrado, se podrían otorgar derechos especiales a los financiadores cuyos fondos no fueran destinados a la financiación de adquisiciones, siempre y cuando todos fueran tratados en pie de igualdad.

60. En cuanto a la recomendación 10, se expresaron distintas opiniones. Según una de ellas, la recomendación se ajustaba adecuadamente al enfoque adoptado por los Estados que trataban los mecanismos de financiación de adquisiciones como mecanismos de titularidad. Se señaló, no obstante, que no en todos esos ordenamientos se seguía el enfoque propuesto en la recomendación 10. A juicio de otra delegación, con objeto de tener más en cuenta el enfoque no integrado, en la recomendación 10 o en el comentario convendría analizar con más detalle la forma en que se aplicarían los mecanismos de financiación de adquisiciones comparándolos con el modo en que se ejecutarían los mecanismos para otros tipos de financiación. Ello requeriría, por ejemplo, que en la recomendación o en el comentario se especificaran las vías de recurso de que dispondrían los financiadores de adquisiciones (por ejemplo, el modo en que el financiador de una adquisición recuperaría la posesión de los bienes y qué derechos tendría éste tras dicha recuperación), dando orientación sobre los efectos que tendría la legislación que rigiera las operaciones garantizadas sobre el régimen de la compraventa y sobre el de la propiedad. Se sostuvo que la equivalencia entre los derechos de los financiadores de adquisiciones y los derechos de otros tipos de financiadores era un objetivo normativo fundamental que no podría lograrse si, por

ejemplo, no se reconocía un déficit en la suma cobrada por el financiador de las adquisiciones o si se concedía a un financiador el derecho a retener cualquier suma excedentaria. Se señaló también que, ante la imposibilidad de cobrar la suma deficitaria, un financiador se vería inducido a solicitar más bienes gravados, limitando así la posibilidad del otorgante de utilizar sus bienes para obtener crédito de otros acreedores, lo cual no estaría en consonancia con el objetivo general de la guía de incrementar la oferta de crédito garantizado. Además, se estimó que no había ninguna justificación económica ni de otra índole para conceder al financiador de una adquisición el derecho a retener una suma excedentaria, pues ello significaría un enriquecimiento injusto. Se señaló asimismo que otra forma de lograr la equivalencia entre el trato dado a los financiadores de adquisiciones y el otorgado a otros tipos de financiadores consistía en remitirse a los principios enunciados en el capítulo sobre incumplimiento y ejecución de garantías, concretamente al principio de que el financiador de adquisiciones debería hacer valer sus derechos de buena fe y de forma comercialmente razonable.

61. Tras el debate, se convino en reformular la recomendación 10 a fin de tener en cuenta lo previsto en el enfoque no integrado, tratando por igual a todos los financiadores de adquisiciones y de forma equivalente a como se trataría a los demás tipos de financiadores.

Recomendaciones 11 y 12 (insolvencia)

62. En el Grupo de Trabajo la recomendación 11 obtuvo un grado suficiente de apoyo. Se afirmó que, al indicar que las garantías reales de adquisiciones deberían tratarse de la misma manera que otras garantías reales, en la recomendación se plasmaba lo que en un debate anterior se había denominado el enfoque integrado (consistente en que habría de aplicarse el mismo conjunto de normas a las garantías reales de adquisiciones y a las de otro tipo, y en que toda regla especial habría de aplicarse por igual a todas las garantías reales de adquisiciones).

63. La recomendación 12 recibió cierto apoyo. Se estimó que tenía debidamente en cuenta el criterio adoptado en muchos ordenamientos jurídicos que asimilaban los mecanismos de financiación de adquisiciones a mecanismos de titularidad. Con todo, se sugirió que se reformulara la recomendación 12 a fin de que enunciara los derechos del financiador de adquisiciones en caso de insolvencia, y no las obligaciones del representante de la insolvencia.

64. Al mismo tiempo se formularon varias reservas sobre la recomendación 12. Concretamente, se objetó que su texto no reflejaba suficientemente el único otro enfoque aprobado por el Grupo de Trabajo (el enfoque no integrado), que preveía la aplicación a las garantías reales de adquisiciones de un conjunto de normas distintas, pero equivalentes a las aplicables a otros tipos de garantías reales. Otra objeción fue que, al indicar lo que un representante de la insolvencia podría o no podría hacer, la recomendación 12 reglamentaba de forma improcedente una cuestión que era del ámbito del régimen de la insolvencia.

65. Una tercera crítica formulada era que la recomendación 12 podía dar a entender que el representante de la insolvencia estaba obligado a decidir sin demora la ejecución o el rechazo del contrato, lo cual podría no ajustarse a lo dispuesto en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (en adelante, "la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia"), en virtud de la cual el representante de la

insolvencia disponía de tiempo suficiente para determinar, entre otras cosas, si una empresa debía ser liquidada o reorganizada, y si debía ejecutarse o rechazarse uno u otro contrato. Además, se opinó que tal vez la recomendación no se ajustaba plenamente, por ejemplo, a la recomendación 54 de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia, que preveía que el representante de la insolvencia podría utilizar bienes que fueran propiedad de un tercero y que estuvieran en posesión del otorgante, a condición de que se cumplieran ciertas condiciones (por ejemplo, que se protegieran los intereses de ese tercero frente a toda disminución del valor de los bienes y que se pagaran a título de gastos administrativos los costos del contrato ocasionados por la decisión de seguir cumpliendo dicho contrato y de utilizar tales bienes).

66. A ese respecto, se sostuvo que todo trato dado a las garantías reales de adquisiciones que fuera compatible con el que se otorgaba a los bienes propiedad de terceros en la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia podría formar parte del enfoque no integrado. Se señaló que, en el contexto de ese enfoque, era de crucial importancia que no se permitiera que las diferencias nominales dieran lugar a distintos resultados y que, para incrementar la oferta de crédito, todas las garantías reales de adquisiciones fueran tratadas por igual, aun cuando el trato fuera un tanto diferente para las garantías reales sin fines de adquisición. Se consideró asimismo que, al formularse las recomendaciones sobre la forma de tratar las garantías reales de adquisiciones en casos de insolvencia, debería procurarse compaginar el objetivo general del proyecto de guía de hacer aumentar la oferta de crédito garantizado con los objetivos de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia de incrementar al máximo el valor de la masa en beneficio de todos los acreedores y de facilitar la reorganización.

67. Tras el debate, se acordó que todos los mecanismos de financiación de adquisiciones se trataran en pie de igualdad, independientemente de que un Estado los incorporara a su legislación sobre operaciones garantizadas o los integrara en una normativa distinta pero equivalente. Además, se convino en que el proyecto de guía también debería estar en consonancia con la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia en la forma de tratar los mecanismos de financiación de adquisiciones. Asimismo, se acordó que la cuestión que debería resolverse en la futura guía era la de si las recomendaciones de la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia que deberían aplicarse a los mecanismos de financiación de adquisiciones eran las relativas a las garantías reales o las referentes a los bienes propiedad de terceros. Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de las recomendaciones 11 y 12 que reflejasen el parecer del Grupo de Trabajo.

Recomendaciones 13 y 14 (conflicto de leyes)

68. En respuesta a una pregunta, se señaló que si un Estado adoptaba el enfoque integrado, las recomendaciones 13 y 14 serían superfluas, pues en ellas se reiteraba el contenido de las recomendaciones aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición. Si bien se observó que, en cambio, esas recomendaciones sí serían necesarias si un Estado adoptaba un enfoque no integrado, se convino en que para tal supuesto se hiciera una referencia a las disposiciones aplicables a las garantías reales sin fines de adquisición (exceptuando la recomendación 102, que trataba del derecho aplicable a las garantías reales sobre bienes inmateriales).

Recomendación 15 (transición)

69. Se estimó que debería concederse a los financiadores de adquisiciones un breve plazo, posterior al de la fecha que prevea el nuevo régimen, durante el cual pudieran inscribir sus derechos en el registro de operaciones garantizadas y mantener su prelación. No obstante, se observó que no debería preverse un período de transición más largo para las garantías reales de adquisiciones, dado que ello podría entrañar el riesgo de que tal vez se retrasara durante años la aplicación del nuevo régimen. El Grupo de Trabajo convino en que las cuestiones relativas a la transición deberían examinarse en el capítulo sobre la transición.

Capítulo XVI. Garantías reales sobre cuentas bancarias (A/CN.9/WG.VI/WP.18 y Add.1)

A. Observaciones generales

70. Las delegaciones en general se declararon partidarias de que las cuentas bancarias entraran en el ámbito de aplicación de la futura guía. Se sostuvo que ningún régimen moderno de las operaciones garantizadas podía permitirse no prever disposiciones sobre las cuentas bancarias. También se observó que la inexistencia de un régimen legal apropiado en materia de garantías reales sobre las cuentas bancarias constituiría un obstáculo para las partes comerciales, pues no dispondrían de una de las vías más importantes para obtener crédito. También se respaldaron las sugerencias de que el análisis sobre el tema de las cuentas bancarias se integrara en los capítulos pertinentes del proyecto de guía (ámbito de aplicación, constitución de garantías reales, eficacia frente a terceros, prelación y otros), y de que deberían aplicarse las recomendaciones generales, a menos que fuera preciso prever reglas especiales, en cuyo caso habría que examinar cuidadosamente las razones que las justificaran.

B. Recomendaciones

71. El Grupo de Trabajo procedió a examinar las recomendaciones referentes a las garantías reales sobre cuentas bancarias.

Párrafo 81 (alcance del concepto de cuenta bancaria)

72. Se sugirió que en la recomendación y en el comentario se aclarara que las cuentas bancarias internas no entraban en el ámbito de la guía.

Párrafo 82 (coordinación con el régimen de las cuentas de valores)

73. Recibió amplio apoyo la idea de que se distinguieran claramente las cuentas bancarias de las cuentas de valores. Si bien se consideró que el régimen legal de las cuentas bancarias debería ser idéntico al aplicable a las cuentas de valores, o al menos coordinarse con este último, se convino en que el texto pertinente del párrafo 82 se mantuviera entre corchetes hasta que el Grupo de Trabajo hubiera tenido oportunidad de examinar el contenido de las reglas recomendadas. Se convino asimismo en que se suprimiera la referencia a textos jurídicos específicos en el párrafo 82.

Párrafo 83 (constitución de garantías reales)

74. Se respaldó ampliamente la propuesta de que las recomendaciones generales relativas a la constitución de garantías reales fueran aplicables a la constitución de una garantía real sobre una cuenta bancaria. Se observó que, en todo caso, no se verían afectados los reglamentos ni las leyes de protección del consumidor.

75. El Grupo de Trabajo manifestó su acuerdo con el contenido del párrafo 83 y pidió a la Secretaría que revisara el comentario de modo que se tuvieran en cuenta las observaciones y las sugerencias que se habían hecho, y concretamente la necesidad de explicar: i) la aplicación de las reglas generales a las cuentas bancarias; ii) toda regla especial sobre los acuerdos de prohibición de cesiones; y iii) toda excepción introducida por las leyes de protección del consumidor.

Párrafo 84 (eficacia frente a terceros)

76. En el Grupo de Trabajo el párrafo 84 obtuvo apoyo. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que en el comentario explicara más detenidamente la opción de recurrir al método del control, en vez de proceder a la inscripción, en particular cuando se haya transferido la cuenta bancaria al acreedor garantizado. También se convino en que el banco depositario no estuviese en modo alguno obligado a responder a terceros interesados en saber si existía algún acuerdo de control.

Párrafos 85 y 86 (prelación)

77. El Grupo de Trabajo expresó su conformidad con el contenido de los párrafos 85 y 86.

Párrafo 87 (ejecución de garantías)

78. El Grupo de Trabajo se declaró de acuerdo con el contenido del párrafo 87, que preveía la ejecución extrajudicial de la garantía por parte del acreedor garantizado que tuviera la cuenta bancaria bajo su control y en el que se especificaban excepciones limitadas y claramente enunciadas (incluida la insolvencia). Si bien se convino en que se mantuviera el texto del comentario, pues en él se explicaba el carácter especial de una cuenta bancaria, también se acordó que toda recomendación en que se repitiera el contenido de una regla general podría resultar superflua.

Párrafo 88 (derechos y obligaciones del banco depositario)

79. En el Grupo de Trabajo se respaldó la afirmación del párrafo 88 en el sentido de que no se podría obligar al banco depositario a celebrar un acuerdo de control y de que dicho banco no debería asumir ninguna otra obligación en contra de su voluntad. Se sugirió que la recomendación se incorporara al párrafo 83, que trataba de la constitución de una garantía real sobre una cuenta bancaria.

Párrafo 89 (derecho aplicable)

80. Se convino en que la recomendación previera dos opciones: el derecho que rigiera el acuerdo sobre la cuenta y el derecho vigente en el lugar en que se encontrara el banco depositario que estuviera más estrechamente vinculado a la cuenta bancaria. Se convino también en que se mantuviera entre corchetes el criterio del lugar en que se encontrara el otorgante, a efectos de la eficacia frente a terceros obtenida mediante

inscripción registral, a fin de prever el caso en que el derecho aplicable no reconociera la vía de la inscripción.

V. Labor futura

81. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la celebración de su octavo período de sesiones estaba prevista en Viena del 5 al 9 de septiembre de 2005 y la de su noveno período de sesiones, en Nueva York del 30 de enero al 3 de febrero de 2006, y de que, en ambos casos, las fechas estaban sujetas a que la Comisión las aprobara en su 38° período de sesiones, cuya celebración estaba prevista en Viena del 4 al 15 de julio de 2005.

A/CN.9/WG.VI/WP.16

E. Informe del Secretario General sobre recomendaciones relativas al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su séptimo período de sesiones

(A/CN.9/WG.VI/WP.16 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Recomendaciones
I.	Objetivos clave	1
II.	Ámbito de aplicación	2-4
III.	Prácticas básicas en materia de garantías reales	5-6
IV.	Constitución de la garantía real entre las partes	7-17
V.	Eficacia de la garantía real frente a terceros	18-37
VI.	Prelación de la garantía real sobre los derechos de acreedores concurrentes	38-57

Recomendaciones relativas al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

I. Objetivos clave

Finalidad

La finalidad de las recomendaciones sobre objetivos clave es proporcionar un marco de política amplio para el establecimiento y el desarrollo de un régimen de las operaciones garantizadas eficiente y eficaz. Esas recomendaciones podrían incluirse en un preámbulo del régimen de las operaciones garantizadas (en lo sucesivo denominado “el régimen”).

Objetivos clave

1. Deberían examinarse los objetivos clave siguientes:

a) Fomentar la concesión de créditos garantizados;

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;

c) Facilitar la obtención de garantías reales de manera sencilla y eficiente;

d) Reconocer la autonomía contractual de las partes;

e) Tratar a todos los acreedores por igual;

f) Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento;

g) Fomentar comportamientos responsables exigiendo transparencia y previsibilidad;

h) Establecer un orden de prelación claro y previsible;

i) Facilitar la ejecución de la garantía del acreedor de forma previsible y eficiente;

j) Compaginar los intereses de las personas afectadas; y

k) Armonizar los regímenes de las operaciones garantizadas, incluidas normas sobre conflicto de leyes.

II. Ámbito de aplicación

Finalidad

La finalidad de las disposiciones sobre el ámbito de aplicación del régimen debería ser precisar las partes, las garantías reales, las obligaciones garantizadas y los bienes a los que se aplica el régimen.

Partes, garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes que podrían entrar en el ámbito de aplicación del proyecto de guía legislativa

2. El ámbito de aplicación del régimen debería ser lo más amplio posible en cuanto a las partes y a los tipos de garantías reales, obligaciones garantizadas y bienes gravados regulados. Toda excepción prevista debería ser limitada y figurar claramente especificada en el régimen.

3. En particular, el régimen debería ser aplicable a:

a) Las personas físicas y jurídicas, incluidos los consumidores, sin afectar no obstante a sus derechos en el marco de la legislación de protección al consumidor;

b) Los derechos de propiedad que nazcan de contratos que garanticen todo tipo de obligaciones, entre ellas las obligaciones futuras, las obligaciones de cuantía fluctuante y las que se describan en términos genéricos;

c) Las garantías reales con desplazamiento y las garantías reales sin desplazamiento constituidas sobre bienes muebles y bienes inmuebles por destino que respalden el pago o algún otro tipo de cumplimiento de una o más obligaciones, presentes o futuras, por una cuantía determinada o determinable;

d) Todo tipo de bienes muebles y bienes inmuebles por destino, corporales o inmateriales, que no se hayan excluido expresamente del ámbito de aplicación del régimen, incluidas las existencias, los bienes de equipo y otros bienes, créditos por cobrar, [títulos negociables como cheques, letras de cambio y pagarés, y documentos negociables como conocimientos de embarque, cuentas bancarias, cartas de crédito y derechos de propiedad intelectual]; [*Nota para el Grupo de*

Trabajo: Si el Grupo de Trabajo decide que el proyecto de guía abarque esos tipos de bienes, tal vez desee revisar las recomendaciones, a fin de adecuarlas también a dichos bienes, y agregar recomendaciones especiales cuando proceda.]

e) Las garantías reales nacidas de la transferencia de la titularidad y todo otro tipo de garantía real que respalde el pago o el cumplimiento de una o más obligaciones, independientemente de la forma de la operación de que se trate y de que el propietario de los bienes gravados sea el acreedor garantizado o el otorgante, incluidos la retención de la titularidad, los arrendamientos financieros y los acuerdos de arrendamiento con opción de compra; y

f) En determinada medida, las ventas de créditos por cobrar.

4. El régimen no debería ser aplicable a las garantías reales constituidas sobre:

a) Títulos bursátiles;

b) Bienes inmuebles, con excepción de los bienes inmuebles por destino;

c) Salarios;

d) […].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si procede incluir aquí una recomendación en el sentido de que el régimen no derogará ninguna obligación internacional del Estado promulgante emanada de tratados o acuerdos internacionales y, en caso de que así fuera, esa recomendación debería referirse a todos los tratados o acuerdos internacionales o solo a tratados o acuerdos internacionales específicos.*]

III. Prácticas básicas en materia de garantías reales

Finalidad

La finalidad de las recomendaciones sobre prácticas básicas en materia de garantías reales es especificar que el régimen responde a un enfoque unitario y funcional.

Enfoque unitario

5. El régimen debería incluir un conjunto amplio y coherente de disposiciones sobre garantías reales sin desplazamiento sobre bienes corporales e inmateriales. El régimen debería prever asimismo garantías reales con desplazamientos sobre bienes corporales.

Enfoque funcional

6. El régimen debería abordar todos los mecanismos que cumplen funciones de garantía, incluidos la cesión de la titularidad a efectos de garantía, la retención de la titularidad, los arrendamientos financieros y los acuerdos de arrendamiento con opción de compra, de la misma manera que las operaciones garantizadas, excepto en la medida en que el régimen disponga otra cosa.

IV. Constitución de la garantía real entre las partes

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del proyecto de guía que rijan la constitución de garantías reales será precisar cómo nace una garantía real sobre bienes muebles entre el otorgante y el acreedor garantizado.

Acuerdo de constitución de una garantía real

7. El régimen debería especificar que toda garantía real entre el otorgante y el acreedor garantizado, incluida toda garantía real de la financiación del precio de compra, se constituirá mediante un acuerdo de garantía.

Entrega de la posesión

8. La constitución de una garantía real con desplazamiento requerirá, además de la firma de un acuerdo, la entrega de la posesión de los bienes que vayan a gravarse al acreedor garantizado o a un tercero (que no sea el otorgante ni un agente o empleado del otorgante) que conserve los bienes en nombre del acreedor garantizado.

Contenido mínimo del acuerdo de garantía

9. El régimen debería disponer que en el acuerdo de constitución de una garantía real, como mínimo, se especificara la identidad del acreedor garantizado y del otorgante y se describiera razonablemente la obligación garantizada y los bienes que fueran a gravarse. Podría bastar con hacer una descripción genérica de la obligación garantizada y de los bienes gravados.

Requisito de forma

10. El régimen debería disponer que el acuerdo de garantía en virtud del cual se constituye una garantía real sin desplazamiento se concertará por escrito y llevará la firma del otorgante. El régimen debería especificar que una comunicación electrónica cumplirá el requisito de la forma escrita siempre y cuando sea posible tener acceso a la información contenida en ella para referencia futura (véase el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y el párrafo 2 del artículo 9 del proyecto de convención sobre contratación electrónica).

11. El régimen debería especificar también que, salvo disposición en contrario, cuando el régimen requiera la firma de una persona, se considerará que se reúne ese requisito en relación con una comunicación electrónica si:

a) Se utiliza algún método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de la comunicación electrónica; y

b) El método utilizado es fiable según corresponda a los fines para los que se generó o se notificó la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, así como de cualquier acuerdo pertinente.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si la recomendación 2 contenida en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.17/Add.1 debería aplicarse a los acuerdos para la constitución tanto de garantías reales de la financiación del precio de compra como de garantías reales sin financiación del precio de compra*].

Bienes y obligaciones sujetos a un acuerdo de garantía

12. En el régimen se debería permitir garantizar todo tipo de obligaciones, incluidas las obligaciones futuras y las de importe fluctuante. También debería ser posible dar en garantía todo tipo de bienes, incluidos bienes sobre los que el otorgante no tenga el dominio o de los que no pueda disponer o los bienes que no existan al celebrarse el acuerdo de garantía, así como el producto obtenido de ellos. Toda excepción prevista debería ser limitada y enunciarse claramente en el régimen.

Producto

13. El régimen debería disponer que, salvo acuerdo en contrario de las partes en el acuerdo de garantía, la garantía real sobre los bienes gravados debería hacerse extensiva a todo producto de los mismos en la medida en que ese producto fuese identificable de conformidad con las reglas relativas a la localización de los bienes que también se incluyan en el régimen. [La garantía real se hace extensiva a los frutos de los bienes gravados, como [...], solo si las partes así lo estipulan en el acuerdo de garantía.]

Bienes inmuebles por destino, bienes muebles incorporados y bienes mezclados

14. El régimen debería disponer que pueda constituirse una garantía real sobre los bienes inmuebles por destino [en el marco de este régimen o del régimen de la propiedad inmobiliaria] o sobre bienes muebles incorporados, o que toda garantía real constituida sobre bienes gravados seguirá siendo válida aunque dichos bienes se conviertan en bienes inmuebles por destino o en bienes incorporados o adheridos a otros.

15. El régimen debería disponer también que no podrá constituirse una garantía real en bienes que estén unidos físicamente a otros bienes de manera tal que se pierda su identidad en un producto o masa (“bienes mezclados”). No obstante, si los bienes gravados se mezclan con otros bienes, cabrá convertir la garantía real en una garantía constituida sobre la masa o el producto (véase también la recomendación 37 sobre eficacia frente a terceros y la recomendación 42 sobre prelación).

Momento de constitución de una garantía real

16. El régimen debería disponer que una garantía real con desplazamiento quedará constituida en el momento en que el otorgante transmita la posesión de los bienes que hayan de gravarse al acreedor garantizado o a un tercero (que no sea el otorgante ni un agente o empleado del otorgante) que conserve los bienes en nombre del acreedor garantizado, salvo que las partes convengan otra cosa.

17. El régimen debería disponer asimismo que una garantía real sin desplazamiento quedará constituida en el momento en que se concierte el acuerdo de garantía, salvo que las partes convengan otra cosa, y que una garantía real sobre bienes futuros quedará constituida en el momento en que el otorgante adquiera derechos sobre tales bienes.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Se hace referencia a la posesión sólo debido a que los bienes corporales están sujetos a posesión únicamente. No obstante, si el Grupo de Trabajo decide aplicar reglas de “control” a determinados tipos de bienes corporales, como las cartas de crédito y los certificados de depósito, tal vez sea necesario añadir una referencia al “control” en la primera oración después de “posesión”, en el sentido técnico de “control”, es decir, la autoridad jurídica para*

ordenar la disposición de bienes gravados sin necesidad de ningún consentimiento o acción ulteriores del otorgante].

V. Eficacia de la garantía real frente a terceros

Finalidad

La finalidad de las disposiciones del régimen sobre la eficacia de una garantía real frente a terceros es exigir la realización de un acto complementario antes de que una garantía real pueda surtir efecto frente a terceros de modo que se pueda:

a) Prevenir a terceros que negocien sobre los bienes muebles del otorgante del riesgo de que tales bienes puedan estar gravados por una garantía real; y

b) Determinar que la fecha de un acto sirva de referencia cronológica para fijar el orden de prelación entre acreedores garantizados y entre un acreedor garantizado y otras categorías de reclamantes concurrentes.

Métodos para materializar la eficacia frente a terceros

18. El régimen debería disponer que una garantía real sólo surtirá efecto frente a terceros en los siguientes casos:

a) Una vez que se haya inscrito una notificación de la constitución de la garantía real en un registro general de garantías reales;

b) Cuando se prive al otorgante de la posesión de los bienes gravados por tratarse de determinados bienes muebles corporales;

[c) Cuando se traspase al acreedor garantizado el control de los bienes gravados por tratarse éstos de [ciertas obligaciones inmateriales, que no sean créditos por cobrar, adeudadas por un tercero al otorgante] [una cuenta bancaria];]

d) Cuando se inscriba una notificación de la constitución de la garantía real en un registro especializado de titularidad si los bienes gravados consisten en determinados bienes muebles sobre los cuales se establezca la titularidad, conforme a otras disposiciones legales del Estado promulgante, mediante la inscripción en tal registro;

e) Cuando se adjunte una nota sobre la garantía real en el certificado de titularidad si los bienes gravados consisten en determinados bienes muebles corporales sobre los cuales se demuestre la titularidad, conforme a otras disposiciones legales del Estado promulgante, mediante un certificado de titularidad; o [

f) ...].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar otros métodos para materializar la eficacia frente a terceros (por ejemplo, la eficacia automática frente a terceros al constituirse una garantía real sobre bienes de consumo). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también si, en el caso de los bienes sujetos a inscripción en un registro especializado o a un sistema de inscripción en el certificado de titularidad, además de la inscripción en un registro especializado de titularidad o un certificado de titularidad, debería exigirse*

también la inscripción de una notificación en el registro general de operaciones garantizadas. La ventaja de ese requisito de inscripción adicional sería que una inspección del registro de operaciones garantizadas revelaría todas las garantías reales sobre una amplia gama de bienes, incluidos los que están sujetos a un sistema de registro especializado.]

19. El régimen debería confirmar que podrá recurrirse a distintos métodos para hacer valer la eficacia frente a terceros en función de los distintos bienes gravados o de los diferentes tipos de bienes gravados, prescindiendo de que se hayan quedado gravados en virtud del mismo acuerdo de garantía o de acuerdos de garantía diferentes.

Creación y características de un registro general de garantías reales

20. El régimen debería disponer la creación de un registro general de garantías reales con las características siguientes:

a) La inscripción en el registro se efectúe mediante una notificación de la constitución de una garantía real, en vez de presentarse una copia de la documentación correspondiente;

b) El registro sea centralizado, es decir, que en él se consignen todas las notificaciones de las garantías reales inscritas conforme al régimen de las operaciones garantizadas del Estado promulgante;

c) El sistema de inscripción se estructure de modo que puedan agruparse y consultarse las notificaciones por el nombre del otorgante o por algún otro dato fidedigno identificativo del otorgante;

d) El registro sea de acceso público;

e) El acceso razonable de las personas en general al registro se garantice con medidas como las siguientes:

i) La fijación de tarifas de inscripción y consulta que cubran los costos; y

ii) El establecimiento de modos o puntos de acceso a distancia;

f) El sistema de inscripción se administre y organice de modo que sea fácil registrarse y efectuar consultas de forma eficiente; en particular, que sea posible:

i) Inscribir una notificación sin verificar ni evaluar la suficiencia de su contenido;

ii) Almacenar las notificaciones en soporte electrónico en una base de datos informatizada, siempre que la capacidad financiera y la infraestructura del Estado promulgante lo permitan;

iii) Tener acceso al registro por vía electrónica, o medios similares, incluidos el intercambio electrónico de datos y el correo electrónico, o por télex, por teléfono o telecopiadora, a efectos de inscribir notificaciones o de efectuar consultas, siempre que la capacidad financiera y la infraestructura del Estado promulgante lo permitan; y

g) El régimen prevea normas de asignación de responsabilidad por pérdidas o daños que sobrevengan por un error de administración o de funcionamiento del sistema de inscripción y de consulta.

Contenido necesario de la notificación inscrita

21. A fin de efectuar una inscripción con eficacia jurídica, el régimen debería disponer que en la notificación inscrita consten únicamente:

a) El nombre (u otro dato fidedigno identificativo) del otorgante y del acreedor garantizado, y sus direcciones respectivas;

b) Una descripción de los bienes muebles gravados que se notifiquen;

c) La duración de la inscripción; y

[d) Una especificación del importe máximo por el que podrá ejecutarse la garantía real [si un Estado decide que esa información es necesaria para facilitar los préstamos subordinados].

El nombre del otorgante como requisito jurídico suficiente para una notificación inscrita

22. El régimen debería disponer que el nombre u otro dato identificativo del otorgante que conste en una notificación inscrita será legalmente suficiente si puede encontrarse la notificación al consultarse el registro por el nombre legal correcto u otro dato identificativo del otorgante. Con ese fin, en el régimen deberían especificarse las normas por las que se determine el nombre legal correcto u otro dato identificativo de particulares y entidades.

La descripción de los bienes consignados en una notificación inscrita como requisito jurídico suficiente

23. El régimen debería disponer que la descripción de los bienes consignados en una notificación inscrita será legalmente suficiente si permite a un tercero que consulte el registro diferenciar los bienes que consten en la notificación de otros bienes del otorgante.

24. Si los bienes consignados en la notificación consisten en una o varias categorías genéricas de bienes muebles, el régimen debería disponer que una descripción genérica será legalmente suficiente.

25. Si los bienes que consten en la notificación constituyen todos los bienes muebles actuales del otorgante o adquiridos posteriormente por éste, el régimen debería confirmar que será legalmente suficiente describir los bienes gravados con una expresión como “todos los bienes muebles” o con términos equivalentes.

Inscripción anticipada

26. El régimen debería confirmar que una notificación podrá inscribirse antes o después de la constitución de la garantía real a que se refiera.

Una sola inscripción para múltiples acuerdos de garantía entre las mismas partes

27. El régimen debería confirmar que una única inscripción será suficiente respecto de las garantías reales constituidas en todos los acuerdos de garantía convenidos entre las mismas partes, siempre y cuando graven bienes o categorías de bienes muebles que concuerden con la descripción proporcionada en la notificación inscrita.

Duración y renovación de una inscripción registral

28. El régimen debería fijar la duración de una inscripción registral o permitir que las propias partes interesadas establezcan la duración deseada al inscribir una notificación. El régimen debería prever la posibilidad de prorrogar sucesivamente la duración de una inscripción.

Supresión de una inscripción registral

29. El régimen debería prever un procedimiento sumario que permita al otorgante exigir que se borre una notificación del registro cuando las partes no hayan convenido un acuerdo de garantía o cuando el derecho de garantía se haya extinguido al haberse satisfecho plenamente las deudas o al haberse cumplido todas las obligaciones garantizadas. El régimen debería permitir asimismo que se suprima una notificación del registro por acuerdo entre el acreedor garantizado y el otorgante.

Otros derechos cuya eficacia depende de una inscripción registral

30. El régimen debería disponer que ciertos derechos solo podrán hacerse valer frente a terceros cuando se haya inscrito la notificación correspondiente en el registro general de garantías reales. Esos derechos serían los siguientes:

[a) El derecho de un acreedor que mantenga la titularidad sobre los bienes en respaldo del pago del precio de compra de dichos bienes, o de una suma equivalente, en virtud de un arrendamiento financiero o de un contrato de arrendamiento con opción de compra;] y

b) El derecho de un cesionario que dimane de una cesión pura y simple de créditos por cobrar;

[c) El régimen podrá permitir asimismo la inscripción de una anotación respecto de los derechos mencionados a continuación a los efectos de materializar la eficacia frente a terceros:

i) El derecho de un arrendador que dimane de un contrato de arrendamiento no financiero con una duración superior a un año;

ii) El derecho de un expedidor que dimane de un contrato de transporte comercial en virtud del cual las mercancías se dejen a cargo de un consignatario en calidad de agente de venta que no sea un subastador ni un consignatario que no actúe como tal en el curso normal de los negocios; y

iii) El derecho de un comprador que dimane de un contrato de compraventa de mercancías no celebrado en el curso normal de los

negocios del vendedor, cuando éste permanezca en posesión de las mercancías durante más de [treinta] [sesenta] [noventa] días;]

Desposesión del otorgante

31. El régimen debería disponer que, para que una garantía real con desplazamiento pueda hacerse valer frente a terceros, la desposesión del otorgante deberá ser efectiva y no sobreententida, ficticia o simbólica. La desposesión del otorgante sólo se considerará suficiente cuando un tercero pueda llegar objetivamente a la conclusión de que los bienes gravados no están efectivamente en posesión del otorgante. La posesión por parte de un tercero sólo constituirá una desposesión suficiente solo cuando el tercero no sea agente ni empleado del otorgante y mantenga la posesión en nombre o por cuenta del acreedor garantizado.

Desposesión del otorgante en el caso de bienes corporales representados por un documento de título negociable

32. El régimen debería disponer que, para que una garantía real con desplazamiento sobre bienes corporales representados por un documento de título negociable pueda hacerse valer frente a terceros, la entrega del documento al acreedor garantizado constituirá una desposesión efectiva del otorgante durante el tiempo en que esos bienes corporales se rijan por el documento.

[Cesión del control jurídico sobre [obligaciones inmateriales] [cuentas bancarias]

33. El régimen debería disponer que una garantía real sobre [determinadas obligaciones inmateriales] [cuentas bancarias] podrá hacerse valer frente a terceros mediante la cesión del control jurídico sobre la [obligación inmaterial] [cuenta bancaria] al acreedor garantizado.

34. [Una persona que adeude una obligación inmaterial al otorgante] [una institución depositaria en la que el otorgante mantenga una cuenta bancaria] deberá responder, en un plazo [determinado] [razonable], a todo escrito por el que un acreedor del otorgante solicite confirmación de si el control jurídico sobre [el cumplimiento de la obligación inmaterial] [la cuenta bancaria] se ha traspasado o no a un acreedor garantizado del otorgante.]

35. Si el acreedor garantizado y [la persona que adeude la obligación inmaterial] [la institución depositaria] son la misma persona, el régimen debería confirmar que el acreedor garantizado adquirirá el control en cuanto se constituya la garantía real.]

Garantías reales sobre el producto

36. Cuando en el régimen se reconozca un derecho de garantía sobre el producto identificable de los bienes inicialmente gravados, el régimen debería disponer que la garantía real sobre el producto surtirá efecto frente a terceros en cuanto el derecho sobre el producto se genere entre las partes en el acuerdo de garantía, siempre y cuando:

a) El producto consista en dinero, títulos negociables, documentos de título negociables o créditos por cobrar [incluidas las] [y en] cuentas bancarias;

b) El producto se haya incluido en la descripción hecha en una notificación inscrita en el registro general de garantías reales; o

c) La garantía real sobre el producto surta efecto frente a terceros de forma independiente en virtud de uno de los métodos enumerados en la recomendación 18 transcurridos […] días después de que el producto se haya generado.

Garantías reales sobre bienes inmuebles por destino, bienes muebles incorporados o adheridos a otros y bienes mezclados

37. El régimen debería disponer que una garantía real sobre bienes inmuebles por destino, bienes muebles incorporados o adheridos a otros y bienes mezclados surtirá efecto frente a terceros conforme a uno de los métodos mencionados en la recomendación 18. [*Nota para el Grupo de Trabajo: Con respecto a las garantías reales sobre bienes inmuebles por destino, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si debería requerirse además una inscripción en el registro de bienes inmuebles.*] Si una garantía real se puede hacer valer frente a terceros en el momento en que los bienes gravados se convierten en bienes incorporados o adheridos a otros o en bienes mezclados, la garantía real sobre los bienes gravados o, en el caso de los bienes mezclados, sobre el producto o la masa, seguirá siendo válida frente a terceros.

VI. Prelación de la garantía real sobre los derechos de acreedores concurrentes

Finalidad

La finalidad de las disposiciones que rijan la prelación será:

a) Permitir que, antes de otorgar crédito, todo posible acreedor garantizado pueda determinar, de manera eficiente y con un alto grado de certeza, el grado de prelación de que gozarán sus garantías reales sobre los derechos de acreedores concurrentes; y

b) Permitir que los otorgantes constituyan más de una garantía real sobre el mismo bien y propiciar por esta vía que se aproveche el valor íntegro de sus bienes para facilitar la obtención de crédito financiero.

Alcance de las reglas de prelación

38. El régimen debería prever un conjunto de reglas de prelación que regularan todos los posibles conflictos de prelación entre los acreedores.

Obligaciones garantizadas afectadas

39. El régimen debería disponer que la prelación que se asigne a una garantía real:

a) Se hará extensiva a todas las obligaciones garantizadas monetarias o no monetarias que se adeuden al acreedor garantizado [hasta un importe máximo que se indique en la notificación inscrita] en la medida en que estén respaldadas por la garantía real, incluidos el capital, los gastos, intereses y honorarios; y

b) No se verá afectada por la fecha en que se efectúe un pago anticipado o en que se contraiga otra obligación respaldada por la garantía real (esto significa que una garantía real podrá respaldar los futuros pagos adelantados de un préstamo y tendrá la misma prelación que al respaldar los pagos anticipados de dicho crédito que se hayan efectuado al mismo tiempo en que la garantía real ha comenzado a surtir efecto frente a terceros).

Prelación respecto de bienes adquiridos ulteriormente

40. El régimen debería especificar que una garantía real sobre bienes del otorgante adquiridos o dados en garantía posteriormente tendrá la misma prelación que una garantía real sobre bienes del otorgante ya poseídos o existentes cuando la garantía real surta efecto frente a terceros.

Prelación sobre el producto

41. El régimen debería disponer que el grado de prelación de que goce un acreedor garantizado respecto de un bien gravado se hará extensivo al producto que genere el bien, siempre que se cumplan los requisitos enunciados en la recomendación 36.

Prelación respecto de bienes inmuebles por destino, bienes muebles incorporados y bienes mezclados

42. El régimen debería establecer normas que rijan la prelación relativa de que gozará:

a) Una garantía real sobre bienes inmuebles por destino con respecto a los derechos sobre los bienes inmuebles a los que están incorporados, como un derecho de propiedad sobre esos bienes inmuebles que tuviera una persona distinta del otorgante, el derecho de un comprador de tales bienes o una garantía real que abarcara la totalidad de los bienes inmuebles;

b) Una garantía real sobre bienes muebles incorporados o adheridos con respecto a garantías reales y otros derechos sobre el bien al que el bien mueble está adherido; y

c) Una garantía real sobre bienes mezclados con respecto a garantías reales y otros derechos sobre el producto o la masa resultante de la mezcla.

Continuidad de la prelación en caso de materializarse la eficacia jurídica frente a terceros por diversos métodos

43. El régimen debería disponer que, si una garantía real adquiere eficacia frente a terceros mediante un método y también se le da dicha eficacia mediante otro método, la prelación se determinará por la fecha en que concluya el primer método [siempre que no medie un intervalo entre la conclusión del primer método y del segundo].

Prelación de las garantías reales sin eficacia jurídica frente a terceros

Acreedores no garantizados

44. El régimen debería disponer que un acreedor garantizado con una garantía real que no surta efecto frente a terceros [no gozará frente a terceros de ningún otro

derecho distinto del que asiste a los acreedores no garantizados] [tendrá prelación frente a los acreedores no garantizados, a menos que el acreedor no garantizado haya procedido a presentar su demanda ante los tribunales o que el otorgante haya pasado a ser insolvente].

Acreedores garantizados

45. El régimen debería disponer que:

a) Una garantía real sobre un bien que no surta efecto frente a terceros tendrá menos prelación que una garantía real sobre el mismo bien que sí sea eficaz frente a terceros, prescindiendo del orden cronológico en que se hayan constituido las garantías reales; y que

b) La prelación de las garantías reales que carezcan de eficacia jurídica frente a terceros se determinará por el orden cronológico en que se hayan constituido.

Prelación de las garantías reales con eficacia jurídica frente a terceros

Acreedores no garantizados

46. El régimen debería disponer que las garantías reales que surtan efecto frente a terceros gozarán de un mayor grado de prelación que las de los acreedores no garantizados.

Acreedores garantizados

47. El régimen debería disponer que:

a) Tratándose de dos garantías reales sobre el mismo bien gravado que surtan efecto frente a terceros, salvo lo previsto en la recomendación [sobre la prelación de las garantías reales de la financiación del precio de compra], la prelación se determinará por el orden en que los respectivos actos realizados para darles eficacia jurídica frente a terceros se hayan producido, aun cuando en ese momento no se hayan cumplido uno o varios de los requisitos para la constitución de una garantía real. Si una de las garantías reales se hace valer frente a terceros mediante la posesión o el control del bien gravado, el titular de la garantía real será quien deba demostrar en qué momento obtuvo la posesión o el control de dicho bien;

b) Cuando una garantía real se pueda hacer valer frente a terceros mediante el control del bien gravado, esa garantía real tendrá prelación sobre las que surtan efecto frente a terceros mediante algún otro método;

c) Respecto de los títulos negociables, los documentos negociables y el dinero, una garantía real cuya eficacia frente a terceros se haga valer mediante la posesión o el control del bien gravado tendrá mayor prelación que las garantías que surtan efecto frente a terceros mediante la inscripción registral de la garantía real.

Acreedores judiciales

48. El régimen debería disponer que, de conformidad con la ley aplicable, un acreedor judicial que haya cumplido las formalidades para hacer ejecutar el fallo adquiere derechos sobre los bienes del deudor judicial, las garantías reales que

surtan efecto frente a terceros tendrán prelación sobre el derecho real del acreedor judicial que se inscriba después de que la garantía real haya surtido efecto frente a terceros, salvo con respecto a las sumas que el acreedor garantizado haya adelantado al término de un número determinado de días posteriores a la fecha en que el acreedor judicial haya inscrito una notificación de sus derechos reales de garantía.

Compradores de bienes gravados

49. El régimen debería disponer que el derecho de un comprador de bienes quedará sujeto a toda garantía real que haya surtido efecto frente a terceros antes de la compraventa, a menos que el acreedor garantizado haya autorizado la venta. No obstante, un comprador que adquiera existencias inventariadas gravadas en el curso normal de los negocios del vendedor (y toda persona cuyos derechos sobre las existencias inventariadas gravadas nazcan de su relación con tal comprador) obtendrá las existencias inventariadas libres de una garantía real sobre esos bienes que surta efecto frente a terceros, aun cuando tal comprador tenga conocimiento de la existencia de la garantía real.

Reclamaciones para la devolución de bienes

50. Si el régimen dispone que los proveedores de mercancías tienen derecho a reclamar su devolución en un determinado plazo después de que el comprador se haya declarado insolvente, el régimen debería establecer también que tal plazo deberá ser corto y que el derecho a reclamar la devolución de los bienes estará sujeto a las garantías reales constituidas sobre dichos bienes otorgadas por el comprador que sean eficaces frente a terceros.

Arrendatarios

51. El régimen debería regular el grado de prelación de una garantía real sobre un bien arrendado que sea eficaz frente a terceros respecto de los derechos reales de un arrendatario de tales bienes.

Tenedores de pagarés y documentos negociables

52. El régimen debería disponer que [una persona que en virtud de otra ley obtenga derechos sobre un pagaré o un documento negociable exento de reclamación alguna] [un tenedor legítimo de un pagaré o de un documento negociable] tendrá derecho a recibir tales bienes libres de toda garantía real que surta efecto frente a terceros.

Titulares de derechos reales sobre dinero

53. El régimen debería disponer que las personas que entreguen valor a cambio de dinero y que estén en posesión del dinero tendrán derecho al dinero sin estar sujetas a una garantía real que pese sobre él y que solo surta efecto frente a terceros mediante inscripción de la garantía real.

Acreedores legales (privilegiados)

54. En el régimen deberían limitarse, en número y cuantía, los créditos privilegiados que tengan prelación sobre las garantías reales que sean eficaces frente

a terceros y, si existen créditos privilegiados, deberían describirse con claridad y precisión.

Titulares de derechos sobre bienes que mejoren o almacenen

55. Si en la ley aplicable se conceden derechos equivalentes a las garantías reales a un acreedor que haya añadido valor a los bienes (por ejemplo, reparándolos) o que haya preservado su valor (por ejemplo, almacenándolos), tales derechos deberían circunscribirse a las mercancías cuyo valor se haya incrementado o preservado y que estén en posesión de tal acreedor, y deberían tener prelación sobre las garantías reales preexistentes sobre los bienes que surtan efecto frente a terceros solo si el valor añadido por el mejoramiento o la preservación beneficia directamente a los titulares de derechos reales preexistentes.

Acreedores en procedimientos de insolvencia

56. El régimen debería disponer que la prelación de un acreedor garantizado no deberá verse menoscabada en un procedimiento de insolvencia del otorgante, a reserva de las disposiciones relativas a los créditos privilegiados y a las acciones de impugnación que sean aplicables en virtud de los regímenes de la insolvencia.

Acuerdos de subordinación

57. En el régimen deberían reconocerse los acuerdos que modifiquen el orden de prelación de las garantías reales, siempre que afecten únicamente a las personas que accedan a tal modificación. Los acuerdos de subordinación deberían ser vinculantes para tales personas, aun cuando sobreviniera la insolvencia del otorgante de las garantías reales.

A/CN.9/WG.VI/WP.17

F. Informe del Secretario General sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su séptimo período de sesiones

(A/CN.9/WG.VI/WP.17 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

Párrafos

XII. Mecanismos de financiación de las compras 1-48
A. Observaciones generales 1-48
1. Introducción 1-5
2. Antecedentes comerciales 6-8
3. Enfoques de la financiación de la adquisición de bienes 9-17
4. Creación por las partes 18-22
5. Eficacia frente a terceros 23-28
6. Prelación sobre acreedores concurrentes 29-38
7. Ejecución de la garantía 39-42
8. Insolvencia 43-46
9. Conflicto de leyes 47
10. Transición 48

XII. Mecanismos de financiación de las compras

A. Observaciones Generales

1. Introducción

1. El vendedor que retiene la titularidad de los bienes, concede un crédito al comprador, y de este modo financia la adquisición por éste de los bienes (de equipo o inventariados) que vende. Sin embargo, el vendedor que retiene la titularidad no es más que uno de los diversos financiadores a los que puede recurrir una persona para que le financie la compra de bienes. En concreto, un prestamista puede conceder un crédito al comprador con el fin de permitirle comprar los bienes al vendedor. Por otra parte, el arrendador que ceda los bienes al arrendatario a través de un contrato de arrendamiento financiero que tenga unas condiciones equivalentes en términos económicos a las de una venta estará concediéndole igualmente un crédito que le permitirá adquirir los bienes.

2. Una de las principales cuestiones que han de tener en cuenta los Estados que estén considerando la posibilidad de reformar la legislación relativa a las operaciones garantizadas es qué trato debe darse a las operaciones que cumplen la misma función económica que las operaciones garantizadas pero que se realizan a través de mecanismos en los que el vendedor o arrendador retiene la titularidad de los bienes hasta que no se completa el pago, momento en el que se transfiere la titularidad de los bienes al comprador o arrendatario. La respuesta a esta cuestión depende del enfoque que cada Estado quiera darle: i) o bien adopta un enfoque unitario y funcional, en virtud del cual las operaciones que cumplen funciones de garantía reciben básicamente el mismo trato (sea sometiéndolas a normas diferentes pero esencialmente idénticas, sea integrándolas bajo el mismo conjunto de normas de la legislación sobre operaciones garantizadas; ii) o bien adopta un enfoque que condiciona el trato que reciben las operaciones a la forma que adopten (la etiqueta que les apliquen las partes) y no a su función real. Esta decisión de carácter político influye necesariamente en los derechos de los terceros (en los procedimientos de insolvencia o fuera de ellos) y, por tanto, en la disponibilidad de créditos y en el costo de éstos.

3. La Guía recomienda un enfoque unitario y funcional (véase el capítulo III, Enfoques básicos de las garantías, recomendaciones 6 y 7, en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.16). Este enfoque promueve la competencia entre los proveedores de créditos y, por consiguiente, es más probable que aumente la disponibilidad de créditos a un costo inferior al que derivaría de un enfoque que tratara de forma sustancialmente distinta las operaciones que cumplen funciones de garantía. Una ventaja adicional de este enfoque es que facilita mejor que otros que las decisiones de carácter político se adopten de forma transparente y atendiendo a razones de eficacia. De acuerdo con este enfoque unitario y funcional, en el presente capítulo se propone que las operaciones de financiación de las adquisiciones se aborden, a través de la legislación sobre las operaciones garantizadas o a través de unas normas sustancialmente idénticas pero diferenciadas, sin tener en cuenta la forma que adopte la operación, a saber, un acuerdo de retención de la titularidad, una operación garantizada o un contrato de arrendamiento financiero.

4. Esto no quiere decir que en un Estado concreto no pueda funcionar bien un régimen diferenciado de la retención de la titularidad, con sus propias normas especiales, si dicho régimen se considera aisladamente. La cuestión más bien es establecer si, habida cuenta de las demás recomendaciones de esta Guía con respecto al establecimiento de un sistema eficiente y moderno que reconozca las garantías reales sin desplazamiento, las garantías reales de la financiación del precio de compra y la anotación de las operaciones en un registro de operaciones garantizadas, tiene sentido que se recomiende también en esta Guía un régimen diferenciado de la retención de la titularidad, con sus propias normas distintas de las del régimen de operaciones garantizadas. En este Capítulo se adopta la posición de que tal cosa no tiene sentido.

5. En el apartado 2 de esta parte A del presente capítulo se examinan los antecedentes comerciales, en el apartado 3, los distintos enfoques de la financiación de las compras adoptados por sistemas jurídicos, en el apartado 4, la creación de mecanismos de este tipo por las partes, en el apartado 5, la eficacia de estos mecanismos frente a terceros, en el apartado 6, la cuestión de la prelación frente a los acreedores concurrentes, en el apartado 7, las reclamaciones, en el apartado 8, la

insolvencia, en el apartado 9, los conflictos de leyes y, en el apartado 10, las cuestiones relacionadas con la transición. En la parte B se recogen las recomendaciones al cuerpo legislativo que examine la reforma de la legislación relativa a las operaciones garantizadas[1]

2. Antecedentes comerciales

6. Un comprador puede financiar la adquisición de bienes a través de diversas vías. En primer lugar, el comprador puede sencillamente pedir en préstamo a un tercero el precio de compra sin ofrecer ninguna garantía. Este método es sencillo, pero la calificación crediticia del comprador o su reputación pueden limitar la disponibilidad de créditos de este tipo o hacer que su costo sea prohibitivamente elevado. En segundo lugar, el vendedor puede aceptar la venta de los bienes al comprador en unas condiciones (sin garantía) que permitan a éste pagarlos (quizá a plazos) después de la ultimación de la venta. Por supuesto, este método no es realmente distinto de la financiación por un tercero, salvo que el riesgo de impago corresponde ahora al vendedor y no al tercero que actúa como financiador. Muchos vendedores no están dispuestos a asumir un riesgo de este tipo sin garantías. En consecuencia, muchos compradores necesitan, en la práctica, ofrecer algún tipo de garantía para adquirir los bienes a crédito. Aunque las propiedades sobre las que se constituye la garantía pueden ser otras propiedades del comprador, lo normal es que la fuente de garantía más evidente, y con frecuencia la única, será la constituida por los propios bienes adquiridos. La utilización de estos bienes como garantía se puede realizar mediante la constitución formal de una garantía real sobre los bienes en favor de un tercero que actúa como financiador o del propio vendedor, o mediante la utilización de un mecanismo que, aunque no adopte la forma de una garantía real, sea equivalente a ésta en términos económicos. Dos mecanismos de este tipo son el arrendamiento financiero y la retención de la titularidad (o, como a veces se denomina, una "venta condicionada", aunque no sea la venta la que está condicionada sino la transmisión de la propiedad).

Retención de la titularidad y "ventas condicionadas"

7. Es posible que el proveedor de existencias o equipo acepte satisfacer la necesidad de crédito de su cliente sea entregándole los bienes directamente, sea entregándolos a una empresa financiadora o a un prestamista distinto, quienes podrán a continuación vender los bienes al comprador a través de una "venta condicionada". Cuando se produce una "venta condicionada", el vendedor se reserva la titularidad de los bienes vendidos hasta que se haya pagado la totalidad del precio de compra o hasta que el comprador haya cumplido cualquier otra condición establecida en el contrato de venta. En otros términos, cuando el vendedor acepta aplazar el cobro completo del precio de venta se protege mediante

---

[1] En el capítulo I, Introducción, se define la "garantía real de la financiación del precio de compra" (véase el párrafo 17 b) del documento A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1). Sin embargo, en el presente capítulo se hace referencia a los términos "retención de la titularidad" (vendedor y comprador) y sus equivalentes, como "garantía real de la financiación del precio de compra" (acreedor garantizado y otorgante) o "arrendamiento financiero" (arrendador financiero y arrendatario financiero), para poner de manifiesto que deben ser tratados del mismo modo. [*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si sería preferible utilizar los términos "garantía real de la adquisición".*]

una demora en la transmisión al comprador del título sobre los bienes. En algunas jurisdicciones, estos acuerdos simples de retención de la titularidad pueden variar gracias a la introducción de algunas cláusulas, entre ellas, las cláusulas "saldo pendiente" o "cuenta corriente", en virtud de las cuales el vendedor retiene la titularidad hasta que el comprador no le ha pagado todas las deudas pendientes con él (y no solo las derivadas de ese contrato específico de venta), y las cláusulas sobre resultados y productos, en virtud de las cuales el título del vendedor se amplía para abarcar los resultados y productos de los bienes cuya titularidad conserva, o se considera que el vendedor tiene una garantía real sobre dichos resultados y productos (véanse los párrafos 35 a 45 del documento A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1). Sin embargo, es frecuente que la legislación aplicable limite la propiedad retenida únicamente a los bienes vendidos, y solo mientras éstos conserven su condición original (es decir, se mantengan inalterados por un proceso de producción), o la reduzca a garantizar el reembolso del precio de venta de esos bienes, o ambas cosas.

Arrendamientos financieros y operaciones de alquiler-compra

8. Los proveedores pueden también valerse del concepto de arrendamiento financiero para vender bienes a un comprador. Por ejemplo, un proveedor de bienes de equipo puede arrendar una pieza de equipo a un comprador, quien tomará posesión del equipo y lo pagará a plazos. El proveedor se reserva la titularidad del equipo como garantía del pago de los plazos según vayan venciendo. Las operaciones de alquiler-compra se basan en un principio similar. Una operación típica de arrendamiento financiero comienza con la selección por el arrendatario (comprador) del equipo del proveedor (vendedor). El arrendatario se dirige a continuación a una empresa de arrendamiento financiero (normalmente una institución financiera o una filial de la misma) para pedirle que compre el equipo al proveedor y se lo arriende. Por lo general, el arrendamiento financiero abarca toda la vida útil del equipo y el arrendatario tiene la posibilidad de comprar éste al final del período de vigencia del contrato por una suma nominal. Como alternativa, el arrendamiento puede tener un plazo de vigencia más corto que la vida útil del equipo, y el arrendatario tendrá al final de ese plazo la posibilidad de comprar el equipo a un precio de saldo. Aunque esta operación se denomine arrendamiento financiero, la realidad es que el arrendatario está pagando a plazos el precio de compra del equipo, mientras que el arrendador sigue siendo el propietario hasta que se termina el pago. Los plazos de vigencia del arrendamiento pueden oscilar entre unos pocos meses y varios años, y los bienes arrendados pueden ser desde bienes de equipo de valor elevado, como una aeronave, hasta bienes de equipo de menor valor, como una computadora. Con frecuencia, los contratos de arrendamiento se adaptan a las circunstancias singulares de los flujos de caja del arrendatario y otras necesidades.

3. Enfoques de la financiación de la adquisición de bienes

9. La técnica de la retención de la titularidad es reconocida por la mayoría de los sistemas jurídicos, tanto los continentales como los anglosajones, en su legislación sobre la propiedad (o las ventas). Sin embargo, sus condiciones y efectos varían mucho. Muchas de estas diferencias son producto de la historia (debidas muchas veces a la necesidad de colmar lagunas o evitar normas inflexibles), más que del análisis económico contemporáneo. En efecto, en muchos países las prácticas empresariales actuales no ofrecen ningún apoyo al mantenimiento del *statu quo*

jurídico, ya que no reflejan ninguna política legislativa ni la libertad de decisión de las partes, sino que sencillamente son el producto de la inflexibilidad de las normas jurídicas vigentes y la ausencia de intervención legislativa, lo que permite que el derecho sea establecido por unos tribunales que carecen de la capacidad institucional necesaria para modernizar la estructura legal.

10. En los sistemas jurídicos que no adoptan un enfoque unitario y funcional en su legislación sobre las operaciones garantizadas, los distintos tipos de operaciones garantizadas, o de operaciones que desempeñan funciones de garantía, están regulados por disposiciones legislativas o normas de jurisprudencia diferentes, y se denominan de distintas formas. En algunos de estos sistemas, la retención de la titularidad y otros mecanismos económicamente equivalentes, que muchas veces han sido desarrollados en la práctica, o por los tribunales, ante la ausencia de legislación, son la vía principal, o única, para ofrecer seguridad al vendedor si el deudor está en posesión de los activos ofrecidos como garantía ("garantía real sin desplazamiento" desde el punto de vista del acreedor). Este enfoque se basa algunas veces en la decisión política de proteger a los pequeños y medianos proveedores de bienes a crédito, frente a las grandes instituciones financieras, debido a la importancia de las pequeñas y medianas empresas (fabricantes y distribuidores) para la economía, y a la posición dominante de las instituciones financieras en los mercados crediticios. En estos países, se parte de una serie de supuestos para justificar el uso de la retención de la titularidad y otros mecanismos económicamente equivalentes, entre ellos: que los proveedores están interesados en ofrecer créditos a tipos de interés bajos para aumentar el volumen de sus ventas; que el costo de estos créditos es soportable en la medida en que los proveedores no cobran intereses y que, a consecuencia de la competencia entre estos proveedores, se ofrecen precios competitivos de venta a los compradores; y que los compradores se pueden beneficiar de la competencia entre los proveedores y los bancos en la oferta de créditos ya que solo los proveedores pueden recurrir a la retención de la titularidad, mientras que los bancos sólo pueden utilizar este mecanismo si se les cede el derecho a reclamar el reembolso del precio de compra.

11. Sin embargo, si un Estado está considerando la posibilidad de proceder a una reforma legislativa en la esfera de las operaciones garantizadas, tiene que evaluar cuidadosamente estos supuestos. El hecho de que un proveedor venda bienes a un comprador mediante un contrato en el que se estipule la retención de la titularidad no significa siempre que las condiciones crediticias del vendedor no tienen ningún costo para el comprador. El propio proveedor tiene que asumir el costo que para él tiene obtener los fondos con los que conceder un crédito al comprador. El costo de los fondos obtenidos por el proveedor se incluye en el precio pagado por el comprador por los bienes. Además, los Estados interesados en promover la manufactura y el suministro de bienes no siempre tienen que favorecer a los proveedores de estos bienes frente a las partes que financian su adquisición. Lo mismo que la competencia entre los proveedores de bienes hace bajar el precio de éstos, la competencia entre los proveedores de créditos hará bajar el costo de esto último. La promoción de la competencia entre todos los proveedores de crédito no solo hará que se ofrezcan al comprador créditos para la adquisición de los bienes con los tipos de interés más bajos posible, sino que también hará que se abran otras fuentes de crédito que permitirán a los compradores pagar a los proveedores de los bienes suministrados. Este hecho tiene especial importancia para los Estados que

pretendan ampliar las fuentes de crédito. La ampliación de las fuentes de que disponen los compradores para pagar los bienes alentará por sí misma la manufactura y el suministro de bienes debido a la flexibilidad de que disfrutarán los vendedores para vender y cobrar los bienes sin necesidad de ser ellos mismos quienes ofrezcan financiación a los compradores.

12. Además, los financiadores de la adquisición de bienes no solo son los vendedores de éstos y los prestamistas que facilitan capital de explotación al otorgante y que retienen una garantía real sobre los bienes actuales y futuros del otorgante. Aunque en algunos Estados quizá sea así actualmente, esta situación puede deberse a unas estructuras jurídicas anticuadas y no es ineludible económicamente. Las normas jurídicas de un Estado que establecen su régimen de operaciones garantizadas no deben obstaculizar la aparición de otros financiadores que concedan crédito al comprador para que adquiera las mercancías. Las normas jurídicas deben abrir la posibilidad de que compitan por el derecho a ofrecer financiación a los compradores (otorgantes y arrendatarios) no solo los vendedores que retienen la titularidad y los acreedores garantizados anteriores sino también otros bancos, compañías financieras y arrendadores financieros.

13. En algunos sistemas jurídicos que no adoptan un enfoque unitario y funcional se reconocen algunos tipos amplios de cláusulas de retención de la titularidad, como las cláusulas de retención del producto (frecuentemente denominadas cláusulas de "retención de la titularidad ampliada"). Sin embargo, si en estos sistemas jurídicos no existen normas específicas que permitan establecer el origen de los bienes, la titularidad sólo abarcará de hecho el producto si éste es fácilmente identificable. En estos sistemas jurídicos, solo pueden retener la titularidad los prestamistas que financian al vendedor aceptando como garantía el derecho de este último a recuperar el precio de compra garantizado mediante la retención de la titularidad. En algunos de estos sistemas que reconocen al comprador una expectativa de derecho sobre los bienes, éste puede constituir una garantía real de menor rango sobre los bienes en favor de otro acreedor. En otros sistemas jurídicos que no adoptan un enfoque unitario y funcional sólo se considera aceptable la simple retención de la titularidad y las cláusulas más complejas de retención de la titularidad, como las cláusulas referentes a todos los débitos o a los resultados o productos, o bien no están reconocidas o bien son tratadas como garantías reales.

14. Todavía hay otros sistemas jurídicos que tienen una legislación funcional que regula las operaciones garantizadas, en los que las operaciones de financiación de las compras son tratadas o bien a través de normas diferenciadas, pero sustantivamente idénticas, a las de las leyes sobre las operaciones garantizadas o bien a través de su integración en este último conjunto de normas. Si las operaciones de financiación de las compras están reguladas por normas legales diferenciadas o por un cuerpo legal desarrollado judicialmente, es necesario coordinar las distintas normas, y sus consecuencias, con las normas que regulan en estos Estados las operaciones garantizadas. Para evitar el riesgo de una coordinación imperfecta, algunos de estos sistemas jurídicos integran las operaciones de financiación de las compras en el ámbito de las mismas normas que regulan las garantías reales y tratan a todas ellas como operaciones garantizadas. Los dos enfoques se basan en la decisión de carácter político de considerar iguales todas las operaciones que desempeñan funciones de garantía y de crear una igualdad de oportunidades entre todos los proveedores de crédito en el supuesto de que se

promoverá así la competencia entre los proveedores de crédito y de que esta competencia hará aumentar el volumen de los créditos disponibles y bajar su costo.

15. En estas jurisdicciones, se puede recurrir a la retención de la titularidad bajo la forma de lo que se denomina "garantía real de la financiación del precio de compra" (véase la definición en el párrafo 17 b) del capítulo I, Introducción, del documento A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1). La garantía real de la financiación del precio de compra: i) no solo puede ser utilizada por los proveedores de bienes sino también por los proveedores de créditos, incluidos los prestamistas y los arrendadores financieros; ii) el acreedor que ha concedido un crédito para financiar el precio de compra recibe una garantía real, con independencia de si, a efectos de las operaciones garantizadas, retiene la titularidad de los bienes; iii) el comprador puede constituir una garantía real de menor rango sobre los mismos bienes en favor de otros acreedores y por tanto puede utilizar todo el valor de sus activos para obtener crédito, aumentando de este modo la movilización de capital dentro de la economía; iv) el acreedor que ha concedido un crédito para financiar el precio de compra tiene que anotar su garantía real en un registro de operaciones garantizadas para establecer su prioridad sobre otros acreedores concurrentes y ofrecer a los terceros la posibilidad de informarse de que otro acreedor pretende tener una garantía real sobre los mismos bienes; v) una vez que se ha anotado en el registro de operaciones garantizadas la garantía real, esta garantía es eficaz frente a terceros; vi) si la anotación se hace poco tiempo después de la entrega de los bienes al comprador, el titular de la garantía real de la financiación del precio de compra tendrá prelación frente al titular de un derecho reconocido judicialmente, o frente al administrador de la insolvencia del comprador, durante el período comprendido entre el momento de la entrega de los bienes al comprador y la anotación de la garantía en el registro; vii) si se trata de bienes de equipo y la anotación se realiza poco tiempo después de su entrega al comprador, la garantía real de la financiación del precio de compra tendrá prioridad frente a la garantía real de un acreedor garantizado anterior que tenga una garantía real sobre los bienes de equipo futuros del comprador; viii) si se trata de existencias y el acreedor que ha financiado el precio de compra hace la anotación en el registro de operaciones garantizadas antes de que las existencias se entreguen al comprador y notifica también a un acreedor garantizado anterior que tenga una garantía real sobre las existencias futuras del comprador, y que haya anotado su garantía en el registro de operaciones garantizadas, que ha financiado el precio de compra y que pretende disponer de una garantía real de mayor rango sobre las existencias por la financiación del precio de compra, su garantía real de la financiación del precio de compra tendrá prioridad frente a la garantía real del acreedor garantizado anterior; y ix) el vendedor que sea acreedor del precio de compra podrá ejercer sus derechos, en el marco de un procedimiento de insolvencia o fuera de él, en los mismos términos que cualquier otro acreedor garantizado.

16. La tendencia moderna de las reformas legislativas en la esfera de las operaciones garantizadas, en particular en los Estados que necesitan introducir o mejorar una economía crediticia, es adoptar un enfoque unitario y funcional y, de este modo, tratar de forma global y coherente todas las operaciones que desempeñan funciones de garantía, con independencia de su denominación o su forma. A escala internacional también predomina la misma tendencia. Por ejemplo, el Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil somete

la retención de la titularidad y los arrendamientos financieros a unas normas diferentes, pero sustancialmente idénticas, y sobre todo amplía el ámbito del registro internacional contemplado en el propio Convenio para abarcar, además de las garantías reales, la retención de la titularidad en favor de los vendedores y los contratos de arrendamiento financiero; la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional aplica las mismas normas a: i) las cesiones de garantías, ii) las cesiones de créditos a título de garantía, y iii) incluso las cesiones puras de créditos (artículo 2), evitando establecer una distinción entre mecanismos de garantía y de titularidad, pues de forma no intencional podría dar lugar a incertidumbres y litigios (y, sobre todo, el artículo 22 de la Convención abarca diversos conflictos de prelación, entre ellos el conflicto entre un cesionario de un crédito por cobrar y un acreedor del cedente, si este último ha retenido la titularidad de los bienes de forma tal que están incluidos los créditos por cobrar derivados de la venta de los bienes). El mismo enfoque adoptan la Ley Modelo sobre operaciones garantizadas del DERD, la Ley Modelo Interamericana de garantías mobiliarias y la Guía de registros de bienes muebles del Banco Asiático de Desarrollo.

17. Carece de excesiva importancia la terminología concreta utilizada y si los mecanismos de financiación de las adquisiciones se califican como garantías reales o se tratan como transacciones garantizadas a través de normas diferentes, pero idénticas (aunque puede ser preferible el primer enfoque para evitar el problema de coordinar las distintas normas legales). Lo que importa es que se apliquen unas normas básicamente iguales a todas las transacciones que desempeñen funciones de garantía. No tiene sentido que un régimen de operaciones garantizadas aplique normas sustancialmente distintas a los proveedores de financiación del precio de compra en función de la forma de la operación. Si los vendedores que retienen la titularidad, los prestamistas que financian el precio de compra y los arrendadores financieros son sometidos a normas sustancialmente distintas, la competencia entre ellos no se basará únicamente en el precio. Al contrario, la diferencia de normas ofrecerá ventajas a algunos proveedores de créditos frente a otros, obstaculizando la pura competencia de precios.

4. Creación por las partes

18. Los sistemas jurídicos que consideran que la retención de la titularidad no es un mecanismo de garantía difieren ampliamente en lo que respecta a los requisitos para su constitución. En muchos de estos sistemas, la cuestión de la constitución normalmente se rige por la legislación general sobre contratos. En consecuencia, la retención de la titularidad, que normalmente deriva de una cláusula de un contrato de venta, se puede establecer incluso oralmente o mediante una carta, una orden de compra o una factura en la que estén impresos los términos y las condiciones generales. Es posible que estos documentos no hayan sido firmados por el comprador sino que hayan sido aceptados implícitamente por éste a través de la aceptación de la entrega de los bienes y del pago de una parte de su precio de compra según conste, por ejemplo, en la orden de compra o en la factura.

19. En alguno de estos sistemas jurídicos solo el vendedor puede retener la titularidad, mientras que los demás prestamistas solo pueden obtener dicha retención de la titularidad si reciben del prestamista una cesión del saldo pendiente de pago del precio de compra. Sin embargo, los prestamistas pueden retener la titularidad si

se trata de arrendamientos financieros u operaciones de arrendamiento-compra u otras operaciones semejantes.

20. En otros sistemas jurídicos puede exigirse un texto escrito (incluso mínimo), una fecha cierta, la intervención de un notario o incluso el registro para que una cláusula de retención de la titularidad surta efectos. En algunos de estos sistemas, si los bienes que son objeto de la retención de la titularidad se mezclan con otros bienes dicha retención de la titularidad, se extinguirá, mientras que en otros pocos sistemas la retención de la titularidad se mantiene en la medida en que se encuentren en manos del comprador bienes similares, considerándose que el vendedor retiene la titularidad sobre esos bienes similares. En algunos sistemas jurídicos, la retención de la titularidad se mantiene incluso si los bienes se procesan para obtener nuevos productos, mientras que en otros sistemas la retención de la titularidad no puede abarcar productos nuevos.

21. En los sistemas jurídicos que cuentan con una legislación unitaria y funcional que regula las operaciones garantizadas, la financiación de la compra de bienes se considera una categoría especial de financiación garantizada, sea sometiéndola a unas normas paralelas pero sustancialmente idénticas a las normas que regulan las operaciones garantizadas, sea integrándola en el ámbito de la legislación sobre las operaciones garantizadas. Esta financiación puede ser proporcionada por el vendedor o por otra persona y los requisitos de forma son iguales a los exigidos para otras operaciones garantizadas (por ejemplo, un contrato escrito y firmado, en el que se identifique a las partes y se describa de forma razonable los bienes vendidos y su precio).

22. Las diferencias entre los sistemas jurídicos que acaban de describirse estriban pocas veces, de un modo significativo, en el requisito de que haya un texto escrito, ya que la mayoría de ellos aceptan una carta, una factura, una orden de compra o un documento similar con unas condiciones y términos generales, tanto si está escrito sobre papel como si se presenta en forma electrónica. Las diferencias parecen estribar más en el requisito de la firma, que puede no ser necesaria si el vendedor que retiene la titularidad, el prestamista que financia el precio de adquisición o el arrendador financiero pueden demostrar por medio de otras pruebas que las condiciones que constan en el texto escrito han sido aceptadas por el comprador o arrendatario financiero. Estas pruebas pueden consistir simplemente en la adquisición y utilización de los bienes por el comprador o arrendatario financiero sin que éste haya protestado después de haber recibido el escrito. Así pues, estos requisitos mínimos de forma no son onerosos. Además, como de hecho un gran número de las operaciones de compra de bienes está bien documentado por otros motivos, esta cuestión pocas veces se plantea.

5. Eficacia frente a terceros

23. Con muy escasas excepciones, los mecanismos de retención de la titularidad no están sometidos, en la mayoría de las jurisdicciones que consideran que los mecanismos de retención de la titularidad no son mecanismos de garantía, a la exigencia de registro. Además, aunque se exija el registro, no se establece ninguna distinción entre la creación de un derecho de propiedad entre las partes y su eficacia frente a terceros. Al contrario, los derechos de propiedad, desde su creación, tienen eficacia frente a todas las partes. El acreedor que retiene la titularidad tiene unos

derechos plenos de propiedad y ningún acreedor distinto tiene nada, ni siquiera si ha proporcionado un crédito al comprador y si el valor de los bienes sobre los que el vendedor ha retenido la titularidad es superior a la cuantía de las obligaciones del comprador con él (a excepción de aquellos sistemas jurídicos en los que el comprador puede ofrecer en garantía su expectativa de derecho de propiedad). Estos sistemas jurídicos impiden o dificultan que los prestatarios utilicen todo el valor de sus bienes muebles sometidos a derechos de retención de la titularidad, ofreciendo a varios acreedores una garantía real sin desplazamiento sobre los mismos bienes o valiéndose de un sistema que clasifique a esos acreedores en función de su prelación en el pago (aunque exista tal sistema en lo que respecta a la propiedad inmobiliaria, sobre la que se pueden establecer múltiples hipotecas definiéndose la prelación de los titulares de las mismas en función de la fecha del registro).

24. En las jurisdicciones que adoptan un enfoque unitario y funcional, la retención de la titularidad y sus equivalentes económicos están condicionados a su anotación en el registro de operaciones garantizadas del mismo modo que cualquier otra operación garantizada. La anotación en el registro no crea la garantía real sino que sirve más bien de base para establecer la prelación y de aviso a terceros de que podría existir tal derecho. La anotación promueve eficazmente la competencia en el mercado crediticio, entre otras cosas, porque el registro ofrece información a la que pueden acceder todos los acreedores. En el marco de un sistema basado en la funcionalidad, el registro aumenta la calidad de las oportunidades de que disponen los proveedores. El sistema permite a los financiadores calcular mejor sus riesgos y aumenta la seguridad en la financiación de la compra de bienes. Si los acreedores no pudieran fiarse del registro de garantías reales para conocer la posible existencia de contratos anteriores de retención de la titularidad, se socavaría la integridad y utilidad del propio registro. Si los acreedores no pudieran fiarse del registro, su incertidumbre con respecto a la prelación de su garantía real reduciría la disponibilidad de créditos o se traduciría en un aumento del costo de los mismos, aun en caso de que no haya un contrato de retención de la titularidad sobre los bienes de que se trate.

Eficacia de las operaciones de financiación del precio de compra de bienes de equipo o de inventario frente a terceros

25. En algunas jurisdicciones, las normas generales sobre la eficacia frente a terceros de las operaciones de financiación del precio de compra sin garantía real se aplican a las operaciones con garantía real. Sin embargo, a efectos de la prelación frente a otros acreedores concurrentes, se aplican unas normas especiales que se examinan más adelante.

Período de gracia para el registro de las garantías reales de la financiación del precio de compra

26. El procedimiento de registro se potencia cuando se permite que un derecho de retención de la titularidad se registre durante un breve período de tiempo (“período de gracia”) posterior a su creación (por ejemplo, 20 ó 30 días contados a partir de la fecha de la entrega de los bienes al otorgante. El reconocimiento de este período de gracia tiene la ventaja de que permite la entrega de los bienes sin esperar a que se haya hecho la anotación en el registro. Si la anotación en el registro se hace durante el período de gracia, la garantía real de la financiación del precio de compra tiene

prelación frente a un derecho reconocido judicialmente sobre los bienes o frente a los derechos de los demás acreedores en caso de insolvencia del otorgante (comprador), si estos derechos se han adquirido durante el período de gracia.

Exenciones al registro

27. En algunos sistemas jurídicos, las operaciones de préstamo para la financiación del precio de compra de bienes de consumo (por ejemplo, bienes comprados para fines personales, familiares o del hogar del comprador) están por lo general exentas del requisito de registro. Esto significa que el vendedor que financia el precio de compra de bienes de consumo no tiene que soportar la carga de la obligación de registro. Estas operaciones tienen eficacia frente a terceros desde el momento en que se realizan. En cualquier caso, la necesidad de advertir a los terceros que pudieran actuar como financiadores potenciales es menos aguda (salvo si los consumidores revenden esos bienes), en particular si se trata de operaciones con bienes de consumo de poco valor. En otros sistemas jurídicos, solo las operaciones con bienes de consumo de poco valor están exentas del registro (por ejemplo, las operaciones con bienes de consumo de un valor máximo de tres mil euros, o su equivalente, que estén sometidas a la jurisdicción de los tribunales de menor cuantía), mientras que el importante sector del mercado de automóviles en el que media un crédito al consumidor es atendido mediante un sistema que no exige la anotación en el registro de operaciones garantizadas sino solo una anotación en el propio título certificado. Incluso si las empresas y las operaciones que se relacionan con bienes de consumo de poco valor están exentas del registro, en ningún caso la exención se aplica a las operaciones con bienes en existencia de poco valor (los artículos individuales de poco valor incluidos en unas existencias pueden adquirir un gran valor si se han comprometido todas las existencias como una unidad).

28. Si se establece un período de gracia para anotar en el registro de operaciones garantizadas una operación de préstamo para financiar el precio de compra de bienes de equipo, dicho período de gracia puede actuar en sí mismo como exención de las operaciones a corto plazo completadas (es decir, pagadas totalmente) durante su transcurso porque, en la práctica el prestamista no tendrá que registrar la operación hasta que no expire. Sin embargo, si se trata de operaciones de préstamo para financiar el precio de compra de bienes de equipo con unos plazos de reembolso más largos, o si se trata de operaciones de préstamo a corto plazo para financiar el precio de compra de existencias en general, es posible que no sea necesaria una exención si el prestamista puede hacer una sola anotación en el registro de operaciones garantizadas válida para la serie de operaciones a corto plazo que se produzcan durante un período de tiempo más largo (por ejemplo, cinco años).

6. Prelación sobre acreedores concurrentes

29. En los sistemas jurídicos que consideran que las operaciones con retención de la titularidad son operaciones no garantizadas, el vendedor que retiene la titularidad prevalece de hecho sobre todos los demás acreedores concurrentes (salvo los compradores *bona fide*) en lo que respecta a los bienes vendidos. En los sistemas jurídicos que cuentan con regímenes unitarios y funcionales de operaciones garantizadas, es posible que se llegue a este resultado siempre que el vendedor que retiene la titularidad, y que es tratado del mismo modo que el prestamista que

financia el precio de compra o que el arrendador financiero, haga una anotación en el registro de operaciones garantizadas antes de que transcurra un breve período de gracia o, si se trata de existencias, adopte algunas de las medidas que posteriormente se examinan para obtener la prelación frente a los acreedores garantizados anteriores con una garantía real sobre las existencias futuras del comprador. Así pues, la retención de la titularidad fuera del régimen de operaciones garantizadas no es fundamental para lograr los resultados de prelación deseados.

Prelación de las garantías reales de la financiación del precio de compra frente a las garantías reales anteriores sobre bienes de equipo futuros

30. Si se quiere potenciar la oferta de nuevos créditos para la compra de bienes adicionales de forma que se estimule la producción y el comercio de mercancías, es importante que se apliquen normas especiales de prelación en los conflictos que surjan por dicha prelación con acreedores garantizados anteriores que no hayan financiado el precio de compra y que sean titulares de derechos sobre los bienes futuros del otorgante. Si se trata de bienes de equipo, y el registro de la operación se realiza antes de que transcurra un determinado período de tiempo después de la entrega de los bienes al otorgante, se reconoce la prelación de las garantías reales de la financiación del precio de compra frente a las garantías reales anteriores sobre los bienes de equipo futuros del otorgante. Esto significa que, en la medida en que se anote en el registro de operaciones garantizadas la garantía real de la financiación del precio de compra dentro del período de gracia, esta garantía real sobre los nuevos bienes de equipo tendrá prelación frente a las garantías reales anteriores sobre los bienes de equipo futuros del otorgante (lo que se denomina frecuentemente "superprelación", ya que deroga la norma general que atribuye la prelación en función de la fecha del registro).

Prelación de las garantías reales de la financiación del precio de compra frente a las garantías reales anteriores sobre las existencias futuras

31. Si los nuevos bienes adquiridos por el otorgante son existencias, para que la garantía real de la financiación del precio de compra tenga prelación frente a las garantías reales de la financiación de otras operaciones que se hayan constituido sobre las existencias futuras, la anotación en el registro de operaciones garantizadas ha de hacerse antes de la entrega de las nuevas existencias al otorgante. Además, en algunas jurisdicciones se ha de notificar directamente a los financiadores anteriores de operaciones relacionadas con existencias que estén registrados que se ha pedido la anotación de una garantía real de la financiación del precio de compra de rango más elevado sobre las nuevas existencias. El motivo de que se exija esta notificación a los financiadores anteriores de existencias que consten en el registro es que normalmente los financiadores de existencias conceden sus créditos basándose en que hay un conjunto de existencias actuales o futuras en plazos periódicos breves, incluso a veces día a día. El conjunto de existencias puede cambiar constantemente ya que algunas de ellas se venden y otras nuevas se manufacturan o adquieren (debiendo presentar el otorgante facturas o certificados para obtener nuevos libramientos del crédito sobre ellas). En estas circunstancias, sería poco eficiente que se obligue al financiador de existencias a consultar el registro de operaciones garantizadas cada vez que vaya a hacer un libramiento del crédito basado en la existencia de un conjunto de existencias que cambia continuamente. Además, si el acreedor que ha financiado el precio de compra no

está obligado a hacer una notificación a los financiadores anteriores de existencias y éstos no descubren por otra vía, con tiempo suficiente, la anotación en el registro de operaciones garantizadas de la adquisición de nuevas existencias, los nuevos libramientos que los financiadores anteriores de existencias hagan podrían ser utilizados por el otorgante para otros fines (lo que daría lugar a la doble financiación de las mismas existencias).

32. Para evitar que los financiadores del precio de compra sean sometidos a una carga indebida, puede ser eficaz que se establezca una notificación general única a los financiadores anteriores de existencias inscritos en el registro de todos los envíos que se vayan a hacer al mismo comprador durante un período significativo de tiempo (por ejemplo, cinco años o el mismo plazo de validez de la anotación en el registro para hacer efectiva una garantía real frente a terceros). Esto significaría que, una vez se haya hecho la notificación a los financiadores anteriores de existencias inscritos en el registro, no sería necesario durante el período de tiempo establecido hacer una nueva notificación cada vez que se produzca una operación con existencias entre el prestamista que financia el precio de compra y la parte que adquiere las existencias.

Garantías cruzadas

33. Además, en las jurisdicciones que adoptan un enfoque unitario y funcional, la superprelación de las garantías reales de la financiación del precio de compra no resulta perjudicada por el establecimiento de garantías cruzadas. Esto significa que, si el acreedor que ha financiado el precio de compra concede un crédito adicional al otorgante garantizado por una garantía real sobre bienes de equipo o inventariados adicionales, la superprelación sigue actuando en beneficio de la garantía real en la medida en que asegura el pago del precio de compra o el cumplimiento de las obligaciones aceptadas para pagar el precio de compra de los bienes de equipo o inventariados. Igualmente, si el prestamista que financia el precio de compra obtiene una garantía real sobre otros activos del otorgante para asegurar este precio de compra o el cumplimiento de las obligaciones en que se haya incurrido para pagar el precio de compra de los bienes de equipo o inventariados, la superprelación del financiador sobre los bienes de equipo o inventariados sigue siendo efectiva (aunque la superprelación no afecte a los demás activos que no fueron financiados directamente por el acreedor que financió el precio de compra).

Superprelación sobre el producto

34. En algunas jurisdicciones que han adoptado un enfoque unitario y funcional, la superprelación solo abarca los bienes cuya adquisición ha sido financiada, mientras que en otras jurisdicciones abarca también sus beneficios y productos, al menos si se trata de operaciones relacionadas con bienes de equipo.

35. Como normalmente los bienes de equipo no son adquiridos por el otorgante con el fin de revenderlos, no preocupa excesivamente que la superprelación de una garantía real de la financiación del precio de compra constituida sobre los bienes de equipo abarque también el producto de esos bienes de equipo. Si el equipo, debido quizá a su antigüedad o a que ya no lo necesita el otorgante, es vendido posteriormente por él o éste dispone de él de otro modo, dicho otorgante se pondrá muchas veces en contacto con el acreedor garantizado para que renuncie a la

garantía real con el fin de permitirle disponer del equipo liberado de esta garantía real. Ello se debe a que, sin esa renuncia, la garantía real seguirá vigente aunque se disponga del equipo y es improbable que un comprador u otra persona a la que se transfiera el equipo pague todo el valor de éste si está constituida una garantía real sobre él. Como contraprestación de la renuncia, el acreedor garantizado normalmente controlará el pago del precio obtenido. Por ejemplo, el acreedor garantizado puede exigir que los ingresos obtenidos de la disposición de los bienes se le paguen directamente para satisfacer las obligaciones garantizadas. En estas circunstancias, es improbable que otro acreedor que conceda un crédito al otorgante confíe en la prelación de una garantía real constituida sobre un activo que deriva de los ingresos obtenidos de la disposición del equipo.

36. Sin embargo, la situación varía si se trata de existencias, ya que su producto normalmente consiste en efectos pendientes de cobro. Frecuentemente lo que sucede es que un acreedor garantizado anterior, al conceder un crédito al otorgante para financiar el capital de explotación, libra este crédito al otorgante en breves plazos periódicos, o incluso diariamente, basándose en su garantía real superior sobre un conjunto de efectos por cobrar actuales y futuros en continua evolución que hacen las veces de activos originales sobre los que se ha constituido la garantía. A veces no será posible o practicable que el otorgante separe los efectos por cobrar que son producto de las existencias cuya compra se financió, de los demás efectos por cobrar financiados por el anterior acreedor garantizado. Incluso si es posible o practicable que el otorgante lo haga, puede no ser posible que éste separe con prontitud el producto obtenido de las existencias cuyo precio se financió. E incluso si es posible o practicable que el otorgante separe con prontitud el producto obtenido de las existencias cuya compra se financió, tendría que hacerlo de una forma que sea transparente para ambos financieros y que reduzca al mínimo la vigilancia que éstos deben ejercer.

37. Sin esta pronta separación, que sea transparente para ambos financieros y que reduzca al mínimo la vigilancia, habrá un riesgo significativo de que el acreedor garantizado anterior que conceda un crédito contra efectos por cobrar suponga equivocadamente que tiene una garantía real de mayor rango sobre todos los efectos por cobrar del otorgante. Existe igualmente el riesgo de que se plantee un conflicto entre el acreedor garantizado anterior y el vendedor que retiene la titularidad, el prestamista que financia el precio de compra o el arrendador financiero, sobre cuál de estos financiadores tiene un derecho de prelación y sobre cuáles productos. Todos estos riesgos y todos los gastos concomitantes de vigilancia pueden dar lugar a que no se concedan créditos o se cobre por ellos un precio más elevado.

38. Por supuesto, si la prelación de la garantía real de la financiación del precio de compra constituida sobre las existencias no abarca los ingresos pendientes de cobro, el acreedor garantizado que ha financiado el precio de compra puede retener el libramiento del crédito u ofrecerlo sólo a un precio más elevado. Sin embargo, ese riesgo se puede reducir en un aspecto importante. En primer lugar, si la prelación de la garantía real de la financiación del precio de compra de existencias no abarca los ingresos pendientes de cobro, resultará más probable que el acreedor garantizado anterior que disponga de una garantía real prioritaria sobre los efectos futuros por cobrar del otorgante conceda un crédito a éste basándose en el rango superior de su garantía real sobre los efectos por cobrar, lo que permitirá al otorgante pagar las existencias que ha adquirido gracias a la financiación del precio de compra. La

cuantía de los libramientos del acreedor garantizado anterior debe bastar para que el otorgante pague el precio de compra de las existencias que fue financiado. Ello se debe a que normalmente los tipos pagados por los libramientos de créditos contra efectos por cobrar son muy superiores a los tipos pagados por créditos contra existencias y a que la cuantía de los efectos por cobrar refleja el precio de reventa de las existencias, que es muy superior al costo de estos bienes para el vendedor. Así pues, hay una mayor probabilidad de que la obligación derivada de la financiación del precio de compra se pague a su debido tiempo. Esta consecuencia es a la vez eficaz y conveniente para las partes en la operación.

7. Ejecución de la garantía

39. En algunos sistemas jurídicos en los que la retención de la titularidad se considera como un mecanismo de garantía, si el comprador no paga, el vendedor puede romper el contrato de venta y pedir la devolución de los bienes como propietario de los mismos. En este caso, el vendedor está obligado a reembolsar la parte del precio que ya se hubiera pagado, tras deducir de ella el valor del arrendamiento de los bienes mientras éstos estuvieron en posesión del comprador, el monto de la merma del valor de los bienes que se haya producido a causa de su utilización por el comprador o el monto de los daños que se determine a través de una formula similar. El vendedor que tiene prelación sobre otros acreedores concurrentes no está obligado a rendir cuentas al comprador de los beneficios que obtenga gracias a la reventa posterior de los bienes, pero al mismo tiempo no podrá reclamar al comprador ninguna compensación aparte de la indemnización por los daños que haya producido el quebrantamiento del contrato original de venta por el comprador. En algunos de estos sistemas jurídicos, los tribunales han dictaminado en algunos casos que los contratos de retención de la titularidad llevan implícita la condición de que el vendedor no puede recuperar la posesión de más bienes que los necesarios para reembolsar el saldo pendiente de pago del precio de compra.

40. En otros sistemas jurídicos en los que la retención de la titularidad se considera un mecanismo de garantía, el prestamista que financia el precio de compra puede recuperar la posesión de los bienes lo mismo que cualquier otro acreedor garantizado. El acreedor garantizado tiene que devolver al otorgante las plusvalías que obtenga de la reventa de los bienes y no está protegido por la garantía frente a las posibles minusvalías. Así pues, el comprador y los demás acreedores disponen de la misma protección, con independencia de la forma que haya adoptado la operación.

41. Cabe argumentar que es correcto que un Estado opte por cualquiera de las dos posibilidades de plantearse las medidas correctivas, siempre que la elegida se aplique por igual a los vendedores que retengan la titularidad, a los acreedores que tengan una garantía real de la financiación del precio de compra y a los arrendadores financieros. Sin embargo, en términos normativos puede ser preferible optar por considerar garantizados los créditos, ya que se reconoce al acreedor el derecho a reclamar la compensación de las minusvalías, lo que normalmente tendrá más valor para el vendedor que la posibilidad de que se le reclamen las plusvalías. Casi siempre, salvo en los pocos casos en que se haya financiado sólo, de forma conservadora, una pequeña parte del precio de compra, la posibilidad de que la ejecución de la garantía genere una plusvalía que pueda ser retenida por el acreedor no es tan elevada como la posibilidad de que haya una minusvalía.

42. La existencia de una norma que niegue al acreedor que dispone de una garantía real de la financiación del precio de compra la posibilidad de reclamar las minusvalías incitará a éste a financiar una parte más reducida del precio de compra de los bienes con el fin de reducir al mínimo el monto de las reclamaciones que pudiera tener que presentar para recuperar las minusvalías que hubiera padecido. El resultado será que se negará a los otorgantes que no dispongan de fondos suficientes para pagar el saldo pendiente del precio de compra el crédito que necesitan para financiar el precio de compra o tendrán que obtener este crédito a un precio más elevado. Este resultado puede frenar la manufactura y suministro de los bienes así como la financiación de su adquisición.

8. Insolvencia

43. En términos generales, aunque no universales, en los sistemas jurídicos que consideran que la retención de la titularidad no es un mecanismo de garantía, los contratos de venta que contienen una cláusula de retención de la titularidad no se consideran, en caso de insolvencia del comprador, un derecho de garantía sino que son sometidos más bien a las normas aplicables en caso de cumplimiento parcial de un contrato (o, en otras palabras, como un simple título). En los sistemas jurídicos que reconocen las garantías reales de la financiación del precio de compra a través de unas normas diferenciadas, pero posiblemente idénticas, a las de la legislación relativa a las operaciones garantizadas, o las integran en ésta, aquéllas son tratadas, en caso de insolvencia del otorgante, del mismo modo que si no fueran garantías reales de la financiación del precio de compra (reconociéndoles cualquier tipo de superprelación que la legislación distinta de la legislación especial sobre la insolvencia reconozca a las garantías reales de la financiación del precio de compra).

44. Cuando la retención de la titularidad se considera, en caso de insolvencia, igual que un contrato cumplido parcialmente (o como simple título), el administrador de la insolvencia tiene la facultad de cumplir el contrato, pagar el saldo pendiente de pago del precio y retener la propiedad de los bienes, dentro del plazo establecido y si quiere y puede hacerlo. Como alternativa, el administrador de la insolvencia puede en algunos casos vender el contrato, junto con el derecho a utilizar los bienes, a un tercero; o puede rechazar el contrato, devolver los bienes y reclamar el reembolso de la parte del precio de compra pagada por el comprador. Pero si los bienes son fundamentales para el éxito de la reorganización patrimonial del comprador, el administrador de la insolvencia sólo podrá recurrir en la práctica a la primera opción (cumplimiento del contrato según lo acordado). La necesidad de que el administrador de la insolvencia cumpla el contrato según lo acordado (y conserve, por ejemplo, unos bienes de equipo útiles aunque su valor sea inferior a su precio) normalmente dará por resultado que otros activos incluidos en el patrimonio del insolvente se utilicen para cumplir el contrato, en lugar de ser utilizados para financiar otros elementos de la reorganización patrimonial del otorgante. En tal caso, la separación de otros activos del patrimonio del insolvente con el fin de permitir al administrador de la insolvencia cumplir el contrato puede suscitar especiales preocupaciones si el valor de los bienes es inferior al monto del precio que ha de pagarse.

45. En cambio, cuando la garantía real de la financiación del precio de compra es tratada del mismo modo que una garantía real ordinaria (no para financiar el precio

de compra), normalmente: i) el administrador de la insolvencia podrá utilizar, vender o arrendar los bienes siempre que entregue al acreedor garantizado unos activos sustitutivos o que el valor de la garantía real constituida sobre los bienes esté protegida de otro modo; ii) la parte de las obligaciones garantizadas que exceda del valor de la garantía real del acreedor constituida sobre los bienes será tratada como una reclamación general no garantizada; y iii) en la reorganización del patrimonio del otorgante, la reclamación garantizada del acreedor, hasta el límite del valor de la garantía real, podrá ser reestructurada (como sucede con las garantías reales de otros tipos de financiación distintos de la financiación del precio de compra), con un vencimiento, un calendario de pagos, un tipo de interés y otras condiciones diferentes.

46. Si la retención de la titularidad y sus equivalentes funcionales, es decir, las garantías reales de la financiación del precio de compra y los arrendamientos financieros, son tratados como un contrato cumplido parcialmente (o un simple título), el vendedor que retiene la titularidad (el prestamista que financia el precio de compra y el arrendador financiero) tendrán unos derechos de rango superior a expensas de otros acreedores concurrentes en un procedimiento de insolvencia. El ejercicio de unos derechos de rango superior puede dar por resultado que algunas reorganizaciones no tengan éxito, lo que a su vez puede dar lugar a posibles pérdidas de puestos de trabajo y a que otros acreedores del patrimonio del insolvente no obtengan una recuperación mayor de sus créditos. Así pues, los Estados que consideren cómo tratar la retención de la titularidad, las garantías reales de la financiación del precio de compra, los arrendamientos financieros y otros mecanismos semejantes en un procedimiento de insolvencia deben examinar si las políticas estatales de promoción de la manufactura, el abastecimiento y la financiación de bienes de equipo o inventariados mediante el reforzamiento de los derechos de los vendedores que retienen la titularidad, los acreedores garantizados del precio de compra o los arrendadores financieros han de tener más peso o han de subordinarse a las políticas estatales favorables a los procedimientos de reorganización.

9. Conflicto de leyes

47. Tanto si la retención de la titularidad se considera un mecanismo de garantía como en caso contrario, la legislación aplicable a su creación, efectividad y prelación debe ser la del Estado en que estén localizados los bienes. Deben aplicarse normas diferentes a los bienes muebles, los bienes en tránsito y los bienes destinados a la exportación. Además, se necesita que una norma garantice el reconocimiento transfronterizo de estos derechos (véase el capítulo X de la Guía, Conflicto de leyes, en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.16/Add.1)[2].

---

[2] El artículo 4 de la Directiva 2000/35 CE de 29 de junio de 2000 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, obliga a los Estados miembros a reconocer la retención de la titularidad creada en otro Estado miembro de conformidad con el derecho internacional privado. Está admitido generalmente que la legislación aplicable es la *lex rei sitae*. Los artículos 5 (sobre los derechos *in rem*) y 7 (sobre la reserva de la titularidad) del Reglamento 1346/2000 del Consejo de la CE de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, se basan también en la *lex rei sitae*.

10. Transición

48. Las normas relativas al tratamiento de la retención de la titularidad como un mecanismo de garantía representarán un cambio significativo en los sistemas jurídicos que no cuenten con una legislación unitaria y funcional relativa a las operaciones garantizadas. El capítulo XI de la Guía (véase el documento A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.8) está dedicado a analizar las cuestiones que plantea la transición, con el fin de permitir que las partes se preparen para la aplicación de la nueva legislación y evitar cambios abruptos de los derechos de las partes en operaciones realizadas antes de la promulgación de la nueva legislación. En lo que respecta a los mecanismos de retención de la titularidad, este resultado se puede lograr si, de conformidad con las normas de transición aplicables a las operaciones que no estén destinadas a financiar el precio de compra, se mantiene frente a terceros la efectividad de la fecha anterior a la promulgación y la prelación de los mecanismos de retención de la titularidad si se ha hecho la anotación adecuada en el registro de operaciones garantizadas. Como alternativa, la legislación puede establecer una fecha de efectividad lo suficientemente alejada para abarcar el plazo de vigencia de la mayoría de los contratos de retención de la titularidad vigentes en el momento de la promulgación de la ley (por ejemplo, de 3 a 5 años).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: la Parte B, Recomendaciones, figura en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.17/Add.1*].

A/CN.9/WG.VI/WP.17/Add.1

Informe del Secretario General sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su séptimo período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

Párrafos

XII. Mecanismos de financiación de las compras . . . . . 1 - 14

B. Recomendaciones . . . . . 1 - 14

XII. Mecanismos de financiación de las compras

[*Nota para el Grupo de Trabajo: la Parte A. Observaciones Generales figura en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.17.*]

B. Recomendaciones

Finalidad

[...]

Equivalencia entre los mecanismos de [financiación de las compras] [financiación del precio de compra] y las garantías reales

1. El régimen debería tratar las garantías de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] resultantes de operaciones como las ventas mediante acuerdos de retención de la titularidad, los acuerdos de préstamo para la financiación del precio de compra y los arrendamientos financieros, como garantías reales mediante la inclusión de esas garantías en la definición de "garantías reales" y, de esa manera, aplicarles directamente las normas que regulan las garantías reales. Otra posibilidad sería que el régimen excluyera esas garantías (o algunas de ellas) de la definición de "garantías reales", pero les aplicara un régimen paralelo que fuese fundamentalmente idéntico a las normas que regulan las garantías reales. En cualquiera de los dos casos, se aplicarían las recomendaciones relativas a las garantías reales de [la adquisición] [la financiación del precio de compra], complementadas por las recomendaciones relativas a las garantías reales [sin adquisición] [sin financiación del precio de compra].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de reproducir en los demás capítulos de la Guía las recomendaciones detalladas presentadas en los párrafos siguientes. Otra posibilidad sería que esas recomendaciones se enunciaran en los demás capítulos de la Guía y se incorporaran en este capítulo mediante una remisión.*]

Constitución de garantías reales de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] entre las partes

2. El régimen debería disponer que el acuerdo por el que se constituye una garantía real de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] deberá demostrarse mediante un texto escrito, por ejemplo, una orden de compra, una factura, las condiciones generales de la operación o documentos similares. El texto escrito puede ser también una comunicación electrónica (véase el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y el párrafo 2 del artículo 9 del proyecto de convención sobre contratación electrónica, así como las recomendaciones 10 y 11 presentadas en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.16). No es necesario que el texto escrito vaya firmado por el comprador, el otorgante o el arrendatario financiero (que en esas recomendaciones se denominan "otorgante"), siempre que el vendedor, el prestamista que financia el precio de compra o el arrendador financiero (que en esas recomendaciones se denominan "financiador de la compra") pueda demostrar por otros medios (por ejemplo, la conducta observada) que el acuerdo ha sido aceptado por el otorgante.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de si, a fin de obviar la necesidad de una recomendación relativa a las garantías reales de la financiación del precio de compra* (*es decir, un concepto flexible de documento escrito no firmado) y de una recomendación diferente relativa a las garantías reales sin financiación del precio de compra (es decir, un concepto menos flexible de documento escrito no firmado (véanse las recomendaciones 10 y 11 presentadas en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.16)), la recomendación 2 supra se debe aplicar tanto a las garantías reales de la financiación del precio de compra como a las garantías reales sin financiación del precio de compra.*]

Eficacia de las garantías reales de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] frente a terceros

3. Como ocurre con las garantías reales en general, el régimen debería disponer que, para que una garantía real de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] sin desplazamiento de los bienes tenga validez frente a terceros, el financiador de la adquisición tenga que registrar una notificación que proteja su garantía en el correspondiente registro de operaciones garantizadas. En caso de que el financiador de las compras registre la notificación a más tardar [especifíquese un período breve, por ejemplo, de 20 a 30 días] después de la entrega de los bienes al otorgante, la garantía será válida también frente a terceros cuyos derechos hayan surgido entre el momento en que se constituyó la garantía real de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] y su registro. Si el financiador de la adquisición registra la notificación después de que haya expirado ese plazo, la garantía real de [la adquisición] [la financiación del precio de compras] será válida frente a terceros desde el momento en que se registre la notificación.

Excepciones

4. El régimen debería disponer que las siguientes garantías reales [de la adquisición] [de la financiación del precio de compra] sin desplazamiento sean válidas frente a terceros cuando se constituyan sin necesidad de registrarlas:

a) Las garantías reales [de la adquisición] [de la financiación del precio de compra] sobre bienes de consumo [, con excepción de los bienes de consumo por un valor superior a [especifíquese el valor]];

[b) Las garantías reales [de la adquisición] [de la financiación del precio de compra] sobre bienes distintos de las existencias y respecto de los cuales la obligación total adeudada por el otorgante al financiador de la adquisición con respecto a esa garantía real de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] y todas las demás garantías reales de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] constituidas dentro de un plazo de [especifíquese el plazo] sea inferior a [especifíquese el valor]; y

c) Las operaciones a corto plazo respecto de las cuales la obligación del otorgante sea satisfecha dentro de [especifíquese el plazo]].

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si la excepción relativa a los bienes de consumo y la excepción relativa a un valor bajo se deberían aplicar a las operaciones relacionadas con las existencias, teniendo en cuenta que los bienes de consumo no pueden constituir existencias para el otorgante y que las existencias no estarían normalmente comprendidas bajo la excepción relativa a un valor bajo. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si las excepciones relativas a las operaciones a corto plazo se deberían aplicar también a las operaciones relacionadas con las existencias. Asimismo, en caso de que decidiera establecer una excepción respecto de las operaciones a corto plazo o de valor bajo, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si el criterio que determina un plazo corto o un valor bajo debería incluirse en las recomendaciones o dejarlo para que sea abordado en las observaciones generales a título de ejemplo.*]

Prelación de las garantías reales de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] sobre las garantías reales [sin adquisición] [sin financiación del precio de compra] preexistentes sobre bienes futuros distintos de las existencias

5. En el caso de bienes distintos de las existencias, el régimen debería disponer que una garantía real de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] tenga prelación sobre una garantía real preexistente sobre los mismos bienes (incluso cuando se haya depositado en el registro de operaciones garantizadas una notificación relativa a la garantía real preexistente antes de que se haya registrado la garantía real de [la adquisición] [la financiación del precio de compra]) cuando: i) el financiador de la adquisición retenga la posesión de los bienes; ii) la notificación de la garantía real de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] haya sido registrada dentro de un plazo de [el mismo número de días especificado en la recomendación 3] después de la entrega de los bienes al otorgante; o iii) la garantía real de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] se haya hecho valer frente a terceros en el momento en que fue constituida con arreglo a la recomendación 4 (garantías reales de [la adquisición] [la financiación del precio de

compra] sin desplazamiento, respecto de las cuales no se exige el registro para que sean válidas frente a terceros).

Prelación de las garantías reales de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] sobre garantías reales [sin adquisición] [sin financiación del precio de compra] preexistentes sobre las existencias futuras

6. En el caso de las existencias, el régimen debería disponer que una garantía real de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] tenga prelación sobre una garantía real preexistente sobre las existencias del otorgante (incluso cuando esa garantía preexistente se haya hecho valer frente a terceros antes de que la garantía real de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] se haya hecho valer frente a terceros) cuando: i) el financiador de la adquisición retenga la posesión de los bienes; o ii) antes de la entrega de las existencias al otorgante, el financiador de la adquisición: a) ha registrado una notificación relativa a esa garantía en el correspondiente registro de operaciones garantizadas; y b) ha notificado por escrito al titular de la garantía real preexistente que el financiador de la adquisición tiene el propósito de concertar una o más operaciones con arreglo a las cuales esa persona gozará de una garantía real de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] de mayor rango respecto de las existencias adicionales del otorgante descritas en la notificación. La notificación a titulares de garantías reales preexistentes puede abarcar operaciones múltiples de [adquisición] [financiación del precio de compra] entre las mismas partes. Sin embargo, la notificación solo debería ser efectiva respecto de garantías reales de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] constituidas dentro de un plazo [especifíquese el plazo, por ejemplo, cinco años] después de que se haya dado la notificación.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se debería conceder un período de gracia para el registro de una garantía real de la financiación del precio de compra sobre las existencias (aunque no respecto de la notificación de financiadores de las existencias adquiridas sin financiación del precio de compra que figuren en el registro).*]

Garantías cruzadas

7. El régimen debería disponer que una garantía real de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] quede sujeta a las recomendaciones formuladas en el presente capítulo respecto de la eficacia frente a terceros y de la prelación, incluso cuando el financiador de la adquisición: i) tenga también sobre los bienes una garantía real que asegure las obligaciones del otorgante [cuando no hay adquisición] [cuando no hay financiación del precio de compra]; o ii) tenga sobre otros activos del otorgante una garantía real que asegure la obligación de pago relacionada con la garantía real de [la adquisición] [la financiación del precio de compra].

Prelación de las garantías reales de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] sobre el producto de las existencias

8. El régimen debería disponer que la prelación prevista en la recomendación 6 respecto de una garantía real de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] sobre las existencias frente a una garantía real preexistente sobre los mismos bienes no se aplique al producto de esas existencias. [*Nota para el Grupo de Trabajo: con respecto al producto de la financiación del precio de compra de*

bienes distintos de las existencias, se debería aplicar la recomendación relativa al producto cuando no haya financiación del precio de compra (véase la recomendación 41 formulada en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.16).]

Ejecución de la garantía

9. [Salvo lo previsto en la recomendación 10,] el régimen debería disponer que, en caso de incumplimiento por parte del otorgante, el financiador de la adquisición tenga derecho a recuperar la posesión de los bienes y disponer de ellos con sujeción a las mismas normas aplicables a las garantías reales en general.

10. [Si, tras el incumplimiento del otorgante, el financiador de la adquisición que tenga prelación sobre acreedores concurrentes con respecto a los bienes recupera la posesión de los bienes, el financiador de la adquisición no está bajo ninguna obligación de disponer de los bienes. Si el financiador de la adquisición no dispone de los bienes, esa persona no puede hacer valer ninguna otra reclamación contra el otorgante con respecto a la obligación asegurada por la garantía real de [la adquisición] [la financiación del precio de compra]. Si el financiador de la adquisición dispone de los bienes, esa persona tendrá derecho a conservar cualquier excedente que quede luego de haber aplicado a su reclamación contra el otorgante el producto de la disposición de los bienes, pero no podrá hacer valer ninguna otra reclamación en el caso de que después de esa aplicación quede un remanente que sobrepase el valor de la reclamación por daños y perjuicios debidos al incumplimiento de contrato.]

Insolvencia

11. [Salvo lo previsto en la recomendación 12,] el régimen debería disponer que, en caso de insolvencia del otorgante, el financiador de la adquisición tenga los mismos derechos y obligaciones que el titular de la garantía real.

12. [El administrador de la insolvencia del otorgante puede pagar el saldo pendiente del precio de compra y retener los bienes, vender el contrato a un tercero que pueda pagar el saldo pendiente del precio de compra y retener los bienes, o rechazar el contrato y devolver los bienes con sujeción al reembolso por parte del financiador de la adquisición del precio pagado por el otorgante tras deducir el valor del alquiler de los bienes mientras estaban en posesión del otorgante, el importe de la pérdida de valor de los bienes como consecuencia de su utilización por el otorgante o de daños determinados con arreglo a una fórmula similar.]

[Conflicto de leyes

[*Nota para el Grupo de Trabajo: las recomendaciones siguientes son las mismas que las recomendaciones formuladas respecto de las garantías reales sin financiación del precio de compra. Sin embargo, se incluyen aquí debido a ligeras modificaciones de la terminología. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la formulación de esas recomendaciones.*]

13. El régimen debería disponer que la constitución de una garantía entre las partes, su eficacia frente a terceros y su prelación sobre acreedores concurrentes de las garantías reales de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] se rijan por la ley del Estado en que están localizados los bienes, excepto con respecto a:

a) los bienes corporales del tipo ordinariamente utilizado en más de un Estado, en cuyo caso esas cuestiones se regirían por la ley del Estado en que esté domiciliado el otorgante;

b) los bienes en tránsito, con respecto a los cuales esas garantías podrán quedar también constituidas entre las partes y hacerse valer frente a terceros con arreglo a la ley del Estado de destino, siempre que los bienes hayan entrado a ese Estado dentro de determinado plazo especificado; y

c) los bienes de exportación, con respecto a los cuales esas garantías podrán también quedar constituidas entre las partes y hacerse valer frente a terceros con arreglo a la ley del Estado de destino si los bienes [entran al Estado de destino] [salen del Estado promulgante] dentro de un plazo especificado a partir del momento de la constitución de la garantía.

14. El régimen debería disponer también que las garantías reales de [la adquisición] [la financiación del precio de compra] constituidas entre las partes y que se hayan hecho valer frente a terceros con arreglo a la ley de un Estado distinto al Estado promulgante sean efectivas frente a terceros con arreglo a la ley del Estado promulgante por un período de [por determinar] días después de que el emplazamiento del otorgante o de los activos (según corresponda) haya sido cambiado al Estado promulgante. Si los requisitos del Estado promulgante para hacer valer esas garantías frente a terceros se cumplen antes de que concluya ese período, la eficacia frente a terceros adquirida en un Estado distinto del Estado promulgante continuará también posteriormente en el Estado promulgante.]

Transición

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de establecer un período de transición más prolongado o examinar otras excepciones a las normas de transición aplicables a las garantías reales sin financiación del precio de compra para que el nuevo régimen surta efecto respecto de las garantías reales de financiación del precio de compra.*]

A/CN.9/WG.VI/WP.18

G. Informe del Secretario General sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su séptimo período de sesiones

(A/CN.9/WG.VI/WP.18 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

Párrafos

XVI. Garantías reales sobre cuentas bancarias 1-60

A. Observaciones generales 1-60

1. Introducción 1-3

2. Datos comerciales básicos 4-5

3. Significado de los términos “cuenta bancaria” 6-16

4. Constitución de una garantía real 17-30

5. Eficacia de la garantía real frente a terceros 31-35

6. Prelación de la garantía real sobre los derechos de los acreedores concurrentes 36-45

7. Ejecución de la garantía real contra el otorgante 46-52

8. Derechos y obligaciones del banco depositario 53-60

XVI. Garantías reales sobre cuentas bancarias

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. Las garantías reales sobre los derechos de un depositante en una cuenta bancaria desempeñan un papel importante en diversas operaciones crediticias. La existencia de un régimen de operaciones garantizadas que reconozca la posibilidad de constituir derechos de garantía sobre cuentas bancarias y establezca normas claras sobre la constitución, la eficacia frente a terceros, la prelación y la ejecución de garantías reales sobre cuentas bancarias alentará la aplicación de unos tipos de interés más bajos en las operaciones en las que la constitución de un derecho de garantía sobre una cuenta bancaria sea un factor necesario o importante de la decisión del prestamista de conceder un crédito.

2. En el presente capítulo se abordan las cuestiones que plantean las garantías reales sobre el dinero en efectivo depositado en cuentas bancarias (que reflejan la existencia de un derecho del titular de la cuenta frente al banco depositario al reembolso del dinero). No se abordan las garantías reales sobre cuentas de valores.

3. En la parte A de este documento se examinan diversas cuestiones relativas a las garantías reales sobre cuentas bancarias. En la parte B se presentan las recomendaciones propuestas. Más en concreto, en la parte A.2 se ofrece alguna información básica sobre los tipos de operaciones crediticias en las que la constitución de una garantía real sobre una cuenta bancaria puede ser un elemento importante para facilitar una legislación sobre operaciones garantizadas que reconozca la posibilidad de constituir garantías reales sobre cuentas bancarias. Partiendo de estos antecedentes, en la parte A.3 se examina el significado de los términos "cuenta bancaria". En la parte A.4 se examinan algunas cuestiones que plantea la constitución de una garantía real sobre una cuenta bancaria; en la parte A.5 se aborda la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre una cuenta bancaria; y en la parte A.6 se examina la prelación de una garantía real sobre una cuenta bancaria frente a otros derechos concurrentes. En la parte A.7 del documento se abordan cuestiones relacionadas con la ejecución de una garantía real sobre una cuenta bancaria y en la parte A.8 cuestiones relacionadas con los derechos y obligaciones del banco depositario. Tras examinarse el régimen de la insolvencia en la parte A.9 y el conflicto de leyes en la parte A.10, se recogen en la parte A.11, antes de exponerse en la parte B las recomendaciones propuestas, algunas observaciones finales.

2. Datos comerciales básicos

4. El saldo positivo de una cuenta bancaria de un potencial prestatario puede constituir un activo importante y debe poder utilizarse, junto con otras propiedades, como un bien sobre el que puede constituirse una garantía real para facilitar la concesión de un crédito. En los Estados en los que puede constituirse tal garantía real cabe distinguir, de hecho, diversas operaciones crediticias comunes en las que la constitución de una garantía real sobre una cuenta bancaria es un elemento importante. Estas operaciones, entre las que puede mencionarse, sin limitarse a ellas, la financiación de operaciones de comercio exterior, préstamos basados en la disposición de bienes, préstamos sobre bienes raíces, financiación de proyectos, operaciones de titularización y operaciones de préstamo sobre derivados y valores, se verán facilitadas si existe un régimen de operaciones garantizadas que reconozca la posibilidad de constituir garantías reales sobre cuentas bancarias.

5. Como ejemplos de operaciones en las que la constitución de una garantía real sobre una cuenta bancaria es el factor fundamental para la concesión de un crédito cabe citar los siguientes:

a) Un otorgante puede pedir a un banco u otro prestamista que emita o negocie la emisión de una carta de crédito contingente, una garantía bancaria independiente o una caución en favor de otra parte con la que el otorgante tenga una relación contractual relacionada con la compra nacional o internacional de bienes corporales, la ejecución de un contrato de construcción o incluso el simple rescate de un pagaré o el cumplimiento de otra obligación monetaria. En tal caso, el otorgante tendrá la obligación de reembolsar al prestamista las sumas que éste haya librado al amparo de la carta de crédito contingente, la garantía bancaria

independiente o la caución. Para reducir el riesgo de pérdida en caso de que el otorgante no cumpla su obligación de reembolso, el prestamista puede exigirle también que garantice esa obligación reconociéndole una garantía real sobre una cuenta bancaria suya en la que estén depositados fondos suficientes para satisfacer la obligación máxima de reembolso que correspondería al prestamista si se viera obligado a pagar el monto total de la carta de crédito contingente, la garantía bancaria independiente o la caución;

b) El que la constitución de una garantía real sobre una cuenta bancaria frecuente sea un elemento fundamental de la estructura de una operación de préstamo basada en derivados o valores. Por ejemplo, el titular de unos valores puede "prestar" los valores de los que es propietario, previo acuerdo con el prestatario de que le devolverá esos valores, o unos valores del mismo tipo y en la misma cantidad, en una fecha cierta. La obligación del prestatario frente al prestamista muchas veces se asegurará mediante una garantía real sobre una cuenta bancaria del prestatario por una cuantía por lo menos igual a la de los valores que han de devolverse;

c) En algunos acuerdos de crédito se permite que el otorgante venda un bien gravado, por ejemplo, una pieza de equipo u otro activo fijo, por una cantidad en efectivo y que deposite los ingresos en efectivo en una cuenta bancaria. A partir de ese momento, se permite que el otorgante decida durante un plazo convenido (por ejemplo, 12 meses) si desea utilizar los fondos depositados en la cuenta bancaria para comprar un nuevo bien que quedará sujeto a una garantía real en favor del acreedor garantizado. Al final del período convenido, si los fondos no se han utilizado para comprar el nuevo bien, el otorgante habrá de utilizar los fondos depositados en la cuenta bancaria para reducir la obligación garantizada. El acreedor garantizado normalmente dispondrá de una garantía real sobre la cuenta bancaria durante el período comprendido entre la venta del bien original gravado y la utilización de los fondos para comprar un nuevo bien o para reducir la obligación garantizada;

d) Un prestamista puede conceder un crédito a una empresa que utiliza sus ingresos para pagar sus gastos corrientes de forma periódica antes de utilizar el saldo de sus ingresos para hacer frente a las obligaciones contraídas con el prestamista. La empresa puede ser una empresa inmobiliaria que, por ejemplo, puede ser propietaria de un edificio comercial que alquile espacios a arrendatarios, o una empresa del sector energético, como una planta de producción de energía eléctrica que suministre electricidad a sus clientes. El prestamista puede exigir, como condición para conceder el crédito, que el otorgante le reconozca una garantía real sobre una cuenta bancaria suya en la que se depositen los ingresos de la empresa. La documentación en que se base la financiación del edificio comercial o de la planta de energía eléctrica contendrá muchas veces una cláusula que repartirá en "cascada" los ingresos de la empresa depositados en la cuenta bancaria. En virtud de esa cláusula, aplicable salvo que el otorgante quiebre, se libran ciertas sumas de la cuenta bancaria para pagar gastos presupuestados, destinándose el saldo de los fondos a pagar los intereses y el principal de los préstamos obtenidos y generar reservas para necesidades futuras del edificio o de la planta. Las propias reservas se depositan muchas veces en una cuenta bancaria diferente sobre la que el acreedor tendrá una garantía real;

e) En una operación de financiamiento estructurado, se puede pedir a un tercero que actúe como agente o depositario que reciba los ingresos obtenidos de efectos por cobrar comprados por una empresa constituida para tal fin a la persona que ha emitido los efectos por cobrar y destinar los ingresos a pagar las obligaciones con los inversores después de haberse pagado algunos gastos determinados. La documentación de la operación de financiamiento estructurado puede contener una cláusula de repartición en "cascada" semejante a la descrita anteriormente al hacer referencia a la financiación de un edificio comercial o un proyecto concreto, pero normalmente será más sencilla, ya que la empresa constituida para ese fin específico no se dedicará directamente a realizar operaciones mercantiles. En cualquier caso, el agente o depositario normalmente recibirá una garantía real sobre todas las cuentas bancarias de la entidad específica;

f) La constitución de una garantía real sobre una cuenta bancaria puede tener importancia en una operación financiera basada en bienes, es decir, una operación crediticia en la que el acreedor garantizado considera que los bienes gravados sobre los que tiene una garantía real son el medio primario de que dispone para obtener el reembolso. Este caso se plantea especialmente cuando los bienes gravados se utilizan como capital de explotación, es decir, se ponen en "giro" y se transforman en efectivo en el curso ordinario de las actividades mercantiles del otorgante. Las existencias se pueden vender en el curso ordinario de las operaciones mercantiles del otorgante, creando efectos por cobrar que a su vez se traducen en pagos que se depositan en una cuenta bancaria. Para que el acreedor garantizado tenga una garantía real sobre el valor de los bienes gravados que sirvieron de base para sus negociaciones con el otorgante, querrá que se le pague inmediatamente con cargo a la cuenta bancaria o, como alternativa, querrá obtener una garantía sobre la cuenta bancaria en lugar de su garantía sobre las existencias vendidas o los efectos cobrados;

g) En los Estados que admiten la idea de que la garantía real abarca el producto obtenido de los bienes gravados, y en caso de que ese producto consista en dinero en efectivo depositado en una cuenta bancaria, el derecho de garantía del acreedor garantizado sobre el producto, que sustituye a su garantía sobre los bienes gravados originales, muchas veces abarcará la propia cuenta bancaria en la medida en que puedan identificarse esos resultados en el saldo de dicha cuenta. En los Estados que no admiten la idea de que la garantía real abarca el producto obtenido de los bienes gravados, el acreedor garantizado, si quiere obtener una garantía real sobre el producto que ha sustituido a los bienes gravados originales, tendrá que obtener una garantía real independiente sobre la cuenta bancaria en la que se haya depositado ese producto.

3. Significado de los términos "cuenta bancaria"

6. En este documento se utilizan los términos "cuenta bancaria" para designar una cuenta en la que el cliente del banco deposita fondos. La cuenta bancaria puede ser una cuenta corriente, una cuenta de depósito a plazo fijo o una cuenta de ahorro. Si la cuenta es de ahorro, la libreta puede servir, o no, de prueba.

La cuenta bancaria como crédito contra el banco

7. De hecho, una cuenta bancaria es un tipo especial de efecto por cobrar, es decir, un crédito del cliente contra el banco depositario por la suma depositada. En este sentido, el cliente es acreedor del banco, el banco es deudor del cliente y el

saldo crediticio representa el monto del derecho. La idea de que una cuenta bancaria es un simple derecho del cliente frente al banco depositario puede no ser compatible con la imagen generalizada de que una cuenta bancaria es una suma concreta de dinero que el banco conserva, en especie o de otro modo, en beneficio del cliente. Sin embargo, como los bancos utilizan el conjunto de los fondos depositados por sus clientes para hacer préstamos o realizar otras inversiones, ningún cliente puede identificar los fondos que ha depositado en la cuenta bancaria como una suma concreta de dinero en efectivo que tenga el banco, por no hablar de un préstamo o una inversión particular del banco. Por consiguiente, la descripción de la cuenta bancaria como un simple derecho es una calificación más exacta de una operación típica de este tipo.

Titularidad del derecho

8. Normalmente, el cliente del banco es el titular legal y el beneficiario de la cuenta bancaria, es decir, el titular legal y el beneficiario del derecho monetario frente al banco que deriva de la cuenta bancaria. Sin embargo, el cliente del banco puede tener en algunos casos la titularidad legal de la cuenta bancaria en calidad de depositario, agente o representante fiduciario de otro tipo de uno o más de los terceros beneficiarios.

Qué se entiende por "banco"

9. Qué tipo de persona jurídica es un "banco" es algo que varía de un Estado a otro. Además, el tipo de persona jurídica que puede ser un "banco" en virtud de una disposición o norma jurídica concreta de un Estado particular puede ser distinto del que derive de otras leyes o normas jurídicas de ese mismo Estado, dependiendo del alcance y finalidad de la ley o norma jurídica concreta de que se trate. No obstante, el término normalmente incluirá cualquier institución crediticia que acepte depósitos en efectivo de sus clientes.

Relación entre el banco y el cliente

10. La relación entre el cliente de un banco y el propio banco en lo que respecta a una cuenta bancaria normalmente está regulada por la legislación general (aunque algunos Estados tengan leyes especiales). Por lo general, esta legislación no forma parte de la legislación del Estado relativa a las operaciones garantizadas.

Diferencia entre una cuenta bancaria y un título negociable

11. La cuenta bancaria debe distinguirse de un título negociable emitido por un banco que refleje una obligación monetaria de ese banco con su cliente. Algunos bancos emiten notas o "certificados de depósito" que cumplen los requisitos de un título negociable según la legislación aplicable.

12. Las garantías reales sobre tales notas o certificados de depósito emitidos por los bancos se rigen por la parte de la legislación sobre operaciones garantizadas que regula las garantías reales sobre títulos negociables más que por la que regula las garantías reales sobre cuentas bancarias. No hay motivos para distinguir, en el marco de la legislación sobre operaciones garantizadas, los títulos negociables emitidos por los bancos de los emitidos por otras personas. Además, considerar que las notas y certificados de depósito negociables emitidos por los bancos son títulos negociables sometidos a la legislación sobre operaciones garantizadas responde a las expectativas comerciales. Las partes que manejan notas o certificados de

depósito negociables normalmente los tratan como títulos negociables y no como cuentas bancarias.

Diferencia entre una cuenta bancaria y una cuenta de valores

13. También debe distinguirse las cuentas bancarias de las cuentas de valores. Una cuenta bancaria es un derecho del cliente frente al banco depositario por el dinero depositado en la cuenta bancaria y acreditado por el banco en la cuenta del cliente, mientras que una cuenta de valores es un crédito del cliente contra el banco, un agente u otro intermediario a causa de los valores y otros activos financieros concretos que el intermediario tiene acreditados en sus libros en la cuenta del cliente. [*Nota para el Grupo de Trabajo: Es posible que el Grupo de Trabajo quiera adoptar el mismo planteamiento funcional que el del proyecto de convenio del Unidroit. De conformidad con el proyecto de convenio del Unidroit, "por `cuenta de valores´ se entenderá una cuenta mantenida por un intermediario en la que pueden anotarse valores como créditos o débitos", y por `valores´ se entenderá cualquier tipo de acciones, bonos u otros instrumentos o activos financieros transferibles (distintos de dinero en efectivo) o cualquier derecho real sobre los mismos".*] El cliente que dispone de una cuenta de valores normalmente tiene un crédito frente al intermediario por el monto de esos valores y demás activos financieros acreditados en dicha cuenta. Además, según la legislación de algunos Estados, el cliente tiene un derecho real porcentual sobre los valores y demás activos financieros específicos acreditados por el intermediario a todos sus clientes.

14. Si un banco que mantiene cuentas bancarias actúa también como intermediario que mantiene cuentas de valores, normalmente diferenciará las unas de las otras y utilizará dígitos o símbolos distintos. Sin embargo, a veces puede no ser evidente si el banco actúa como banco depositario con respecto a una cuenta bancaria o como intermediario con respecto a una cuenta de valores. Si el banco invierte en valores y otros activos financieros el dinero en efectivo depositado en la cuenta y anota en sus libros los valores y demás activos financieros asignándolos a la cuenta, es probable que se trate de una cuenta de valores más que de una cuenta bancaria. Sin embargo, aun en este caso es posible que la cuenta, en un momento determinado, sólo registre un saldo en efectivo y por lo tanto podrá alegarse que en ese momento es una cuenta bancaria más que una cuenta de valores.

15. Dada la dificultad que en algunos casos plantea determinar si una cuenta concreta en un banco es una cuenta bancaria o una cuenta de valores, puede ser importante que las normas que regulen las operaciones garantizadas establezcan una clara diferencia entre el efectivo y los valores, lo que permitirá a los participantes en el mercado determinar de antemano la serie de condiciones que han de cumplirse para obtener una garantía real. [Además, sería útil que las normas que regulen las cuentas bancarias y las cuentas de valores fueran sustancialmente idénticas y, de no ser así, que al menos estuvieran coordinadas, para que los acreedores garantizados puedan cumplir en general una serie básica de normas para asegurarse de que se ha constituido su garantía real, que ésta es eficaz frente a terceros, que tiene la prelación necesaria y que su cumplimiento puede ser exigido, independientemente de si la cuenta se considera una cuenta bancaria o una cuenta de valores.]

16. En lo que respecta a las normas jurídicas sustantivas que regulan las garantías reales sobre cuentas de valores cabe remitirse al proyecto de normas presentado en el *Study on Transactions on Transnational and Connected Capital Markets* (Study

LXXVIII) - *Securities Held with an intermediary* del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit). En lo que respecta a las normas sobre conflicto de leyes relativas a las garantías reales sobre valores, cabe remitirse al proyecto de convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario, preparado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

4. Constitución de una garantía real

17. Todo régimen de las operaciones garantizadas que regule las garantías reales sobre cuentas bancarias debe contener normas que permitan su constitución. Estos regímenes normalmente establecen varias condiciones que han de cumplirse para constituir una garantía real.

Obligación garantizada

18. Como ocurre con el resto de las garantías reales, las garantías reales sobre cuentas bancarias han de garantizar una obligación. Por ejemplo, un acreedor concede un crédito al otorgante y la garantía real sobre la cuenta bancaria asegura el cumplimiento de la obligación del otorgante de cumplir sus obligaciones crediticias.

Derechos sobre la cuenta bancaria

19. Otra condición, derivada del principio general de que el otorgante ha de tener algún derecho real sobre el bien gravado, es que el otorgante ha de ser el cliente del banco que es el titular de la cuenta bancaria o tener derechos suficientes sobre la cuenta bancaria para poder utilizarla como garantía real. En algunos casos, aunque el otorgante sea un cliente del banco es posible que no tenga derechos suficientes sobre la cuenta bancaria para constituir una garantía real sobre ella sin el consentimiento de otro cliente del banco. Por ejemplo, en el caso de que dos o más personas sean clientes conjuntos del banco puede ser que, en virtud de la legislación aplicable, ninguno de ellos tenga el derecho de constituir una garantía real sobre la cuenta bancaria sin el consentimiento de los demás clientes conjuntos.

Condiciones contrarias a la cesión

20. Si el acuerdo de apertura de la cuenta bancaria entre el banco y el cliente incluye la condición de que este último no puede constituir una garantía real ni ceder de otro modo sus derechos sobre la cuenta bancaria sin el consentimiento del banco depositario, puede ser necesario el consentimiento de éste para que el cliente pueda constituir una garantía real sobre la cuenta bancaria en favor del acreedor. Incluso en los Estados cuyas leyes tienen prelación sobre las cláusulas contrarias a la cesión de efectos comerciales por cobrar, esta prelación no puede llegar a anular el efecto de las cláusulas contrarias a la cesión que figuren en un acuerdo entre el cliente y el banco depositario con respecto a la cuenta bancaria (véanse el apartado f) del párrafo 2 del artículo 4 y el párrafo 3) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, en adelante, la "Convención sobre la cesión de créditos").

21. Sin embargo, puede ser aconsejable que no se reconozca efectividad a las cláusulas contrarias a la cesión más allá de su propósito manifiesto, que normalmente es proteger al banco depositario frente a la posibilidad de tener que tratar como cliente a un extraño o a un cesionario. Teniendo presente esta finalidad,

parece poco justificado aplicar la cláusula contraria a la cesión para impedir la constitución de la garantía real, ya que las leyes prevén que la constitución de la garantía real no genera ningún deber del banco depositario de reconocer al acreedor garantizado ni impone de otro modo obligaciones al banco depositario frente al acreedor garantizado sin su consentimiento.

Cuentas bancarias de consumidores

22. La legislación de un Estado concreto puede también prohibir, o someter a unas normas restrictivas especiales, el hecho de que un particular constituya una garantía real sobre una cuenta bancaria si ésta contiene fondos utilizados para fines personales, familiares o domésticos del otorgante, o si garantiza créditos concedidos al otorgante para tales fines.

23. Los Estados que promulguen leyes para regular las operaciones garantizadas deben considerar si un particular puede constituir una garantía real sobre una cuenta bancaria, y en qué medida, cuando los fondos depositados en la cuenta bancaria o el crédito obtenido se destinen a fines personales, familiares o domésticos del otorgante. El Estado debe considerar si la política de favorecer la disponibilidad de créditos a tipos de interés asequibles debe prevalecer o debe subordinarse a la política de proteger al particular frente a un endeudamiento irreflexivo y la posible pérdida de los fondos necesarios para mantenerse y sostener a su familia. Como planteamientos posibles cabe prohibir la constitución de esa garantía real, limitar el derecho a ciertos tipos de operaciones o exigir que la cuenta bancaria sea descrita de forma más específica en el acuerdo de garantía. El motivo que explicaría el requisito de que se describa la cuenta bancaria más específicamente en el acuerdo de garantía es informar mejor al otorgante de que se está constituyendo un derecho de garantía e indicar que el acreedor garantizado está efectivamente confiando en la cuenta bancaria como bien gravado al adoptar la decisión de conceder un crédito al otorgante.

Formalidades requeridas

24. Las leyes de un Estado pueden establecer requisitos de forma para probar que el otorgante tenía el propósito de constituir una garantía real sobre la cuenta bancaria. En algunos Estados puede bastar que el otorgante demuestre la constitución de una garantía real mediante un escrito firmado por él y entregado al acreedor garantizado. Otros Estados pueden exigir, por añadidura o como alternativa, que el banco depositario reciba un aviso de la constitución de la garantía real o reconozca su constitución, o acepte que seguirá las instrucciones del acreedor garantizado en lo que respecta a la cuenta bancaria sin ulterior consentimiento del otorgante. También es posible que el acreedor garantizado cumpla los requisitos de forma sustituyendo al otorgante como cliente del banco en lo que respecta a la cuenta bancaria.

25. En algunos Estados, los requisitos de forma pueden incluir la obligación de que se describa expresamente la cuenta bancaria en el escrito de constitución de la garantía real. En otros Estados, la cuenta bancaria puede ser descrita de forma más general. En los Estados que exigen, por añadidura o como alternativa, que el banco depositario reciba aviso de la constitución de la garantía real o la reconozca, o que acepte seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto a la cuenta bancaria sin ulterior consentimiento del otorgante, o que el acreedor garantizado sustituya al otorgante como cliente del banco en lo que respecta a la cuenta

bancaria, el requisito de una descripción expresa de la cuenta bancaria es inherente al requisito de aviso al banco depositario, o de reconocimiento o aceptación por éste, o a la sustitución del otorgante por el acreedor garantizado como cliente del banco en lo que respecta a la cuenta bancaria.

26. En virtud de las leyes de un Estado, puede haber circunstancias en las que un acreedor garantizado obtiene automáticamente una garantía real sobre una cuenta bancaria (por aplicación de las disposiciones de la ley o de términos y condiciones generales). En primer lugar, en algunos Estados el banco depositario que concede un crédito a un cliente obtiene automáticamente una garantía real sobre la cuenta bancaria del cliente que obra en su poder. En segundo lugar, en los Estados que aceptan la idea de una garantía real que abarca el producto de los bienes gravados, el acreedor garantizado que es titular de una garantía real sobre un bien puede obtener una garantía real automática sobre la cuenta bancaria en que se acredite el producto obtenido del bien gravado si se vende o se dispone de él, o se utiliza de otro modo.

27. Sin embargo, algunos Estados pueden considerar que cualquier posible garantía real del banco depositario sobre una cuenta bancaria que obre en su poder no es más que un derecho de resarcimiento o compensación y, por consiguiente, pueden no reconocer la garantía real como tal.

28. Al menos en lo que respecta a las formalidades, parece haber pocas razones para que un Estado requiera, como disposición de su legislación sobre operaciones garantizadas, unos requisitos de forma distintos si se trata de cuentas bancarias que si se trata de efectos por cobrar o de otros bienes gravados en general.

Cuentas bancarias operativas

29. En los ejemplos expuestos anteriormente no se distingue entre las operaciones en las que el otorgante retiene el derecho de retirar fondos de la cuenta bancaria emitiendo cheques o de otro modo y aquéllas en las que este derecho está restringido. En algunos Estados, la capacidad del otorgante de retirar fondos de la cuenta bancaria se puede considerar incompatible con la noción tradicional del Estado de que se produce una pignoración en virtud de la cual el acreedor garantizado tiene el equivalente de la posesión del bien gravado. Igualmente, podría considerarse que una cuenta bancaria de la que el otorgante puede retirar fondos no está suficientemente en posesión del acreedor garantizado como para permitir que se considere que se ha constituido sobre ella una garantía real.

30. En otros Estados, el otorgante puede constituir una garantía real incluso si tiene derecho a retirar fondos de la cuenta bancaria. En estos Estados, el derecho del acreedor garantizado de impedir que el otorgante retire fondos de la cuenta bancaria puede ser un recurso de que dispone el primero, gracias a la garantía real, en caso de que el otorgante no realice el pago o no cumpla la obligación garantizada. Sin embargo, el aplazamiento del ejercicio de ese recurso por el acreedor garantizado no es obstáculo para la constitución de la garantía real.

5. Eficacia de la garantía real frente a terceros

31. Como sucede con las garantías reales constituidas sobre otros tipos de bienes, la constitución de una garantía real sobre una cuenta bancaria es una cuestión distinta de la eficacia de ese derecho frente a terceros. En este sentido, todo régimen

sobre las operaciones garantizadas que reconozca la posibilidad de establecer garantías reales sobre cuentas bancarias debe determinar qué medidas adicionales puede ser necesario adoptar para que la garantía real, una vez constituida, sea eficaz frente a terceros.

32. En algunos Estados puede hacerse que una garantía real sobre una cuenta bancaria tenga eficacia frente a terceros si el acreedor garantizado hace una anotación u otro tipo de inscripción en el registro de garantías reales referente a la cuenta bancaria. En otros Estados, para que la garantía real tenga eficacia frente a terceros puede ser necesario que la cuenta bancaria se ceda al acreedor garantizado y se dé aviso al banco de la cesión, o éste la reconozca o acepte que seguirá las instrucciones del acreedor garantizado con respecto a la cuenta bancaria sin ulterior consentimiento del otorgante. También puede ser que una garantía real sobre una cuenta bancaria adquiera eficacia frente a terceros si el acreedor garantizado sustituye al otorgante como cliente del banco en lo que respecta a la cuenta bancaria.

33. Además, en virtud de las leyes de algunos Estados, si el acreedor garantizado es el propio banco depositario y se reconoce que la garantía real no consiste simplemente en el derecho de resarcimiento o compensación de éste, la garantía real puede tener automáticamente eficacia frente a terceros. Los Estados que permiten que una garantía real adquiera eficacia frente a terceros mediante su inscripción en el registro correspondiente permiten muchas veces que la garantía real del banco depositario sobre una cuenta bancaria que obre en su poder sea automáticamente eficaz frente a terceros sin necesidad de tal anotación. La justificación es que la mayoría de los terceros acreedores que consideren que la cuenta bancaria es un bien gravado presumirán en cualquier caso que el banco depositario tiene un derecho de resarcimiento o compensación que en gran parte es el equivalente económico de una garantía real y que probablemente tendrá un rango superior a una garantía real concurrente o a un derecho derivado de una sentencia judicial. Por supuesto, este derecho de resarcimiento o compensación no está condicionado a una anotación pública. En estas circunstancias, imponer al banco depositario el requisito de que haga una anotación en el registro para que su garantía real sea eficaz frente a terceros sólo ofrece la ventaja marginal, de tener alguna, de que informa a los terceros de que el banco depositario puede tener un derecho superior sobre la cuenta bancaria. Sin embargo, el costo que representa imponer un requisito de anotación al banco depositario puede ser importante, según el número de clientes de éste que constituyan garantías reales sobre las cuentas bancarias que obren en su poder.

34. Si un acreedor garantizado está facultado por la ley para dar instrucciones al banco depositario sobre la disposición de los fondos depositados en una cuenta bancaria sin ulterior consentimiento del otorgante, se considera que tiene el "control" de la cuenta bancaria (véase la definición en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1, apartado bb) del párrafo 17). Según esa definición, el acreedor garantizado tendrá el "control" si: i) él mismo es el banco depositario; ii) el banco depositario ha aceptado seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto a la cuenta bancaria sin ulterior consentimiento del otorgante (en el presente capítulo, el acuerdo en virtud del cual el banco depositario ha aceptado seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto a la cuenta bancaria sin ulterior consentimiento del otorgante se denomina "acuerdo de

control"); o iii) el acreedor garantizado es el cliente del banco a los efectos de la cuenta bancaria.

35. En algunos ordenamientos jurídicos, una garantía real sobre una cuenta bancaria tiene eficacia frente a terceros si el acreedor garantizado obtiene su control. Aun cuando un Estado establezca que una garantía real tendrá eficacia frente a terceros si se hace una anotación en un registro de garantías reales, muchas veces permitirá, como alternativa a la anotación, que la garantía real tenga eficacia frente a terceros si el acreedor garantizado obtiene el control de la cuenta bancaria. La justificación para hacerlo se entenderá mejor si se supone que las normas de prelación de ese Estado establecen que una garantía real que tiene eficacia frente a terceros debido a que el acreedor garantizado obtiene el control tiene prelación frente a otras garantías reales. Más adelante se examina la prelación obtenida mediante el control.

6. Prelación de la garantía real sobre los derechos de los acreedores concurrentes

36. La legislación, además de contener normas que regulen la constitución de garantías reales sobre cuentas bancarias y la eficacia de esas garantías frente a terceros, debe establecer normas de prelación, es decir, normas para ordenar jerárquicamente las reclamaciones del acreedor garantizado y los demás acreedores concurrentes con respecto a la cuenta bancaria.

Normas generales de prelación basadas en el orden de inscripción

37. En los Estados en los que el acreedor garantizado puede hacer que una garantía real sobre una cuenta bancaria tenga eficacia frente a terceros mediante una anotación en un registro de garantías reales que abarque esa cuenta bancaria, una vez hecha la anotación, la garantía normalmente tendrá prelación sobre los derechos de los acreedores garantizados concurrentes que reclamen con posterioridad su prelación haciendo una anotación semejante que abarque la cuenta bancaria, sobre los derechos de un acreedor del otorgante que obtenga con posterioridad un derecho sobre la cuenta bancaria por sentencia judicial o sobre los derechos del administrador de la insolvencia del otorgante, en caso de que se inicie con posterioridad un procedimiento de insolvencia contra dicho otorgante o en caso de que sea él mismo quien lo inicie.

38. Igualmente, en los Estados en los que, para que la garantía real tenga eficacia frente a terceros, es necesario que la cuenta bancaria sea cedida al acreedor garantizado y que el banco reciba aviso o reconozca la cesión, o que acepte que seguirá las instrucciones del acreedor garantizado con respecto a la cuenta bancaria sin ulterior consentimiento del otorgante, o que el acreedor garantizado sustituya al otorgante como cliente del banco con respecto a la cuenta bancaria, una vez que se haya dado el aviso o se haya obtenido el reconocimiento o la aceptación del banco, o una vez que el acreedor garantizado se haya convertido en el cliente del banco con respecto a la cuenta bancaria, la garantía real normalmente tendrá prelación sobre los derechos de los acreedores garantizados concurrentes que intenten obtener con posterioridad la prelación dando tal aviso u obteniendo del banco ese reconocimiento o aceptación, o de un acreedor del otorgante que obtenga con posterioridad un derecho sobre la cuenta bancaria por medio de una sentencia judicial o del administrador de la insolvencia del otorgante, en caso de que se inicie con posterioridad un procedimiento de insolvencia contra el otorgante o de que éste

lo inicie (si el primer acreedor garantizado ha obtenido la prelación convirtiéndose en cliente del banco con respecto a la cuenta bancaria, cabe suponer que un posterior acreedor garantizado no podrá recurrir a este método para obtener la prelación).

39. En muchos ordenamientos jurídicos puede haber circunstancias en las que la garantía real sobre una cuenta bancaria constituida automáticamente también tenga prelación automáticamente. En los Estados en los que el banco depositario obtiene automáticamente una garantía real sobre las cuentas bancarias que obran en su poder, la garantía real puede tener una prelación automática sobre otros derechos concurrentes. En los Estados que reconocen el concepto de que la garantía real abarca el producto de los bienes gravados, el derecho de un acreedor garantizado sobre una cuenta bancaria que derive de su derecho sobre el producto puede tener automáticamente prelación sobre algunos derechos concurrentes, como los de un acreedor cuyo derecho derive de una sentencia judicial o que tenga una garantía real de rango inferior sobre el bien gravado original.

Excepciones a las normas generales de prelación basadas en el orden de inscripción

40. Si bien las controversias a que puede dar lugar la prelación de una garantía real se resuelven, por lo general, sobre la base de la norma del "orden de inscripción", esta norma puede no ser siempre adecuada si se trata de una garantía real sobre una cuenta bancaria. Así ocurre, en particular, cuando es posible que una garantía real sobre una cuenta bancaria sea eficaz frente a terceros por un método como el de la anotación en un registro de garantías reales, que no exija el consentimiento ni participación alguna del banco depositario.

41. Hay muchas partes que pueden estar relacionadas con la cuenta bancaria o los fondos depositados en ella. En diversas operaciones, en especial aquellas en las que intervienen acuerdos de recompra, préstamos de valores y derivados, las partes actúan rápidamente, en algunos casos día a día. No es habitual ni eficaz exigir a las partes que inscriban un aviso o hagan otra anotación en un registro de garantías reales antes de realizar esas operaciones. Tampoco se debe obligar a las partes a aceptar la carga de buscar en un registro de garantías reales o de hacer otras indagaciones sobre posibles acreedores garantizados antes de realizar una operación relacionada con una cuenta bancaria.

42. De hecho, en algunos Estados puede suceder que una garantía real que el acreedor garantizado ha hecho eficaz frente a terceros mediante una anotación u otra inscripción en un registro de garantías reales tenga un rango inferior a otra que haya sido notificada al banco o que éste haya admitido, o en relación con la cual el banco ha aceptado seguir las instrucciones del acreedor garantizado sin ulterior consentimiento del otorgante o el acreedor garantizado ha sustituido al otorgante como cliente del banco en lo que respecta a la cuenta bancaria. Igualmente, en los Estados que reconocen la prelación de una garantía real sobre una cuenta bancaria por ser el producto de otros bienes, la garantía real sobre el producto puede tener un rango inferior a otra que haya sido notificada al banco o que éste haya admitido, o respecto de la cual el banco haya aceptado seguir las instrucciones del acreedor garantizado sin ulterior consentimiento del otorgante o el acreedor garantizado se haya convertido en cliente del banco en lo que respecta a la cuenta. En estos casos puede no aplicarse la norma de prelación basada en el orden de inscripción. Una

garantía real que adquiere eficacia frente a terceros sobre la base de ser "la primera" puede ceder la prelación a una garantía real posterior si el banco ha sido notificado de la garantía real posterior o la ha admitido, o ha aceptado seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto a la cuenta bancaria sin ulterior consentimiento del otorgante, o si el acreedor garantizado se ha convertido en cliente del banco en lo que respecta a la cuenta bancaria, después de que la primera garantía real haya adquirido eficacia frente a terceros.

43. De hecho, en los Estados en los que el banco depositario automáticamente tiene una garantía real sobre las cuentas bancarias que obran en su poder, su garantía puede tener prelación sobre todas las demás garantías reales tanto si éstas han adquirido eficacia frente a terceros por el orden de inscripción como en caso contrario, salvo que el banco depositario acuerde otra cosa.

44. En estas circunstancias, reconocer al banco depositario la prelación parece justificado en la práctica. La prelación reconocida al acreedor garantizado que también sea el banco depositario es compatible con los derechos superiores de resarcimiento y compensación de los que normalmente disfruta el banco depositario. Si el acreedor garantizado no es el banco depositario y confía en su garantía real sobre la cuenta bancaria, en la práctica querrá o bien convertirse en cliente del banco con respecto a la cuenta bancaria o concertar un acuerdo de control o acuerdo similar con el banco depositario para hacer valer su garantía real de forma que, en caso de insolvencia del otorgante, el banco depositario esté obligado a entregarle los fondos depositados en la cuenta. También querrá que el acuerdo contenga una cláusula de subordinación en virtud de la cual, si el banco depositario pretende tener una garantía real sobre la cuenta bancaria o tiene un derecho de resarcimiento o compensación, esta garantía real o este derecho de resarcimiento o compensación del banco depositario tendrá, en la mayoría de los casos, un rango inferior a la garantía real del acreedor garantizado tercero. Si el acreedor garantizado se ha convertido en cliente del banco en lo que respecta a la cuenta bancaria, el banco depositario puede que no tenga, a partir de ese momento, derecho a compensar con los fondos de la cuenta bancaria las obligaciones que el otorgante tenga con él. Ello se debe a que las obligaciones mutuas de las partes (el otorgante y el banco depositario), que se debían dinero la una a la otra, y que la legislación aplicable exige normalmente que se compensen, ya no existen.

Beneficiarios de las transferencias de fondos de la cuenta bancaria

45. Por supuesto, la norma de prelación por el orden de inscripción tiene todavía menos justificación si se trata de beneficiarios de las transferencias de fondos de la cuenta bancaria, por ejemplo, una persona que cobra un cheque con cargo a la cuenta bancaria o un receptor de una transferencia de fondos. En los Estados en los que el otorgante puede retirar fondos de la cuenta bancaria sobre la que el acreedor garantizado tiene una garantía real, los beneficiarios de las transferencias de esos fondos normalmente los reciben independientemente de que se haya constituido una garantía real sobre la cuenta bancaria, lo que incluye, en los Estados que reconocen el concepto de producto, una garantía real sobre los fondos que sean el producto de otros bienes. En caso contrario, la legislación sobre operaciones garantizadas de ese Estado colisionaría indebidamente con la legislación sobre títulos negociables o menoscabaría la posibilidad de negociar transferencias de dinero, cheques o créditos entre bancos y otras personas.

7. Ejecución de la garantía real contra el otorgante

46. Todo régimen de las operaciones garantizadas que reconozca la posibilidad de constituir garantías reales sobre cuentas bancarias debe establecer unas normas jurídicas claras sobre la forma de ejecutarlas con eficiencia.

Ejecución en general

47. Si un acreedor garantizado tiene una garantía real sobre una cuenta bancaria y el otorgante ha incumplido su obligación, el primero está facultado a ejecutar la garantía. En este contexto, la ejecución normalmente consiste en que el acreedor garantizado obtiene del banco depositario los fondos acreditados en la cuenta bancaria y utiliza estos fondos para satisfacer la obligación garantizada. En caso de que el acreedor garantizado sea el banco depositario o el cliente del banco depositario en lo que respecta a la cuenta bancaria, podrá sencillamente pedir el saldo disponible en la cuenta bancaria hasta el límite necesario para cumplir la obligación garantizada.

Necesidad de recurrir a un procedimiento judicial o a la supervisión por un tribunal

48. Al igual que con respecto a otros tipos de bienes sobre los que puede constituirse una garantía real, el régimen de las operaciones garantizadas ha de determinar en qué medida la ejecución de la garantía real puede realizarse sin recurrir a un procedimiento judicial o sin otro tipo de supervisión por un tribunal. El requisito de que el acreedor garantizado recurra a un procedimiento judicial o actúe bajo supervisión de un tribunal para ejecutar su garantía real aumenta los gastos y el tiempo necesario para la ejecución, lo que a su vez hace que aumente el costo de los créditos, tanto para los deudores que incumplen sus obligaciones crediticias como para los que no lo hacen. Por otra parte, el requisito de que el acreedor garantizado recurra a un procedimiento judicial o actúe bajo supervisión de un tribunal para ejecutar su garantía real puede ser necesario si se plantea de buena fe un conflicto sobre el derecho del acreedor garantizado a ejecutar su garantía real, si hay una amenaza para el orden público o si hay una clara posibilidad de que el acreedor garantizado cometa un abuso.

49. Poco se justificaría, al parecer, que un Estado exigiera al acreedor garantizado recurrir a un procedimiento judicial o actuar bajo supervisión de un tribunal para ejecutar su garantía real sobre una cuenta bancaria, especialmente en tres casos. El primero sería cuando el propio banco depositario fuera el acreedor garantizado. En este caso, no parece conveniente exigir que el acreedor garantizado recurra a un procedimiento judicial o actúe bajo supervisión de un tribunal para compensar un crédito que deba a su cliente con otro que éste le deba a él. Así sucede, en particular, si el acreedor garantizado, en tanto que banco depositario, dispone también, según las leyes del Estado, de un derecho de resarcimiento o compensación que pueda ejercer como banco depositario sin recurrir a un procedimiento judicial o a la supervisión de un tribunal. El ejercicio del derecho de resarcimiento o compensación produce, en gran medida, el mismo resultado económico que la ejecución de una garantía real. No parece tener mucho sentido exigir que se recurra a un procedimiento judicial o a la supervisión de un tribunal en un caso y no en el otro.

50. El segundo caso se plantea cuando el banco depositario ha convenido ya, mediante contrato con el acreedor garantizado y el otorgante, transferir los fondos de la cuenta bancaria al acreedor garantizado atendiendo a las instrucciones de éste y sin necesidad de ulterior consentimiento del otorgante. En este caso, puesto que el contrato fue negociado expresamente con el otorgante y el banco depositario, la necesidad de recurrir a un procedimiento judicial o a la supervisión de un tribunal aparentemente sería superflua, en la medida en que el acuerdo del otorgante está plasmado en un contrato vinculante.

51. El tercer caso se plantea cuando el acreedor garantizado ha sustituido al otorgante como cliente del banco depositario en lo que respecta a la cuenta bancaria. En este caso tampoco parece haber necesidad de procedimiento judicial ni supervisión de un tribunal, puesto que el acreedor garantizado ya tiene derecho a manejar la cuenta bancaria como cliente del banco.

52. Quizá se justifique más exigir, en algunas circunstancias, que un acreedor garantizado recurra a un procedimiento judicial o actúe bajo supervisión de un tribunal para ejecutar su garantía real sobre una cuenta bancaria si el crédito concedido o la propia cuenta bancaria tenían por finalidad satisfacer fines personales, familiares o domésticos de un particular. Aun así, no parece acertado exigir que se recurra a un procedimiento judicial o a la supervisión de un tribunal para ejecutar la garantía real si el banco depositario es el acreedor garantizado y en cualquier caso tendría derecho de resarcimiento o compensación.

8. Derechos y obligaciones del banco depositario

53. Toda vía de ejecución de una garantía sobre una cuenta bancaria utilizada por un acreedor garantizado que no sea el banco depositario plantea problemas con respecto a los derechos y obligaciones de este último cuando el acreedor garantizado no haya recurrido a un procedimiento judicial ni a la supervisión judicial de la ejecución, ni se haya dictado una orden judicial en que se enuncien esos derechos y obligaciones. Todo régimen de las operaciones garantizadas que reconozca las garantías reales constituidas sobre cuentas bancarias debe comprender normas jurídicas claras en las que se establezcan los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a la garantía.

54. Si bien cabe aducir que el tema de los derechos y obligaciones del banco depositario es, en gran parte, una cuestión de prelación, puede resultar útil examinarlo más a fondo para demostrar la importancia de abordarlo desde el punto de vista de la constitución de la garantía, de su validez frente a terceros, de la prelación y de la vía ejecutoria, aunque esos aspectos se hayan examinado anteriormente. Eso se debe al papel singular que desempeña el banco depositario en su calidad de deudor de su cliente en lo que respecta a la cuenta bancaria.

Contraposición con los derechos y obligaciones del deudor en el caso de los créditos comerciales

55. En realidad, para determinar los derechos y obligaciones del banco depositario en lo que concierne a la cuenta bancaria, cuando no exista una orden judicial que lo haga, es importante distinguirlos de los derechos y obligaciones del deudor en el caso de un crédito comercial. En este último caso la garantía será eficaz frente al deudor aunque el contrato original por el que se concedió el crédito contenga una

cláusula en la que se limite la cesión de éste (véase el artículo 9 de la Convención sobre la Cesión de Créditos). Además, el acreedor garantizado suele estar facultado para dar al deudor las instrucciones de pago (véase el párrafo 1 del artículo 13 de la Convención sobre la Cesión de Créditos) y en ese caso el deudor únicamente puede liberarse de su obligación efectuando el pago al acreedor garantizado (véase el artículo 17 de la Convención sobre la Cesión de Créditos).

56. No obstante, si el deudor es el banco depositario, puede no estar sujeto necesariamente a las mismas normas en virtud de la legislación de un Estado (véase el apartado f) del párrafo 2 del artículo 4 de la Convención sobre la Cesión de Créditos). En cambio, en determinadas circunstancias el banco depositario puede tener cierto derecho, y tal vez esté escasamente obligado, o no lo esté en absoluto, a aceptar o rechazar la constitución, la prelación o la ejecución de una garantía real sobre una cuenta bancaria.

Consentimiento del banco depositario con respecto a la constitución, la eficacia frente a terceros y la prelación de la garantía real

57. Como se explicó anteriormente, en algunos ordenamientos jurídicos se exige el consentimiento u otra manifestación de voluntad del banco depositario para constituir una garantía real sobre una cuenta bancaria y para hacer que esa garantía sea eficaz frente a terceros o goce de prelación.

a) Puede exigirse el consentimiento del banco para constituir una garantía sobre una cuenta bancaria cuando el acuerdo de apertura de la cuenta concertado con el banco contenga una cláusula por la que se restrinja el derecho de constituir garantía sin su consentimiento. También puede ocurrir que se exija que el banco reconozca la garantía o el acuerdo con el acreedor garantizado para que se pueda constituir la garantía aunque el acuerdo de apertura de la cuenta no contenga una cláusula restrictiva;

b) En otros ordenamientos jurídicos puede exigirse que el banco manifieste su voluntad reconociendo la garantía o el acuerdo con el acreedor garantizado para que la garantía sea eficaz frente a terceros;

c) Puede exigirse que el banco manifieste su voluntad reconociendo la garantía o el acuerdo con el acreedor garantizado para que la garantía de éste tenga prelación frente a toda otra garantía constituida sobre la cuenta bancaria en favor del propio banco depositario.

Ejecución de la garantía contra el banco depositario

58. Por otra parte, en determinadas circunstancias puede exigirse el consentimiento del banco para que el acreedor garantizado ejecute la garantía.

59. En los Estados en que las garantías reales constituidas sobre las cuentas bancarias adquieren eficacia frente a los terceros después de haber sido notificadas o inscritas de alguna otra forma en el registro correspondiente, o por medio de la notificación de la cesión al banco depositario o de su reconocimiento por parte de éste, la inscripción, la notificación o el reconocimiento pueden imponer o no al banco depositario la obligación de cumplir las instrucciones que le dé el acreedor garantizado en lo que respecta a los fondos depositados en la cuenta cuando proceda a ejecutar la garantía. Si en determinado ordenamiento jurídico no se impone esa obligación al banco depositario, al ejecutarse la garantía, el derecho del acreedor

garantizado a los fondos depositados en la cuenta con frecuencia dependerá de que el cliente haya pedido al banco depositario que siga las instrucciones del acreedor garantizado con respecto a los fondos, o de que el banco haya convenido con este último en hacerlo.

60. A falta de esas instrucciones o de ese acuerdo, el acreedor garantizado puede verse obligado a ejecutar la garantía recurriendo a un procedimiento judicial para obtener una orden en que se exija al banco depositario que le entregue los fondos.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El resto de la sección 8 y las secciones 9 a 11 de la parte A. Observaciones generales, y la parte B, Recomendaciones, figuran en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.18/Add.1*.]

A/CN.9/WG.VI/WP.18/Add.1

Informe del Secretario General sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su séptimo período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
XVI.	Garantías reales sobre cuentas bancarias	61-80
A.	Observaciones generales (continuación)	61-80
8.	Derechos y obligaciones del banco depositario (continuación)	61-67
9.	Relación con el régimen de la insolvencia	68-70
10.	Conflicto de leyes	71-79
11.	Conclusión	80
B.	Recomendaciones	81-89

XVI. Garantías reales sobre cuentas bancarias

A. Observaciones generales (continuación)

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Las secciones 1 a 7 y el principio de la sección 8 de la parte A. Observaciones generales, figuran en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.18*.]

8. Derechos y obligaciones del banco depositario (continuación)

Otros derechos y obligaciones del banco depositario

61. Cuando el acreedor garantizado no sea el cliente del banco depositario con respecto a la cuenta en cuestión y se requiera el consentimiento del banco para poder constituir una garantía sobre la cuenta, para que ésta sea eficaz frente a terceros o tenga prelación, o para que el acreedor garantizado la ejecute, el banco puede no estar obligado por la ley aplicable a dar su consentimiento.

62. Aun cuando el acreedor garantizado pueda ejecutar la garantía contra el banco, éste puede tener derecho de resarcimiento o compensación con cargo a los fondos de la cuenta, fondos estos que de otro modo podría reclamar el acreedor garantizado en virtud de las obligaciones contraídas por el otorgante con el banco. En realidad, el derecho del acreedor garantizado a los fondos de la cuenta siempre puede estar subordinado al derecho de resarcimiento o compensación del banco, a menos que el propio banco haya convenido lo contrario.

63. Por otra parte, en algunos ordenamientos jurídicos el banco depositario puede no tener la obligación de reorganizar su prelación favorable contractualmente subordinando su derecho de resarcimiento o compensación, o subordinando toda garantía real que pueda obtener automáticamente sobre la cuenta, en su calidad de banco depositario, a la garantía real de otro acreedor del otorgante.

64. Naturalmente, si bien para facilitar la constitución, la eficacia frente a terceros, la prelación y la ejecución de una garantía real sobre una cuenta bancaria el acreedor garantizado esté dispuesto a pasar a ser el cliente del banco depositario con respecto a esa cuenta, el banco puede no estar obligado a aceptarlo como cliente.

Razones para no imponer obligaciones al banco depositario sin su consentimiento

65. Si bien puede parecer injustificado que el régimen de las operaciones garantizadas no imponga diversas obligaciones al banco depositario con respecto a la garantía real sin su consentimiento, el hecho de imponerle obligaciones de esa índole con carácter de norma jurídica rígida puede exponerle a riesgos indebidos que no esté en condiciones de asumir sin contar con las salvaguardias apropiadas.

a) El banco depositario corre graves riesgos operacionales, ya que continuamente se debitan o acreditan fondos en las cuentas y los créditos suelen ser provisionales y algunas veces entrañan otras operaciones con sus clientes;

b) Esos riesgos se ven agravados por el riesgo jurídico de que el depositario no respete las leyes relativas a los títulos negociables y las transferencias telegráficas y demás normas que rijan los sistemas de pagos en sus operaciones ordinarias, así como por el riesgo de que no cumpla ciertas obligaciones impuestas por otras leyes, como las relativas a preservar el carácter confidencial de sus tratos con sus clientes;

c) Además, por lo general el banco depositario ha de asumir los riesgos emanados de las leyes y reglamentaciones internas encaminadas a garantizar su seguridad y su solvencia;

d) El banco depositario también ha de asumir el riesgo que entraña para su reputación la elección de clientes con los que efectuará operaciones.

66. Habida cuenta de los riesgos a que hace frente el banco depositario y a la necesidad de que aplique y conserve salvaguardias apropiadas con ese fin, se puede muy bien comprender y justificar que únicamente se le impongan obligaciones con su consentimiento.

67. La experiencia de los Estados en que se requiere el consentimiento del banco depositario para imponerle esas obligaciones ha demostrado que las partes suelen negociar acuerdos satisfactorios en virtud de los cuales el banco está en condiciones de asumir los riesgos que entrañan la operación y el cliente de que se trate.

9. Relación con el régimen de la insolvencia

68. Todo régimen de las operaciones garantizadas que reconozca las garantías reales constituidas sobre cuentas bancarias debe comprender normas que lo vinculen al régimen interno de la insolvencia.

69. El acreedor que tenga un derecho de garantía sobre una cuenta bancaria normalmente se ha de regir por las normas aplicables al procedimiento de insolvencia del otorgante. Por ejemplo, deberá regirse por las normas relativas a toda suspensión de la ejecución contra éste, a toda cesión preferencial o fraudulenta y demás normas de esa clase. En determinadas circunstancias, aunque la garantía del acreedor sea eficaz frente a los terceros y tenga prelación, el administrador de la insolvencia puede estar facultado para retirar fondos de la cuenta con objeto de utilizarlos en el procedimiento de insolvencia, siempre y cuando se otorgue al acreedor garantizado un derecho de garantía sobre otros bienes de igual valor o se preserve el valor de su garantía de otra manera.

70. Aunque por alguna razón el tribunal de la insolvencia no ejerza jurisdicción sobre el acreedor garantizado, en la práctica éste puede encontrarse sujeto a las normas aplicables al procedimiento de insolvencia del otorgante si el tribunal de la insolvencia ejerce jurisdicción sobre el banco depositario y, con arreglo al régimen de la insolvencia, éste no puede seguir las instrucciones del acreedor garantizado con respecto a los fondos de la cuenta sin la autorización del administrador o del tribunal de la insolvencia.

10. Conflicto de leyes

71. Todo ordenamiento jurídico que reconozca las garantías reales constituidas sobre cuentas bancarias debe comprender normas claras que aborden las cuestiones relacionadas con el conflicto de leyes que pueda surgir al respecto.

72. Los Estados han adoptado diferentes criterios para abordar las cuestiones relativas al conflicto de leyes en materia de garantías reales sobre cuentas bancarias. En algunos ordenamientos jurídicos todas esas cuestiones son de competencia del Estado en que está situado el otorgante, que normalmente es aquel en que se ejerce la administración central del otorgante o en que éste tiene su residencia habitual (véase el apartado h) del artículo 5 de la Convención sobre la Cesión de Créditos).

73. En otros ordenamientos jurídicos, todas esas cuestiones son de competencia del Estado en que está situado el banco depositario, que normalmente es aquel en que tiene su establecimiento, o si tiene establecimientos en más de un Estado, aquel que esté más estrechamente relacionado con la operación garantizada. Es posible, no obstante, que la legislación de un Estado permita que el otorgante y el banco designen el Estado en que se considerará ubicado este último a efectos del régimen aplicable a sus operaciones garantizadas.

74. Unos pocos Estados adoptan un doble criterio según el cual las cuestiones relativas a la eficacia y la ejecución de la garantía real frente al otorgante pueden regirse por la legislación del Estado en que está situado el otorgante o, en su caso, por la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado que regulen el contrato por el que se constituyó la garantía real. A su vez, las cuestiones relativas a la eficacia de la garantía real frente a terceros y a su prelación, en la medida en que no se requiera el reconocimiento, el consentimiento ni el acuerdo del banco depositario, ni el acreedor garantizado pase a ser cliente de éste con respecto a la cuenta, pueden regirse por la legislación del Estado en que está situado el otorgante. Sin embargo, en virtud de ese doble criterio, las cuestiones relativas a la eficacia de la garantía real frente a terceros o a su prelación para las que se requiera el reconocimiento, consentimiento o acuerdo del banco depositario o que el acreedor

garantizado pase a ser cliente de éste con respecto a la cuenta en cuestión, o relativas a los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a la garantía, pueden regirse por la legislación del Estado en que esté situado el banco depositario o del Estado que rija el acuerdo de apertura de la cuenta concertado entre el otorgante y el banco.

75. En el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario (el "Convenio de La Haya") se sugiere otro criterio. En ese Convenio, las cuestiones relativas a la prelación de la garantía constituida sobre una cuenta de valores y a los derechos y obligaciones del intermediario con respecto a la cuenta son de competencia del Estado cuyas leyes regulan el acuerdo concertado entre el otorgante y el intermediario por el que se ha establecido la cuenta de valores.

76. Como algunas veces es difícil determinar si una cuenta que obra en poder de un banco es una cuenta bancaria o una cuenta de valores, lo más lógico parecería ser que las normas sobre conflicto de leyes relativas a las garantías reales constituidas sobre cuentas bancarias fuesen compatibles, en la medida de lo posible, con las relativas a las garantías reales sobre las cuentas de valores. En consecuencia, parece apropiado y justificable tener en cuenta las normas del Convenio de La Haya, es decir, que las cuestiones relativas a la eficacia frente a terceros de la garantía real sobre una cuenta bancaria, la prelación de la garantía real, los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a la cuenta y la ejecución de la garantía real sean de competencia del Estado cuyas leyes regulen el acuerdo de apertura de la cuenta concertado con el banco. Ese criterio, a efectos de determinar la eficacia frente a terceros y la prelación de una garantía real sobre una cuenta bancaria y los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a la garantía, esencialmente tiene el mismo efecto que tendría en virtud de la legislación que permita que el otorgante y el banco depositario designen el Estado en que este último se considerará situado a efectos del régimen aplicable a sus operaciones garantizadas.

77. Otra razón de índole normativa para remitirse a la ley que regule el acuerdo de apertura de la cuenta bancaria es que el prestamista que conceda un crédito sobre la base de una garantía real constituida sobre una cuenta bancaria será consciente de que el valor de esa cuenta como bien gravado no solo depende de que la garantía sea eficaz frente al otorgante y a los terceros, sino también del valor intrínseco de la cuenta, que dependerá, en gran parte, de que el banco en que esté radicada la cuenta disminuya el valor de ésta utilizando el saldo para ejercer su derecho de compensación frente al otorgante. Así pues, en la práctica, el acreedor garantizado deberá conocer los derechos conferidos al banco frente al otorgante por la ley aplicable a la cuenta bancaria para determinar el valor de la garantía real. En el curso de la investigación de las cuestiones reguladas por la ley aplicable, el acreedor garantizado puede adoptar medidas para averiguar si otro acreedor garantizado tiene el "control" de la cuenta bancaria, con arreglo a esa legislación, en virtud de un acuerdo concertado con el banco. En consecuencia, el hecho de que la garantía sea eficaz frente a terceros de resultas de un "control" regulado por la ley que rige la cuenta bancaria no impone obligaciones excesivas a los que consideren la posibilidad de conceder crédito al otorgante.

78. Al remitirse a las reglas del Convenio de La Haya aplicables a las garantías sobre cuentas de depósito, en ciertos casos puede suceder que una garantía que adquiera eficacia frente a terceros al ser inscrita en el registro correspondiente no se reconozca (cuestión prevista en el supuesto de un Estado que tenga más de una unidad territorial, en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 12 del Convenio de La Haya). Por ejemplo, si el otorgante está situado en el Estado A, pero la ley que rige su acuerdo de apertura de la cuenta con el banco depositario es la del Estado B, la inscripción realizada en el Estado A puede no reconocerse como método para que la garantía adquiera eficacia frente a terceros con arreglo al derecho sustantivo del Estado B. Por el contrario, en otros casos, por ejemplo, si el otorgante está establecido en el mismo Estado cuya legislación rige su acuerdo con el banco depositario para la apertura de la cuenta y esa legislación reconoce la eficacia frente a terceros de toda garantía inscrita en el registro correspondiente de ese Estado, se reconocerá dicha inscripción.

79. Otra opción podría ser remitir a la ley del Estado del otorgante las cuestiones relativas a la eficacia de la garantía frente a terceros y su prelación, los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a la cuenta bancaria y la ejecución de la garantía. No obstante, en la práctica pueden plantearse objeciones a ese criterio. Toda norma sobre conflicto de leyes que se remita a la ley del Estado del otorgante puede someter al banco depositario a diferentes normas de derecho sustantivo en función del lugar del establecimiento de cada uno de sus numerosos clientes. Eso aumentaría sin razón justificada, al parecer, los riesgos operacionales y de otra índole que correría el banco depositario. En realidad, evitar la aplicación de una multiplicidad de normas sobre conflicto de leyes a los intermediarios fue uno de los objetivos del propio Convenio de La Haya. Por otra parte, si la norma sobre conflicto de leyes remite las cuestiones relacionadas con la prelación a la ley del establecimiento del otorgante, la incompatibilidad entre las normas sobre conflicto de leyes aplicables a las cuentas bancarias y las aplicables a las cuentas de valores puede crear confusión en la práctica, especialmente en los casos en que no queda claro si se trata de una cuenta bancaria o de una cuenta de valores.

11. Conclusión

80. Las garantías reales sobre cuentas bancarias desempeñan una función importante en muchas operaciones de crédito. Todo régimen moderno de las operaciones garantizadas debe reconocer esas garantías y ofrecer normas claras relativas a la constitución de éstas, su eficacia frente a terceros, su prelación y su ejecución. La ley debe abordar también los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a las garantías constituidas sobre las cuentas que obren en su poder. Las normas han de integrarse al régimen interno de la insolvencia y regular el conflicto de leyes con objeto de abordar la cuestión de las operaciones transfronterizas que entrañen garantías reales sobre cuentas bancarias.

B. Recomendaciones

81. En la ley se debe definir lo que se entiende por “cuenta bancaria” a los efectos de su aplicación. La definición debe abarcar una distinción entre una cuenta bancaria, un título negociable expedido por el banco depositario y una cuenta de valores abierta en dicho banco.

82. Habida cuenta de que algunas veces puede resultar difícil determinar si se trata de una cuenta bancaria o de una cuenta de valores, las normas aplicables a las garantías sobre cuentas bancarias deben establecer una distinción clara entre una y otra clase de cuentas. [Esas normas también deben ser esencialmente idénticas a las aplicables a las garantías sobre las cuentas de valores o, por lo menos, deben estar coordinadas de manera que el acreedor garantizado tenga que cumplir un solo conjunto de normas para estar seguro de que ha constituido la garantía y de que ésta es eficaz frente a terceros, tiene prelación y se puede ejecutar. En consecuencia, la ley aplicable a las garantías sobre cuentas bancarias ha de conformarse, en la medida de lo posible, a las normas recomendadas para las garantías sobre cuentas de valores en los textos del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) sobre operaciones en los mercados de capitales transnacionales y los mercados conexos, incluido el proyecto de convenio sobre normas sustantivas armonizadas relativas a los valores depositados en poder de un intermediario.]

83. Las normas para la constitución de garantías reales sobre cuentas bancarias deberían, por regla general, permitir que esas garantías se constituyeran sobre cualquier tipo de cuenta bancaria, incluidas las cuentas bancarias de operaciones y las cuentas respecto de las cuales el banco depositario es el acreedor garantizado. Por lo general los requisitos para la constitución de la garantía deben ser los mismos que los exigidos para la constitución de garantías reales sobre otros bienes. No obstante, la existencia de una cláusula que limite la cesión de créditos en un acuerdo entre el otorgante y el banco depositario no debe ser óbice para la constitución de una garantía sobre una cuenta de depósito, siempre y cuando el banco depositario no tenga la obligación de reconocer al acreedor garantizado, ni se le impongan otras obligaciones con respecto a la garantía sin su consentimiento. Por otra parte, el Estado promulgante debe considerar si, de conformidad con sus leyes y políticas en materia de protección del consumidor, un particular puede constituir una garantía real sobre una cuenta bancaria cuando los fondos de la cuenta o el crédito que se le conceda estén destinados a fines personales, familiares o domésticos del otorgante y, en caso afirmativo, de qué forma se regularía esa garantía.

84. Una garantía real sobre una cuenta bancaria debe adquirir eficacia frente a terceros cuando se haya constituido y el acreedor garantizado haya hecho una inscripción en el registro correspondiente que abarque la cuenta o haya obtenido el control de ésta.

85. Una garantía real que haya adquirido eficacia frente a terceros gracias a la obtención del control de la cuenta debe tener prelación frente a otra cuya eficacia frente a terceros se haya logrado por otros métodos, incluso mediante la inscripción en el registro correspondiente. Si el acreedor garantizado es el banco depositario, su garantía debe tener prelación frente a todas las demás, a menos que haya convenido lo contrario. Del mismo modo, a menos que el banco depositario decida lo contrario, su derecho de resarcimiento o compensación con cargo a los fondos de la cuenta en relación con las obligaciones contraídas con él por el otorgante debe tener prioridad frente a la garantía de toda otra parte que no sea un acreedor garantizado que haya pasado a ser su cliente con respecto a la cuenta en cuestión.

86. El cesionario de los fondos de la cuenta debe recibirlos libres de todo gravamen.

87. Todo acreedor garantizado cuya garantía haya adquirido eficacia frente a los terceros por el hecho de haber obtenido el control de la cuenta de depósito por lo general estará facultado para ejecutar la garantía sin recurrir a un procedimiento judicial ni someterse a supervisión judicial. Las excepciones a ese principio deben enunciarse claramente y, por regla general, han de limitarse únicamente al caso en que el Estado autorice la constitución de una garantía real sobre una cuenta bancaria por un particular y los fondos de la cuenta o el crédito garantizado estén destinados a fines personales, familiares o domésticos del otorgante.

88. No se debe imponer al banco depositario, sin su consentimiento, la obligación de concertar acuerdos de control ni ninguna otra obligación con respecto a las garantías reales sobre cuentas bancarias.

89. Las cuestiones relativas a la constitución de garantías reales sobre cuentas bancarias y a su eficacia frente a terceros, a la prelación de las garantías frente a los derechos de otros acreedores, a los derechos y obligaciones del banco depositario con respecto a las garantías constituidas sobre cuentas bancarias y a la vía ejecutoria de las garantías deben quedar al arbitrio del derecho interno que rija el acuerdo de apertura de la cuenta concertado entre el titular de ésta y el banco depositario (es decir, la regla del Convenio de La Haya).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de que se haga remisión a la ley del Estado en que esté situado el otorgante (véase el artículo 22 de la Convención sobre la Cesión de Créditos) o a otra ley. También podría considerar la posibilidad de que se hiciera remisión a la ley del Estado en que esté situado el otorgante en lo que respecta a la eficacia de la garantía frente a terceros resultante de la inscripción en el registro correspondiente, aunque todas las demás cuestiones queden libradas a la ley del Estado que rija el acuerdo concertado entre el titular de la cuenta y el banco depositario a efectos de abrir la cuenta.*]

H. Informe del Secretario General sobre el proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su séptimo período de sesiones

(A/CN.9/WG.VI/WP.19.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

Párrafos

X. Conflicto de leyes 1-35

A. Observaciones generales 1-35

1. Introducción 1-10

a. Finalidad de las reglas de conflicto de leyes 1-5

b. Alcance de las reglas de conflicto de leyes 6-10

2. Reglas de conflicto de leyes que rigen la constitución de garantías reales entre las partes, la eficacia frente a terceros y el orden de prelación 11-20

3. Reglas de conflicto de leyes aplicables a las garantías reales sobre el producto 21-22

4. Efecto de todo cambio operativo subsiguiente en el factor de conexión 23-27

5. Reglas de conflicto de leyes para cuestiones de índole ejecutoria 28-34

6. Incidencia de la insolvencia en las reglas de conflicto de leyes 35

B. Recomendaciones . . . . .

X. Conflicto de leyes

A. Observaciones generales

1. Introducción

a. Finalidad de las reglas de conflicto de leyes

1. En el presente capítulo se examinan las reglas para determinar el derecho aplicable a la constitución de una garantía real entre el otorgante y el acreedor asegurado, la eficacia frente a terceros, la prelación y la ejecución de garantías reales. Se trata de las reglas generalmente denominadas reglas de conflicto 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 sustantivas 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 solo se aplicarán a los conflictos de prelación que se planteen en el Estado promulgante cuando la regla de conflicto de leyes en cuestiones de prelación remita a la legislación de dicho Estado. Si la regla de conflicto 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 la eficacia frente a terceros de una garantía real 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 la eficacia frente a terceros de los derechos de garantía sobre bienes corporales también se rigen 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 conflicto de leyes resuelven estas cuestiones. En el presente capítulo se propone a este respecto una regla general basada en la última opción.

3. Las reglas de conflicto 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 jurídica es un objetivo fundamental que debe tenerse en cuenta en la elaboración de las reglas que afecten a las operaciones garantizadas tanto en lo relativo a los problemas de fondo como en lo que respecta al conflicto de leyes. Otro de los objetivos es la previsibilidad. Tal como se ha indicado en el párrafo anterior, las reglas de conflicto 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 concuerden 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 utilización de la Guía, incluido el presente capítulo, para elaborar un régimen de las operaciones garantizadas permitirá reducir los riesgos y los costos resultantes de las diferencias entre las reglas actuales de conflicto de leyes. En una operación garantizada, el acreedor garantizado suele querer 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 conflicto de leyes para el mismo tipo de bienes gravados, el acreedor, para estar plenamente protegido, deberá

atenerse a más de una normativa. La ventaja de una armonización de las distintas reglas de conflicto 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. Conviene destacar que las reglas de conflicto de leyes serían necesarias incluso si todos los Estados hubiesen armonizado sus leyes en materia de operaciones garantizadas. Subsistirían 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 un derecho de garantía sin desplazamiento de la cosa se hace valer frente a terceros mediante la inscripción en un registro público, habría que saber también en qué Estado debería efectuarse la inscripción.

b. Alcance de las reglas de conflicto de leyes

6. En el presente capítulo no se definen las garantías reales a las que se aplicarán las reglas de conflicto de leyes. Normalmente, a efectos de la normativa de conflicto de leyes, un derecho se caracterizará como garantía real en función del régimen de las garantías reales de 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 de conflicto 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 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 pese a ello supeditar esos mecanismos a las reglas de conflicto de leyes aplicables a las operaciones garantizadas.

7. Se plantea un problema parecido respecto de ciertas transferencias no efectuadas con fines de garantía para las que es conveniente que el régimen aplicable a la constitución de una garantía real entre las partes, su eficacia frente a terceros y su orden de prelación sea el mismo que para una garantía real sobre la misma categoría de bienes. Cabe citar, a título de ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos (y sus reglas de conflicto de leyes), que se aplica a las transferencias de créditos puras y simples, así como a los derechos de garantía sobre créditos (véase el inciso a) del artículo 2 de la Convención). 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 y la del acreedor garantizado por las leyes del Estado B.

8. Sea cual fuere la decisión de un Estado sobre la categoría de operaciones que se rijen por las reglas de conflicto de leyes, solo los derechos reales de esas operaciones quedarán comprendidos en ellas. Así pues, una regla sobre el derecho

aplicable a la constitución de una garantía real sólo determinará la ley que estipula los requisitos que deberán cumplirse para crear un derecho real sobre los bienes gravados. No se aplicaría, en cambio, a las obligaciones personales contraídas por las partes en virtud de su contrato. En la mayoría de los ordenamientos y con ciertas restricciones, las obligaciones personales se rigen por la ley que las partes escogen en su acuerdo o, cuando no haya un acuerdo previo, por la ley del Estado con el que el acuerdo de garantía esté más estrechamente relacionado o por la ley aplicable al acuerdo de garantía.

9. El corolario de reconocer la autonomía de las partes en lo que atañe a las obligaciones personales es que las reglas de conflicto de leyes aplicables a los aspectos de derecho real de las operaciones garantizadas no entran en el ámbito de la libertad contractual. Por ejemplo, no suele permitirse que el otorgante de una garantía y el acreedor garantizado elijan la ley aplicable a la prelación, ya que esto no solo 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.

10. Conviene señalar que en muchos ordenamientos jurídicos las reglas de conflicto de leyes estipulan que la referencia a la ley de otro Estado como la ley que regula una cuestión se refiere a la ley aplicable en ese Estado a la exclusión de sus reglas de conflicto. Queda excluida la doctrina de remisión (*renvoi*), en aras de la previsibilidad y también porque la remisión puede ir en contra de las expectativas de las partes.

2. Reglas de conflicto de leyes que rigen la constitución de garantías reales entre las partes, la eficacia frente a terceros y el orden de prelación

11. 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 determinar si la garantía ha sido constituida entre las partes (para las cuestiones comprendidas bajo el concepto de constitución entre las partes, véase el capítulo IV);

b) La cuestión de determinar si la garantía es eficaz frente a terceros (para las cuestiones comprendidas bajo el concepto de eficacia frente a terceros, véase el capítulo V); y

c) La cuestión del grado de prelación del acreedor garantizado frente a otra parte reclamante, por ejemplo, otro acreedor o el administrador de la insolvencia del otorgante (para las cuestiones comprendidas bajo el concepto de prelación, véase el capítulo VI).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procedería establecer una regla de conflicto relativa al problema de la extinción de una garantía real o excluir ese problema del alcance de las reglas de conflicto de leyes aplicables a las garantías reales.*]

12. 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 que satisfaga los requisitos de validez de un derecho de garantía de esa clase, la garantía suele ser eficaz frente a terceros sin necesidad de que se cumpla ninguna otra medida.

13. La cuestión clave es determinar si debe aplicarse una única normativa de conflicto de leyes a las tres cuestiones o si convendría prever una mayor flexibilidad cuando resulte más apropiado que la ley aplicable a la eficacia frente a terceros o a la prelación sea distinta de la que rije la creación del derecho. En aras de la simplicidad y de la certeza jurídica puede ser aconsejable adoptar una única regla que rija a la vez la constitución de las garantías reales entre las partes, la eficacia frente a terceros y la prelación. 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 de conflicto de leyes para estas cuestiones puede complicar el análisis o crear incertidumbre. No obstante, hay casos en que el establecimiento de una regla distinta para las cuestiones de prelación permitiría velar mejor por los intereses de terceros como, por ejemplo, los titulares de garantías no consensuales.

14. Otra importante cuestión es la de determinar si, tanto si se trata de la constitución de garantías reales entre las partes como de su eficacia frente a terceros o su orden de prelación, conviene o no que la regla pertinente de conflicto de leyes sea aplicable tanto a los bienes corporales como a los bienes inmateriales. De escogerse esa opción, se favorecería una regla basada en la ley del lugar donde esté situado el otorgante. Otra posibilidad consistiría en remitirse a la ley del lugar en que se encuentre el bien gravado (*lex situs*), lo cual tendría, no obstante, el inconveniente de no ajustarse a lo previsto para los créditos por cobrar en la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos (cuyo artículo 22 remite a la ley del Estado donde esté situado el cedente, es decir, el otorgante de la garantía real).

15. En aras de la coherencia con la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos, se requeriría también que la definición de la ubicación del otorgante fuese la misma que en esa Convención. De conformidad con la Convención, el lugar donde está situado el otorgante es el lugar donde tenga su establecimiento o, cuando el otorgante tenga un establecimiento en más de un Estado, el lugar donde se ejerza su administración central. Cuando el otorgante no tiene establecimiento, se hace referencia a su residencia habitual (veáse el inciso h) del artículo 5 de la Convención).

16. Por razones de simplicidad y certeza convendría adoptar una misma normativa de conflicto 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 de las garantías entre las partes, a la eficacia frente a terceros y al orden de prelación. Conforme a este criterio, bastaría con una consulta para comprobar qué bienes del otorgante están gravados por garantías reales. No habría necesidad de orientación si los bienes gravados se trasladaran ni 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).

17. Sin embargo, no en todos los ordenamientos jurídicos se considera que la ley del Estado en que está situado el otorgante guarda suficiente relación con las garantías sobre bienes corporales (o, por lo menos, con los bienes "no móviles"). Además, convendría que la ley aplicable a la operación garantizada fuera la misma que la que rigiera la venta de los mismos bienes. Esto significa que solo sería viable aceptar la ley del lugar donde está situado el otorgante para cada tipo de garantía real si en general los ordenamientos jurídicos estuvieran dispuestos a aceptar esa regla para todas las transferencias.

18. 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, incluso si la regla general fuera la del Estado en que está situado el otorgante, habría que hacer una excepción para las garantías reales con desplazamiento de la posesión.

19. Habida cuenta de que las reglas de 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 de conflicto de leyes adecuada si se constituye un garantía real posesoria sobre un bien inmaterial. A este respecto, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se considera que son bienes corporales determinadas categorías de bienes inmateriales incorporadas a un documento (tales como títulos negociables y valores bursátiles), 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.

20. Se plantea una cuestión conexa cuando las mercancías están representadas por un documento de titularidad negociable (como sería un conocimiento de embarque). Suele aceptarse que un documento de titularidad negociable también se equipare a un bien corporal y se grave con una prenda con desplazamiento. En tal caso, la ley del lugar en que se encuentre el documento (y no las mercancías que consten en él) regiría la prenda. No obstante, se plantea la cuestión de determinar qué ley se aplicaría para dirimir un conflicto de prelación entre un acreedor prendario provisto de un documento de titularidad y otro acreedor a quien el deudor pudiera haber otorgado un derecho de garantía sin desplazamiento sobre las mercancías propiamente dichas, cuando el documento y las mercancías no se encuentren en el mismo Estado. En tal caso, las reglas de conflicto de leyes deberían asignar prelación a la normativa que rija la prenda, porque esta solución expresaría mejor las expectativas legítimas de las partes en litigio.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el ámbito de aplicación de la presente Guía abarca los bienes comerciales, el equipo y los créditos comerciales. Si el Grupo de Trabajo decide ampliar ese ámbito a otras categorías de bienes inmateriales, como los créditos no comerciales, los depósitos bancarios y las cartas de crédito, tal vez desee considerar si deberían existir reglas especiales de conflicto de leyes para estos tipos de bienes.*]

3. Reglas de conflicto de leyes aplicables a las garantías reales sobre el producto

21. Por razones de simplicidad y certeza jurídica convendría aplicar al producto las mismas reglas de conflicto de leyes que rigen la constitución de garantías reales entre las partes, su eficacia frente a terceros y su orden de prelación cuando las garantías se hayan constituido directamente sobre bienes de la misma categoría que el producto. Por ejemplo, si un acreedor reclama el cobro de créditos por ser el producto de la venta de bienes inventariados que ya estaban gravados con una garantía real a su favor, el derecho del acreedor a reclamar los créditos debería determinarse con arreglo a la misma ley que se habría aplicado a un derecho real que se hubiera obtenido directamente sobre los créditos como bienes originalmente gravados. En este mismo ejemplo, si la ley del Estado B rigiera una garantía real que se hubiera constituido originalmente sobre los créditos, esa ley determinaría también si el acreedor tendría o no derecho a reclamar los créditos que derivaran de la venta de los bienes inventariados, incluso si la garantía real del acreedor sobre tales bienes se rigiera por la ley del Estado A. La eficacia frente a terceros y la prelación del derecho del acreedor sobre los créditos (como producto de la venta de los bienes inventariados) se regirían también por la ley del Estado B.

22. No obstante, cabe aducir que la solución descrita en el párrafo anterior debería ser objeto de una excepción, consistente en que la constitución entre las partes de una garantía real sobre el producto debería regirse por la ley aplicable a la constitución entre las partes de la garantía real sobre los bienes originalmente gravados que generaron el producto. Esta solución respondería a las expectativas de un acreedor que obtuviera un derecho real sobre ciertos bienes inventariados en virtud de una ley interna que previera que tal derecho se extendería automáticamente al producto. Según este criterio, la cuestión de determinar si una garantía real se extendería o no al producto se regiría por la ley aplicable a la creación entre las partes de un derecho real sobre los bienes originalmente gravados que generaron el producto, en tanto que la eficacia frente a terceros y la prelación de un derecho real sobre el producto se regiría por la ley que se habría aplicado a tales cuestiones si el producto hubiera sido el bien originalmente gravado.

4. Efecto de todo cambio operativo subsiguiente en el factor de conexión

23. Cualquiera que sea el factor de conexión por el que se opte para determinar la regla de conflicto de leyes más apropiada para una determinada cuestión, podría producirse un cambio después de la constitución de una garantía real que modificara ese factor. 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 situados los bienes gravados, puede suceder que esos bienes sean trasladados a otro país.

24. De no resolverse explícitamente estas cuestiones, cabría sobreentender una regla de derecho implícita al respecto. Se podrían entender las reglas generales de conflicto de leyes aplicables a la constitución de garantías reales entre las partes y a la eficacia frente a terceros y la prelación de esas garantías en el sentido de que, en el supuesto de producirse un cambio circunstancial en el factor de conexión determinante, la ley inicialmente aplicable seguirá siendo aplicable a las cuestiones relacionadas con la constitución de la garantía (habida cuenta de que surgieron antes

de producirse el cambio), mientras que la nueva ley, subsiguientemente aplicable, se aplicará a todo hecho que se produzca con posterioridad al cambio que plantee cuestiones relacionadas con la eficacia frente a terceros o con la prelación. Por ejemplo, de darse una situación en la que la ley aplicable a la eficacia de una garantía real frente a terceros fuese la ley del lugar en que esté situado el otorgante, la eficacia de la garantía frente al administrador de la insolvencia del otorgante se determinaría aplicando la ley del Estado de la nueva ubicación del otorgante en el momento en que se inicien los procedimientos de insolvencia.

25. No obstante, si la ley no se pronuncia respecto de estas cuestiones puede dar lugar a otras interpretaciones. Por ejemplo, se podría entender que la ley aplicable subsiguiente pasará a regir también la constitución de la garantía entre las partes 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 pudiere surgir, fundándose en el factor de conexión efectivo, que sería el que existía en la fecha de su trato con el otorgante).

26. Parece aconsejable impartir una orientación sobre estas cuestiones con miras a eliminar toda incertidumbre que pudiera surgir, 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.

27. Se plantea una cuestión conexa respecto de las garantías reales sobre mercancías en tránsito o sobre mercancías destinadas a la exportación (que solo podrá ser una garantía no posesoria teniendo en cuenta que en la Guía la posesión se entiende como posesión efectiva y no ficticia). Conforme a algunos ordenamientos jurídicos, se podrá constituir entre las partes y hacer valer frente a terceros un derecho de garantía sobre esas mercancías en virtud de la ley del lugar de destino si los bienes llegan a ese lugar dentro de un plazo estipulado. En lo que respecta a las mercancías destinadas a la exportación, otra posibilidad sería estipular que salieran del Estado promulgante dentro de un plazo determinado. Sin embargo, una norma especial aplicable a las mercancías en tránsito o las mercancías destinadas a la exportación no debería impedir al acreedor hacer valer también su derecho con arreglo a la ley del lugar donde se encuentren realmente las mercancías, a fin de poder gozar de prelación legal en caso de que las mercancías vayan a permanecer en ese lugar.

5. Reglas de conflicto de leyes para cuestiones de índole ejecutoria

28. Cuando se haya constituido y hecho valer frente a terceros una garantía real con arreglo al derecho de un Estado, pero se desee ejecutar esa garantía 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 gran importancia práctica cuando el régimen ejecutorio de ambos Estados difiera sustancialmente. Por ejemplo, puede suceder que el régimen aplicable a la garantía real faculte al acreedor garantizado para ejecutarla sin recurrir previamente a la vía judicial, salvo que haya alteración del orden público, mientras que la ley del lugar donde se pretende ejecutar esa garantía, requiera una intervención judicial. Cada una de las soluciones posibles de esta cuestión conlleva ciertas ventajas y ciertos inconvenientes.

29. Una de esas opciones consistiría en someter toda medida ejecutoria a la ley del lugar de ejecución, vale decir, 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 conflicto de leyes de la ley del foro remitiera a tal lugar para determinar 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.

30. Ahora bien, cabe que la *lex fori* no responda a las expectativas de las partes. Es posible que las partes hayan previsto que sus respectivos derechos y obligaciones, en caso de que haya que recurrir a la vía ejecutoria, serán los estipulados por la ley con arreglo a la cual se determinará la prelación de la garantía real. Por ejemplo, de permitirse la ejecución extrajudicial de la garantía real con arreglo a la ley que regula la prelación de la garantía real, el acreedor garantizado podrá recurrir, conforme a esas expectativas, a la ejecución extrajudicial en el territorio del Estado donde haya de ejecutar su garantía real, aun cuando el derecho interno de ese Estado no faculte normalmente a recurrir a esa vía. La aplicación de la ley que regula la prelación a las cuestiones sustantivas de índole ejecutoria se apoya también en el hecho de que esas cuestiones guardan una estrecha relación con las cuestiones de prelación (así por ejemplo, la forma en que el acreedor garantizado liquide los bienes garantizados puede repercutir en los derechos de otras partes reclamantes).

31. Una solución que remitiera las cuestiones de ejecución a la ley aplicable a la prelación de un garantía real puede suponer otra ventaja. Como la ley aplicable a la prelación es a menudo la ley que regula la constitución de una garantía real entre las partes, el resultado sería en definitiva que las cuestiones relativas a la creación, la prelación y la ejecución de la garantía real quedarían con frecuencia sometidas a la misma ley.

32. 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 entre las partes, 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 de la garantía real entre las partes y a la eficacia frente a terceros o la prelación de dicha garantía. 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.

33. 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 constitución de la garantía real entre las partes y de su eficacia frente a terceros y su prelación.

34. El examen precedente se relaciona con los aspectos de fondo de la ejecución. Las cuestiones de procedimiento se regirán, en todo caso, por la ley del Estado donde tenga lugar la ejecución. Surge por ello la cuestión de la distinción que se deberá hacer entre cuestiones de fondo y cuestiones de procedimiento en el marco de la ejecución. Si bien un tribunal aplicara el respectivo ordenamiento jurídico para distinguir entre cuestiones de fondo y cuestiones de procedimiento, los siguientes son ejemplos de cuestiones que se suelen considerar cuestiones de fondo: la naturaleza y el alcance de los recursos de que dispone el acreedor para liquidar los bienes gravados, la determinación de si esos recursos (o algunos de ellos) se pueden ejercer sin recurrir a un proceso judicial, las condiciones que se deberán cumplir para que el acreedor garantizado tenga derecho a tomar posesión de los bienes y enajenarlos (o hacer que sean enajenados por vía judicial), la facultad del acreedor garantizado para cobrar créditos que constituyan bienes gravados y las obligaciones del acreedor garantizado frente a otros acreedores del otorgante.

6. Incidencia de la insolvencia en las reglas de conflicto de leyes

35. Como se señala en el capítulo sobre la insolvencia, a reserva de las acciones de impugnación, una garantía real que fuera, en general, eficaz frente al otorgante y frente a terceros al margen de todo proceso de insolvencia, debería continuar siendo eficaz en caso de que se iniciase un procedimiento de esa índole. Del mismo modo, la iniciación de procesos de insolvencia no debería dejar sin efecto las reglas de conflicto de leyes aplicables a la constitución de una garantía real entre las partes, la eficacia frente a terceros y, con algunas excepciones (por ejemplo, las reclamaciones prioritarias), el orden de prelación de dicha garantía. No obstante, todos los aspectos de la ejecución de una garantía real en un procedimiento de insolvencia deberían quedar sujetos a la legislación aplicable a los procedimientos de insolvencia (para el principio y las excepciones limitadas, véanse las recomendaciones 30 a 34 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el derecho de insolvencia).

B. Recomendaciones

[*Nota para el Grupo de Trabajo: en vista de que los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.16 y Add.1 contienen un conjunto unificado de las recomendaciones relativas al proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, en el presente documento no se incorporan las recomendaciones en materia de reglas de conflicto de leyes. Una vez terminadas las recomendaciones, el Grupo de Trabajo podría considerar si convendría intercalarlas al final de cada capítulo, reproducirlas en un anexo que figure al final de la Guía o colocarlas en ambos lugares.*]

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

Nota del Secretaría sobre el Informe preliminar sobre la encuesta acerca de la ejecución legislativa de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958

(A/CN.9/585) [Original: inglés]

Introducción

1. La Secretaría de la CNUDMI, en cooperación con el Comité D de la Asociación Internacional de Abogados, preparó un cuestionario que instaba a los Estados parte en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958 (que en adelante se denominará "Convención de Nueva York" en el presente informe) a que enviaran respuestas y copias de sus leyes que tratan del reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (A/50/17, párrafos 401-404).

2. El presente cuestionario emana de una decisión adoptada por la Comisión en su 28º período de sesiones, para iniciar una encuesta con miras a comprobar la ejecución de las disposiciones de la Convención de Nueva York y su incorporación en las legislaciones nacionales.

3. El cuestionario fue redactado con objeto de examinar los mecanismos procesales que diversos países han introducido a fin de dar efecto a las disposiciones de la Convención de Nueva York. Las cuestiones fundamentales que había que tener en cuenta al analizar las respuestas a la encuesta eran las siguientes:

- Cómo se incorporaron las disposiciones de la Convención al régimen jurídico nacional para que tuvieran fuerza de ley
- Si los Estados parte, al aplicar la Convención de Nueva York, habían añadido algo a las disposiciones uniformes de la Convención
- Si ha habido reservas que se han tenido en cuenta en la aplicación, determinar si la aplicación de esas reservas añadía algo a las reservas que se permiten en la Convención de Nueva York o las ampliaba.
- Determinar si en la aplicación de las disposiciones de la Convención de Nueva York los Estados Parte han incluido requisitos adicionales para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales que no figuraban en la Convención de Nueva York.

4. Ahora bien, el proyecto no tenía que considerar las decisiones de tribunales individuales relacionadas con la Convención de Nueva York, ya que la cuestión rebasaba los límites de la finalidad del proyecto.

5. Aunque no se había adoptado ninguna decisión en firme sobre si el proyecto daría lugar a alguna propuesta, se formuló una propuesta provisional en el sentido de que podría considerarse una propuesta provisional que sirviera de guía para los legisladores, posiblemente acompañada de una ley modelo que aplicase las disposiciones de la Convención de Nueva York. Lo menos que podría conseguirse con esa encuesta es que se mejorase la mentalización y se crearan incentivos en favor de mejorar toda la labor de aplicación de la Convención de Nueva York.

6. La finalidad del presente breve informe preliminar es proporcionar a la Comisión una sinopsis general de las cuestiones planteadas en las respuestas recibidas. Además, el informe provisional prevé la posibilidad de que la Comisión pida a la Secretaría que formule preguntas adicionales a los Estados a fin de obtener una información más completa sobre las prácticas de aplicación. Después de examinar el presente informe, quizá la Comisión desee precisar más a la Secretaría qué información debería contener el informe final, habida cuenta del objetivo general a que responde el informe.

7. Cabe destacar que hay 135 Estados parte en la Convención de Nueva York, y que se han recibido 75 respuestas al cuestionario.

A. Aplicación de la Convención de Nueva York

***Pregunta 1*. ¿Cómo adquirió la Convención fuerza de ley en su país, haciendo obligatoria su aplicación para los tribunales?**

1.1 Se ruega especificar si la medida legislativa se limitaba a autorizar la ratificación de la Convención o la adhesión a la misma, o si dicha medida incluía legislación que diera efecto a la Convención (en el caso de que esa medida no fuera adoptada por una asamblea legislativa, sino por otro organismo nacional, se ruega especificar tal medida).

8. En 23 Estados se adoptaron medidas legislativas que se limitaban a autorizar la ratificación de la Convención de Nueva York o la adhesión a ella; esas medidas revestían diversas formas. Por ejemplo, 5 Estados mencionaron que la Convención de Nueva York había obtenido fuerza de ley por Decreto presidencial o Real Decreto. De ellos, uno declaró que, a raíz de la firma de la Convención de Nueva York por el Presidente y de su aprobación por el Senado (que puso en vigor la Convención de Nueva York de conformidad con la Constitución de ese Estado), se modificaron algunas leyes para dar efecto a la Convención de Nueva York. Otro Estado hizo saber que la Convención de Nueva York obtuvo fuerza de ley por Real Decreto que aprobaba la adhesión a la Convención y que el Decreto contenía una reproducción de la Convención de Nueva York. Un Estado indicó que la Convención de Nueva York obtenía fuerza de ley mediante disposiciones legislativas que permitían la adhesión a dicha Convención y que, en tal caso, la legislación remitía sencillamente a la Convención de Nueva York.

9. Los 52 Estados restantes indicaron que la Convención de Nueva York solamente adquiría fuerza de ley en su régimen jurídico nacional previa promulgación de disposiciones legislativas que dieran efecto a su contenido. La legislación de aplicación revestía diversas formas, que iban desde una sencilla referencia a la Convención de Nueva York hasta una reproducción o paráfrasis de su texto (véanse las preguntas 1.1.1 y 1.1.2 *infra*).

1.1.1. ¿En la legislación que da efecto a la Convención ¿se incorpora el texto de la Convención o simplemente se hace referencia a ella?

10. Cuarenta y siete Estados respondieron que en su legislación de aplicación se incorporaba el texto de la Convención de Nueva York, y 5 Estados respondieron que en su legislación de aplicación se hacía simplemente referencia a ella. La legislación que incorporaba el texto de la Convención de Nueva York revestía diversas formas, como por ejemplo:

- legislación que modificaba los textos vigentes sobre arbitraje, refiriéndose en términos generales a los instrumentos internacionales en la esfera del arbitraje más bien que citando específicamente la Convención de Nueva York;
- legislación que se limitaba a parafrasear las disposiciones de la Convención de Nueva York o que incorporaba algunas disposiciones y parafraseaba otras (véanse las preguntas 1.1.2 y 1.1.3 *infra*).

1.1.2. ¿Si se incorpora el texto de la Convención, la legislación que le da efecto lo reproduce o lo parafrasea?

11. En 40 Estados se reproduce íntegramente el texto de la Convención de Nueva York. En 7 Estados se parafrasea dicho texto o se imponen condiciones adicionales especiales. Quizá la Convención desee decidir si deben explicarse detalladamente esas condiciones.

1.1.3. En caso de que el texto de la Convención sea parafraseado en la legislación que le da efecto, ¿qué significado legal tiene dicho texto? Por ejemplo, ¿pueden o deben los tribunales de su país basarse en el texto de la legislación que da efecto a la Convención cuando ese texto discrepe del que figura en la Convención?

12. Para la mayor parte de los Estados que han promulgado legislación de aplicación, dicha legislación de aplicación se refiere a la Convención de Nueva York o la reproduce íntegramente, sin modificaciones. Ahora bien, 7 Estados indicaron que habían adoptado normas de aplicación que diferían en algunos aspectos del texto de la Convención de Nueva York (véase la pregunta 1.1.7 *infra*), en cuyo caso indicaron que los tribunales tenían que dar preferencia al texto de la legislación interna cuando dicho texto era diferente del texto de la Convención de Nueva York.

Preguntas adicionales

13. La Comisión quizá desee considerar si va a pedir a la Secretaría que efectúe un análisis comparado de las normas constitucionales o de otra índole que sean de aplicación cuando haya falta de compatibilidad entre la legislación nacional y las disposiciones de un instrumento internacional, así como las consecuencias de la falta de cumplimiento de tratados internacionales en la legislación nacional.

1.1.4. El texto de la Convención, tal como se aplica en su país, ¿se presenta aislado o figura incorporado en un texto más amplio (por ejemplo, en un código de enjuiciamiento civil)?

14. Veinticinco Estados respondieron que la legislación que aplicaba la Convención de Nueva York era un texto independiente y 26 Estados indicaron que

formaba parte de un texto más amplio, como por ejemplo un código civil o procesal, un código de derecho internacional privado o normas legislativas por las que se aplicaban otros instrumentos internacionales referentes al arbitraje.

1.1.5. Si la legislación que da efecto a la Convención forma parte de un texto legislativo más amplio, ¿afecta ello a la aplicación práctica o a la interpretación de la Convención?

15. Los Estados que respondieron que la legislación de aplicación formaba parte de un texto legislativo más amplio indicaron que ese hecho no afectaba de por sí a la aplicación práctica o la interpretación de la Convención de Nueva York.

1.1.6. En líneas generales, ¿qué normas de interpretación seguirían los tribunales al interpretar la Convención y/o la legislación que le da efecto (los trabajos preparatorios de la Convención, la jurisprudencia de otros países signatarios)?

16. En general, los Estados indicaron que para la interpretación de la Convención de Nueva York los tribunales seguirían determinadas normas de interpretación. Solamente 5 Estados respondieron que hasta entonces no habían encontrado ninguna forma de interpretación, que la pregunta no era procedente, o no respondieron a la pregunta.

17. Como fuentes potenciales de interpretación de la Convención de Nueva York, los Estados mencionaron lo siguiente:

- precedentes judiciales nacionales y/o precedentes judiciales de otros Estados signatarios;
- los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York, la legislación nacional de aplicación, y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional;
- las circunstancias de la conclusión de la Convención de Nueva York, su finalidad o su utilización práctica;
- la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, los principios del derecho internacional privado, o principios procesales generales;
- las obras de escritores renombrados y las opiniones de ministerios pertinentes, como por ejemplo un Ministerio de Justicia o institutos de investigación jurídica.

Seguimiento

18. Quizá la Comisión desee decidir si la Secretaría debe proporcionar un análisis más detallado de esa cuestión.

1.1.7. En su opinión, ¿origina el método de puesta en vigor diferencias esenciales entre legislación que da efecto a la Convención y las disposiciones de ésta, y de ser así, en qué aspecto? De ser posible, se ruega indicar los pasajes en que dicha legislación difiere del texto de la Convención.

19. Algunos Estados respondieron que el método de aplicación de la Convención de Nueva York no repercutía en la interpretación o la aplicación práctica de dicha Convención.

20. Se indicaron las siguientes diferencias entre la Convención de Nueva York y la legislación de aplicación:

- Un Estado indicó que recientemente había adoptado normas reglamentarias de aplicación que disponían que las sentencias arbitrales extranjeras sólo se cumplirían si el funcionario diplomático del país que iba a cumplirlas, en el lugar en que estuviera teniendo lugar el arbitraje, certificaba que la parte que recababa el cumplimiento era un nacional de un Estado parte en la Convención de Nueva York;
- En el caso de otro Estado, los tribunales requerían un derecho de registro del diez por ciento por la acción de ejecución, como si el fondo de la controversia fuera a juzgarse por vez primera.

1.2 Si su país ha hecho uso de la primera reserva (reciprocidad), o de la segunda reserva (carácter comercial) contenidas en el párrafo 3 del artículo 1, ¿existe referencia o manifestación sobre el particular en la legislación que da efecto a la Convención, y de ser así, en qué forma?

Reserva de reciprocidad

21. La reserva de reciprocidad impone una restricción a la aplicación de la Convención de Nueva York, pues solo permite que los Estados que la apliquen reconozcan y ejecuten sentencias arbitrales dictadas en otros Estados Contratantes. Aproximadamente las dos terceras partes de los Estados Contratantes han hecho uso de la reserva de reciprocidad[1].

22. No hay uniformidad en la forma en que la reserva de reciprocidad se refleja en la legislación de aplicación promulgada por los Estados que la han adoptado. Para algunos Estados, la reserva de reciprocidad se reflejaba, sea en la legislación de aplicación, sea en otra legislación diferente de la que aplica la Convención de Nueva York, sea en la misma ordenanza ejecutiva que publicaba la legislación de aplicación de la Convención de Nueva York. Treinta y ocho Estados indicaron que hacían uso de la reserva de reciprocidad incluyendo en su legislación de aplicación una resolución que disponía que una sentencia arbitral extranjera era una sentencia arbitral dictada en el territorio de un Estado que era parte en la Convención de Nueva York.

23. Nueve Estados indicaron que, aunque habían hecho uso de la reserva de reciprocidad, ese hecho no se mencionaba ni se reflejaba en su legislación de aplicación ni en ningún otro lugar. Cinco Estados indicaron que inicialmente habían

[1] Información disponible en el espacio Web de la CNUDMI, http://www.uncitral.org

hecho uso de la reserva de reciprocidad pero que desde entonces habían retirado dicha reserva.

Seguimiento/Preguntas adicionales

24. Para determinar las posibles repercusiones negativas de las reservas para la labor de armonización a la que responde la Convención de Nueva York, quizá la Comisión desee obtener nuevas informaciones acerca de las siguientes cuestiones:

- si los Estados han mantenido o retirado la reserva de reciprocidad, ¿por qué motivos lo han hecho?
- en los casos en que la reserva no se refleja en la legislación ni en ningún otro lugar, ¿de qué forma entra en vigor la reserva y sobre qué base se refieren a ella los tribunales?
- ¿de qué forma se aplica la reserva en la práctica (por ejemplo, cómo se identifica a un "Estado contratante")? Algunos Estados, en los que el derecho consuetudinario es tradicional, mencionaron que la inclusión de un Estado determinado en una lista oficial basta para probar que dicho Estado debe ser considerado como "Estado contratante", sin aclarar si esas listas son exclusivas y sin explicar de qué forma, en la práctica, la reciprocidad debe demostrarse a satisfacción de los tribunales del Estado de que se trate.

Reserva comercial

25. La reserva comercial restringe la esfera de aplicación de la Convención de Nueva York al permitir que los Estados solo admitan el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales sobre controversias derivadas de relaciones jurídicas consideradas como comerciales por la legislación del Estado que ha formulado la reserva. Sin dicha reserva, las sentencias arbitrales derivadas de relaciones de carácter no comercial serían también ejecutables con arreglo a la Convención de Nueva York. Aproximadamente una tercera parte de los Estados contratantes han hecho uso de la reserva comercial[2].

26. Aunque haya sido adoptada por gran número de Estados, la reserva comercial posee un evidente carácter de desunión ya que subordina la determinación de que una controversia pueda ser considerada como "comercial" a la legislación del Estado que ha formulado la reserva. En general, los Estados no especifican en sus respuestas si el término "comercial" está definido expresamente o qué definición de "comercial" se utilizaría al aplicar la reserva. Ahora bien, hay indicaciones de que, al menos en Estados que han adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, se puede hacer referencia a la definición indicativa de "comercial" que contiene dicha Ley Modelo[3]. Además, unos cuantos

---

[2] Información disponible en el espacio Web de la CNUDMI, http://www.uncitral.org

[3] La definición del término "comercial" en la Ley Modelo es la siguiente: "*Debe darse una interpretación amplia al término "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, ya sean contractuales o no contractuales. Las relaciones de carácter comercial comprenden, entre otras, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; acuerdo de distribución, representación o mandato comercial; transferencia de créditos para su cobro ("factoring"); arrendamiento de bienes o de equipo con opción de compra ("leasing"); construcción de obras; consultoría, ingeniería; concesión de licencias; inversión; financiación; operaciones bancarias;*

Estados se refirieron a la legislación nacional de aplicación, en la que se definía el término "comercial". Cabe destacar que la ausencia de una definición armonizada del término "comercial" puede conducir a diferencias considerables en cuanto al ámbito de la reserva entre los diferentes regímenes jurídicos y podría, por lo tanto, perjudicar la aplicación uniforme de la Convención de Nueva York.

Seguimiento/Preguntas adicionales

Reserva comercial

27. En el contexto de la reserva comercial, quizá convendría formular a los Estados preguntas análogas a las que se han indicado anteriormente en relación con la reserva de reciprocidad. Además, la Comisión podría considerar la posibilidad de formular a los Estados las siguientes preguntas adicionales:

- El término "comercial", ¿está definido en la legislación que aplica la Convención de Nueva York o en otra norma legislativa que se pueda especificar, o está basado en otros instrumentos internacionales, como por ejemplo la definición que figura en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional?
- Si no se ha definido el término, ¿se ha utilizado la reserva comercial en la jurisprudencia y, en caso afirmativo, qué definición se aplicó?

Otras reservas

28. El cuestionario no preguntó a los Estados si habían utilizado otras reservas que no figuraban en la Convención de Nueva York. Por ejemplo, en algunos casos, sea en normas legislativas específicas o en la aplicación práctica, cuestiones como la nacionalidad de las partes, el lugar de arbitraje o el lugar en que se halle una de las partes, pueden afectar el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York.

1.3 ¿Define la legislación que da efecto a la Convención el ámbito del artículo II de la misma y especifica, por ejemplo, qué acuerdos de arbitraje reúnen condiciones para ser sometidos a arbitraje en virtud de la Convención (por ejemplo, un acuerdo de arbitraje internacional y/o un acuerdo entre ciudadanos de diferentes Estados)?

29. Las respuestas indican que la definición de lo que los Estados consideraban que era un "acuerdo de arbitraje" que permitía remitirse al arbitraje de la Convención de Nueva York, solía figurar en una norma legislativa separada sobre arbitraje comercial y que la legislación de aplicación no especificaba qué acuerdos de arbitraje se podían someter al arbitraje de la Convención de Nueva York. Parecía manifestarse cierta disparidad en la determinación de los acuerdos de arbitraje que permitían remitirse al arbitraje de la Convención de Nueva York.

---

seguros; acuerdo de explotación o concesión; empresas mixtas y otras formas de cooperación industrial o comercial; transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera".

Preguntas adicionales

30. Quizá la Comisión desee considerar si convendría obtener de los Estados más informaciones acerca de la forma en que el artículo II se incorpora a la legislación, y en particular sobre la legislación que determina si un acuerdo de arbitraje se puede remitir al arbitraje de la Convención de Nueva York.

1.4 ¿Han sido establecidos por resolución judicial cualesquier requisitos o condiciones procesales de ejecución? De ser así, se ruega indicar los casos.

31. Los Estados no han comunicado la existencia de decisiones de tribunales sobre requisitos procesales relacionados con la ejecución.

B. Tribunal o autoridad competente para resolver sobre el reconocimiento y la ejecución

***Pregunta 2*. ¿Qué tribunal o autoridad es competente para resolver sobre una petición de cumplimiento? ¿Se trata de un tribunal determinado o una autoridad determinada para todo el país, o de un tipo de tribunal o autoridad? ¿Qué criterios determinan la competencia del tribunal o la autoridad?**

32. Las respuestas reflejaban una gran diversidad de situaciones; nueve Estados respondieron que no había ningún tribunal concreto competente para entender en una solicitud de ejecución de una sentencia arbitral, ni ningún reglamento procesal específico para ese tipo de solicitud, mientras que en los demás Estados, un tribunal específico tenía competencia para decidir sobre la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. En 25 Estados, el tribunal designado para entender en una solicitud de ejecución era un tribunal de nivel superior (o sea un tribunal de apelación o un Tribunal Superior), y en 41 Estados era competente en la cuestión el tribunal de primera instancia.

Seguimiento

33. Quizá la Comisión desee decidir si han de proporcionarse más detalles sobre la cuestión de la determinación del tribunal o la autoridad que es competente para decidir en materia de reconocimiento y ejecución, y si la Secretaría puede iniciar estudios complementarios sobre la base de las respuestas al cuestionario así como a otras fuentes de información.

C. Normas procesales

***Pregunta 3*. Se ruega indicar los procedimientos o requisitos aplicables a una petición de ejecución de una sentencia dictada conforme a la Convención. ¿Debe el demandante presentar algo más que la sentencia arbitral y el acuerdo de arbitraje a los que se refiere el artículo IV de la Convención?**

34. En 48 Estados, las condiciones que había que cumplir para solicitar la ejecución se limitaban a las especificadas en el artículo IV de la Convención de Nueva York.

35. Cuatro Estados indicaron que los requisitos adicionales aplicados, como por ejemplo la solicitud de ejecución de una sentencia arbitral, debían contener también lo siguiente:

- detalles sobre la forma de ejecución recabada, el nombre y la dirección del demandante y del demandado y de sus representantes, detalles referentes a la demanda, la sentencia arbitral y el acuerdo de arbitraje;
- documentación que demuestre que la sentencia arbitral se podía ejecutar en el país extranjero de que se tratara;
- un certificado del tribunal que hiciera constar que el demandado había sido debidamente notificado del lugar y la fecha del proceso arbitral, y un certificado de que las partes no habían expresado objeción alguna a la composición del órgano arbitral si esos datos no se habían indicado en la sentencia arbitral propiamente dicha.

Preguntas adicionales

36. Veintisiete Estados comunicaron que aplicaban los principios generales de procedimiento civil, sin aclarar si eso significaba que se iban a pedir condiciones adicionales. Quizá la Comisión desee obtener más aclaraciones sobre el particular y sobre los principios generales del procedimiento civil que se aplican en relación con el artículo IV de la Convención de Nueva York.

3.1 ¿Existe alguna disposición legislativa, norma procesal o disposición reglamentaria que detalle el procedimiento aplicable a la ejecución de una sentencia dictada conforme a la Convención? (véanse los artículos III y IV de la misma). Por ejemplo, ¿se precisa lo que se entiende por la expresión "debidamente autenticado" que figura en el artículo IV, el cual estipula que el demandante debe presentar "el original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad"?

37. Los Estados respondieron que, o bien las normas procesales generales referentes a las solicitudes de ejecución de sentencias arbitrales eran de aplicación, *mutatis mutantis,* a las solicitudes de ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, o bien no había disposiciones legislativas sobre el particular. Como el artículo IV no define el derecho según el cual ha de haber autenticación y certificación, esa cuestión ha dado origen a interpretaciones discrepantes de los tribunales de los Estados sobre si era de aplicación el derecho del Estado en el que se había dictado la sentencia arbitral, o el derecho del Estado en el que se había solicitado que se ejecutase la sentencia arbitral.

Preguntas adicionales

38. Quizá la Comisión desee decidir si deben proporcionarse más detalles sobre el particular, y si la Secretaría puede efectuar estudios complementarios basados en las respuestas al cuestionario, así como en otras fuentes de información.

3.2 ¿Cuáles son los derechos, gravámenes, impuestos o tasas que hay que pagar en relación con la petición de ejecución de una sentencia dictada conforme a la Convención, y cuáles son las bases para su cálculo? Se ruega especificar si alguno de esos pagos ha de efectuarse con independencia del éxito de la demanda o solo por un acta que decrete la ejecución de la sentencia.

39. En la conferencia diplomática en la que se concluyó la Convención de Nueva York, se rechazó una propuesta que preconizaba que las sentencias arbitrales extranjeras se trataran con arreglo a la legislación nacional (es decir, que las normas para la ejecución de una sentencia arbitral extranjera fueran idénticas a las normas que regían la ejecución de una sentencia arbitral nacional). La mayoría de los delegados en la Conferencia alegaron que, en sus países, las normas procesales que regían la ejecución de sentencias arbitrales nacionales eran diferentes de las normas procesales que regían el caso de las sentencias arbitrales extranjeras, y que la unificación de las normas para reconocer o ejecutar sentencias arbitrales extranjeras sería un obstáculo indebido cuando hubiera que tratar con normas procesales nacionales que eran diferentes[4]. En vez de ello se adoptó la fórmula consistente en no imponer "condiciones considerablemente más onerosas" al reconocimiento o la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras que las que se imponían a las sentencias arbitrales nacionales.

40. En 18 Estados no se preveía la imposición de derechos respecto del reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

41. En 55 Estados, que requerían el pago de derechos, esos derechos eran pagaderos independientemente de que la solicitud se zanjase o no con éxito. Esos derechos abarcaban desde los derechos de registro y los derechos tribunalicios corrientes, como por ejemplo una solicitud de autorización para ejecutar la sentencia arbitral, el endoso de la declaración jurada concomitante, la notificación de incoación de un proceso, y la aprobación ("sealing") de un mandamiento de ejecución[5].

---

[4] Véanse los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York, documento de referencia con la signatura E/CONF.26/SR.11 (disponible en el espacio WEB de la CNUDMI, http://www.uncitral.org.

[5] Según se ha comunicado, los derechos para la solicitud de ejecución, y la base sobre la cual se calculan, responden a uno de los conceptos siguientes:

- una cantidad fija que es de aplicación sea cual fuere la cuantía de la sentencia;
- una cantidad fija que se impone independientemente del éxito de la solicitud, además de otra cantidad (equivalente al 3 por ciento de la cuantía de la sentencia arbitral), pagadera una vez que se conceda la ejecución y que el acreedor proceda a ella;
- un derecho tribunalicio estándar con un derecho adicional pagadero en algunos casos según la forma de ejecución solicitada y la fase de ejecución alcanzada;
- un derecho de registro calculado sobre la base de la cantidad reclamada en la sentencia arbitral;
- un derecho tribunalicio consistente en el importe de una cuarta parte de un derecho proporcional calculado sobre el valor que sea objeto de la controversia y un timbre que puede exigirse si la ejecución ha dado el mismo efecto que acciones civiles para las que se requiere el pago de timbres;
- un timbre pagadero sea en forma de cantidad fija calculada como el 0,5 por ciento de la cuantía de la demanda o que se exija en caso de notificación de incoación de un proceso, la declaración jurada en apoyo de la solicitud, y el mandamiento que conceda autorización, así como el juicio;
- un derecho del 2 por ciento del valor de la controversia y, si no se puede determinar dicho valor, entonces habría que abonar una cantidad fija.

42. En general se comunicó que se requería el pago de derechos en el momento de ejecutarse la sentencia arbitral.

43. Un Estado indicó que la cuestión no se había estudiado todavía.

3.2.1. A título de comparación, ¿cuáles son los derechos, gravámenes, impuestos o tasas aplicables a la petición de ejecución de una sentencia dictada en su país o de una sentencia considerada interna por otros motivos en su país?

44. Los resultados de la encuestas indicaron que los Estados no habían exigido derechos o cargas más elevados por reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras que los que se exigían para el reconocimiento o ejecución de sentencias arbitrales dictadas con arreglo a su propia legislación.

45. En algunos Estados, que imponían derechos, gravámenes, impuestos o tasas respecto de una solicitud de ejecución de una sentencia arbitral extranjera, lo que se exigía era lo mismo que se exigía respecto de la ejecución de una sentencia arbitral dictada en su país o que por otros motivos se considerase como sentencia arbitral nacional.

46. En otros Estados que no exigían el pago de ningún derecho por el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera, tampoco se abonaba ningún derecho respecto de una sentencia arbitral nacional. En un Estado, el derecho pagadero por la ejecución más bien que por la solicitud de reconocimiento y ejecución se aplicaba tanto si la sentencia arbitral era extranjera como si era nacional. En otro Estado, el derecho de registro que se pagaba era el mismo, independientemente de que la sentencia arbitral fuera extranjera o nacional.

47. Ahora bien, en algunos Estados la respuesta no era tan precisa o bien había cierta disparidad. Por ejemplo, en un caso la respuesta declaraba que era difícil comparar los derechos impuestos respecto de la ejecución de una sentencia arbitral nacional con los de una sentencia arbitral extranjera, ya que los derechos que se aplicaban a cada una de ellas dependían del caso, de su naturaleza, de sus circunstancias, y de su fundamento.

48. En 2 Estados por lo menos, los derechos impuestos a la ejecución de sentencias arbitrales nacionales eran superiores a los impuestos a la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Sin embargo, en un Estado la ejecución de una sentencia arbitral nacional requería derechos inferiores por la presentación de una declaración jurada que los que se aplicaban respecto de la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. En otro Estado, los derechos eran idénticos pero los extranjeros tenían que proporcionar una garantía en algunos casos, cuando reclamaban un derecho de propiedad. En otro Estado, los derechos administrativos exigibles no establecían una diferencia entre sentencias arbitrales extranjeras y sentencias arbitrales nacionales, pero un derecho proporcional que se aplicaba respecto de las sentencias arbitrales extranjeras no se aplicaba a las sentencias arbitrales nacionales porque el procedimiento de ejecución de sentencias arbitrales nacionales era diferente del que se aplicaba a las sentencias arbitrales extranjeras.

Preguntas adicionales

49. Quizá la Comisión desee decidir si hay que proporcionar más detalles acerca de la cuestión, como por ejemplo los derechos pagaderos respecto de la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, y si la Secretaría puede efectuar estudios complementarios basados en las respuestas al cuestionario, así como en otras fuentes de información.

3.3. ¿Puede un demandante subsanar posteriormente cualquier deficiencia existente en los documentos presentados en el momento de pedir la ejecución de una sentencia dictada conforme a la Convención?

50. Había discrepancias entre las respuestas dadas a esa pregunta.

51. En 12 Estados, la disparidad se puede subsanar sin poner ninguna condición. En 22 Estados no había normas específicas sobre el particular y las normas generales para los procedimientos de derecho civil eran de aplicación. Por lo menos un Estado mencionó el hecho de que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional era aplicable a ese respecto. En el caso de 11 Estados, la legislación nacional no preveía semejante posibilidad o bien la cuestión estaba sin resolver y no había normas legislativas ni prácticas en esa esfera.

52. En 7 Estados, un demandante podía posteriormente corregir las deficiencias que hubiera en los documentos presentados para la solicitud de ejecución, pero se aplicaban diversas condiciones y limitaciones, como se indica a continuación.

53. Por lo que se refiere a la limitación de tiempo, los Estados prescribían en la legislación de aplicación lo siguiente:

- las normas procesales permitían que las partes subsanaran cualquier deficiencia de los documentos presentados cuando solicitaran la ejecución de una decisión arbitral extranjera;
- los tribunales, después de haber llevado a cabo un examen preliminar de la solicitud y haber descubierto las deficiencias que pudiera haber, darían al demandante un plazo de tiempo limitado para rectificar las deficiencias que hubiera, y si no lo hacía dentro del plazo que se le había dado, entonces el tribunal desestimaría la solicitud; o
- si no se cumplían los requisitos formales, se daría al demandante un plazo de una semana para corregir el documento.

54. En cuanto a las demás condiciones que se imponían a la naturaleza de la deficiencia que se podía subsanar, en las respuestas se señalaron las siguientes posibilidades:

- el derecho a subsanar deficiencias estaba limitado a situaciones en las que un tribunal pedía a un demandante que explicara los deficiencias que había en el documento, requiriendo que todas las partes fueran notificadas de la intención de corregir esas deficiencias y que no se formulara objeción alguna respecto de lo antedicho;
- un demandante podía subsanar las deficiencias, pero había excepciones en el caso de la ejecución de sentencias sobre bienes inmuebles;

- un demandante podía subsanar deficiencias siempre y cuando se tratara únicamente de deficiencias "formales", deficiencias de carácter procesal o errores de copia en los documentos del tribunal;

- solamente se podía subsanar la solicitud de ejecución, y no los demás documentos presentados en relación con ella;

- un demandante puede pedir al tribunal que entienda en la solicitud de ejecución que subsane todas las deficiencias de los documentos presentados, con el acuerdo y el conocimiento de la otra parte.

3.4. ¿Debe el demandante presentar siempre una traducción del acuerdo de arbitraje y la sentencia arbitral, incluso si puede considerarse que el tribunal conoce plenamente el idioma extranjero en que estén redactados esos documentos?

55. Se comunicó que:

- o bien la legislación requería en todos los casos una traducción del acuerdo de arbitraje y de la sentencia arbitral, independientemente de que se considerase que el tribunal había de estar totalmente familiarizado con el idioma extranjero en el que se expresaban los documentos;

- o bien esos documentos debían traducirse pero por regla general el tribunal tenía la facultad discrecional de hacer una excepción a esa norma si el tribunal y todas las partes pertinentes comprendían el idioma extranjero de que se tratara.

3.5. ¿Existe un plazo fijo para pedir el reconocimiento y la ejecución de una sentencia dictada conforme a la Convención? ¿Cuál es dicho plazo? Se ruega precisar si el plazo es el mismo para cualquier sentencia o sentencia dictada conforme a la Convención o si depende del tipo de reclamación que implique la sentencia.

56. La legislación de aplicación de los Estados variaba desde la ausencia de toda limitación para solicitar del tribunal el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales - aunque, al menos en uno de esos Estados, su respuesta indicaba que la solicitud debía hacerse dentro de un plazo razonable de tiempo que se determinaría según las circunstancias del caso - hasta la existencia de plazos límites de tiempo que variaban entre un mínimo de 1 mes[6] y un máximo de 30 años, aparte de la aplicación de diversas condiciones. En una gran mayoría de Estados se aplicaba el período normal de limitación. A pesar de que la Convención de Nueva York no especificaba un plazo de tiempo durante el cual debía solicitarse el reconocimiento y ejecución, la existencia de un plazo corto podría interpretarse como perjudicial para el propósito declarado de la Convención de Nueva York, que era facilitar ese reconocimiento y ejecución.

57. Ningún Estado comunicó que el período dependiera del tipo de demanda incorporada en la sentencia arbitral. Ahora bien, un Estado indicó que el período de limitación dependía de que la solicitud se hiciera en contra de una persona física o

---

[6] El Estado en el que se aplicaba el plazo límite de un mes indicó también que esa disposición no había sido interpretada todavía por los tribunales.

de una persona jurídica (el plazo límite era de un año para las personas físicas y de 6 meses para las personas jurídicas).

Preguntas adicionales

58. Quizá la Comisión desee decidir si hay que proporcionar más detalles sobre esa cuestión, y si la Secretaría puede efectuar estudios complementarios basados en las respuestas al cuestionario así como en otras fuentes de información.

3.6 Se ruega indicar los procedimientos que la parte contra la que se dirige la petición de ejecución puede seguir para formular objeciones a dicha petición con el fin de evitar la ejecución

59. La legislación de varios Estados requiere que la parte que plantee objeciones quede obligada a proporcionar pruebas de todas las circunstancias previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York. Un Estado comunicó que los motivos para plantear objeciones contra la solicitud de ejecución reflejaban principalmente los motivos que figuraban en la Convención de Nueva York y que la jurisprudencia reconocía que un tribunal poseía una facultad discrecional residual para denegar la ejecución por razones diferentes de las que se enumeran en la Convención de Nueva York.

60. Los Estados han descrito diversos procedimientos:

- principios generales de procedimiento civil aplicados a ese respecto;
- en la mayor parte de los Estados, la parte que formula la objeción ha de declarar ante el tribunal dentro de un plazo de tiempo definido (que, según de qué Estado se trate varía entre 8 y 45 días);
- una parte debe tener el mismo plazo de tiempo para responder a la solicitud que el fijado para la comparecencia, a fin de poder formular alegaciones, y el tribunal puede fijar un plazo límite para escuchar las pruebas;
- la parte respecto de la cual se solicita la ejecución pasará a ser, por fuerza de ley, participante en el proceso y existe una obligación de que las dos partes sean notificadas acerca de la fecha de la vista y reciban el derecho a declarar ante el tribunal, incluido el derecho de la parte contra la cual se solicita la ejecución a presentar alguna moción con miras a prevenir la ejecución de una sentencia arbitral;
- una orden que autorice a ejecutar una sentencia arbitral se concede normalmente ex parte y ha de ser comunicada al deudor, el cual puede, dentro de un plazo de 14 días, solicitar que se desestime la orden; la sentencia arbitral puede ejecutarse contra el deudor como cualquier otro fallo si no se ha presentado durante ese período ninguna solicitud para que se desestime la orden o, de haberse presentado alguna, si no ha sido aceptada;
- en un Estado no había ningún procedimiento especificado para que una parte formulara objeciones, aunque la legislación pertinente permitía que un tribunal denegara la ejecución, y en otro Estado esa cuestión no se había estudiado.

Preguntas adicionales

61. Para comprender todos los procedimientos que la parte contra la cual se solicita la ejecución puede utilizar para formular objeciones contra la solicitud de ejecución a fin de evitar dicha ejecución, quizá la Comisión desee decidir si deben añadirse otras preguntas al cuestionario, o si se puede tratar de ellas en otro estudio, según se indica a continuación:

- ¿qué práctica se sigue en cada Estado por lo que se refiere a la aplicación del artículo VII de la Convención de Nueva York? En realidad, solamente un Estado mencionó que aplicaba sistemáticamente las disposiciones más favorables de su propia legislación en vez de las disposiciones de la Convención de Nueva York, según se permitía expresamente en el artículo VII de la Convención de Nueva York. Una información más completa acerca del contenido de la legislación nacional que los Estados estimaban que era más favorable que las condiciones establecidas en la Convención de Nueva York podría ser sumamente útil, sobre todo para poder determinar las posibles tendencias en esa esfera. Por otra parte, convendría recopilar informaciones sobre los motivos, diferentes de los enumerados en la Convención de Nueva York, sobre cuya base se podía denegar la ejecución;
- en cuanto a los motivos para denegar la ejecución que se definen en el artículo V de la Convención de Nueva York, la cuestión que se plantea es la forma en que los Estados interpretan la expresión “orden público” mencionada en el artículo V 2 (b) la Convención de Nueva York;
- algunos Estados mencionaron que la Convención de Nueva York se interpretará de conformidad con la Constitución; quizá convenga obtener informaciones acerca de los principios constitucionales que los Estados estimen aplicables en relación con la interpretación de la Convención de Nueva York y su legislación de aplicación.

3.7 Se ruega indicar los procedimientos y el tribunal competente para cualquier apelación u otro recurso posible contra una resolución que deniegue la ejecución de una sentencia.

62. En 44 Estados era posible interponer recurso contra una decisión que denegara la aplicación de una sentencia arbitral; dicho recurso no existía en solamente 5 Estados. El demandante podía utilizar el mismo procedimiento de apelación que se aplicaba a los litigios civiles corrientes contra un fallo judicial que denegara la ejecución de una sentencia arbitral. Los procedimientos variaban respecto de diversas cuestiones, incluido el tribunal competente para ocuparse de la cuestión y el plazo durante el cual las partes podían interponer una apelación.

Preguntas adicionales

63. Quizá la Comisión desee decidir si se deben proporcionar más detalles sobre esa cuestión, y si la Secretaría puede efectuar estudios complementarios basados en las respuestas al cuestionario así como en otras fuentes de información.

3.8 Se ruega indicar los procedimientos y el tribunal competente para cualquier apelación u otro recurso posible contra una autorización de ejecución

64. Una apelación u otro recurso contra una autorización de ejecución era posible en 66 Estados, 15 de los cuales indicaron que eran de aplicación las disposiciones

procesales civiles corrientes. Los procedimientos variaban por lo que se refería a cuestiones como el tribunal competente para ocuparse de la cuestión, o el plazo durante el cual las partes podían interponer una apelación. Ocho Estados respondieron que su legislación no preveía ningún recurso contra la autorización de ejecución.

3.8.1 La presentación de la apelación u otro recurso, ¿suspende automáticamente la ejecución de la sentencia? ¿O bien puede la suspensión ser ordenada, previa petición, por el tribunal o la autoridad?

65. No había ninguna solución uniforme para esta cuestión. Sesenta y tres Estados disponían que el recurso contra la autorización de ejecución era posible. Veintiséis Estados indicaron que la interposición del recurso suspendía automáticamente la ejecución de la sentencia arbitral. En 38 Estados no existía la suspensión automática, pero en una gran mayoría de esos Estados, la suspensión podía ser ordenada por un tribunal competente previa solicitud. En 2 Estados federales se preveían esas dos posibilidades en relación con la suspensión, según el lugar y el tipo de caso. En un Estado no se disponía nada acerca de los efectos de un fallo judicial; un Estado no respondió.

Preguntas adicionales

66. Quizá la Comisión desee decidir si deben proporcionarse más detalles sobre esa cuestión, y si la Secretaría puede efectuar estudios complementarios basados en las respuestas al cuestionario así como en otras fuentes de información.

D. Observaciones

¿Tiene Ud. más observaciones que formular acerca de las normas que rigen la aplicación de la Convención en su país?

67. Muy pocos Estados formularon observaciones. Tres Estados mencionaron que la Convención de Nueva York no se había aplicado todavía en su país, y un Estado indicó que las recientes reformas del procedimiento civil podían repercutir en la aplicación de la Convención de Nueva York en el futuro. Un Estado destacó que su legislación nacional sobre las condiciones para el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales eran más liberales que las de la Convención de Nueva York, y que por lo tanto se aplicaba la legislación nacional, y no la Convención de Nueva York al reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales, de conformidad con el artículo VII de la Convención de Nueva York.

Conclusión

68. La breve sinopsis general que precede ofrece un panorama general de las respuestas recibidas referentes a la aplicación de la Convención de Nueva York y es útil para facilitar los debates en cuanto a las próximas medidas que se adopten.

69. Por lo que se refiere a la primera cuestión, que es la incorporación de la Convención de Nueva York a los regímenes jurídicos nacionales, los Estados consideraban en general que el método de incorporación era neutral en cuanto a la

aplicación de la Convención de Nueva York. Ahora bien, la encuesta destacaba algunos ámbitos de incertidumbre:

- algunos Estados poseían un régimen constitucional en virtud del cual una convención internacional sólo entraba en vigor previa promulgación de la legislación de aplicación; en algunos de esos Estados, esa legislación no se había promulgado por lo que se refería a la Convención de Nueva York; para los Estados que no habían incorporado la Convención de Nueva York mediante normas legislativas de aplicación, podía suceder que su aplicación por los jueces pasara inadvertida;
- en cuanto a los Estados que habían promulgado legislación que parafraseaba la Convención de Nueva York, la discrepancia entre los textos constituía una fuente de posibles dificultades para la consecución de uniformidad en la interpretación y aplicación de la Convención de Nueva York. Ahora bien, por lo que se refería a esa última cuestión, la encuesta indicaba que muy pocos Estados habían parafraseado el texto de la Convención de Nueva York en su legislación de aplicación.

70. En cuanto a la cuestión de las reservas, la encuesta dejaba bien sentado que el hecho de que la Convención de Nueva York no ofreciera una definición del término "comercial" podía ser la causa de que hubiera discrepancias de aplicación por lo que se refería a la reserva comercial. Además, la reserva comercial podía originar conflictos de leyes pues esa disposición no especificaba si la palabra "comercial" debía interpretarse en el sentido de que se refería a la legislación del Estado en el que se había dictado la sentencia arbitral o a la legislación del Estado del cual una parte estaba procurando que se ejecutara la sentencia arbitral.

71. Por lo que se refería a la importante cuestión de si los Estados parte en la Convención de Nueva York habían incluido en su legislación de aplicación para el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales requisitos adicionales que no se preveían en la Convención de Nueva York, se hizo notar que la aplicación de normas procesales nacionales a cuestiones respecto de las cuales la Convención de Nueva York no se pronunciaba podía dar lugar a soluciones divergentes para cuestiones como los requisitos aplicables a una solicitud de ejecución; los derechos, gravámenes, impuestos o tasas que había que abonar en relación con dicha solicitud; la corrección de deficiencias de la solicitud; el plazo de tiempo para solicitar el reconocimiento y la ejecución, y los procedimientos y tribunales competentes para interponer recursos contra una decisión que deniegue la ejecución de una sentencia arbitral.

72. Debe tenerse en cuenta también que algunos países han adoptado un enfoque más liberal respecto del reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras que las condiciones que se enuncian en la Convención de Nueva York y que, por lo tanto, había que llevar a cabo un estudio adicional sobre la aplicación por los Estados del artículo VII de la Convención de Nueva York a fin de complementar la encuesta.

73. Quizá la Comisión desee considerar si conviene pedir a la Secretaría que obtenga más informaciones de los Estados o que efectúe nuevos estudios a fin de poder preparar un informe más completo sobre la legislación de aplicación de la

Convención de Nueva York. Para conseguirlo, el enfoque que se define a continuación se presenta a la Comisión para su consideración y debate:

- podría ser conveniente que cada Estado designase a un experto nacional que pudiera proporcionar informaciones más detalladas acerca de los asuntos planteados, centrándolas en particular en los requisitos procesales adicionales incluidos por algunos Estados y en cuestiones de transparencia de los requisitos para el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera;
- quizá sea necesario complementar el cuestionario con preguntas o estudios adicionales referentes a lo siguiente: normas que determinan la jerarquía entre los instrumentos internacionales y la legislación nacional (véase la pregunta 1, en particular el punto 1.1.7); reserva comercial y reserva de reciprocidad (véase la pregunta 1.2); forma del acuerdo de arbitraje (véase la pregunta 1.3); informaciones sobre los aspectos procesales del reconocimiento y la ejecución (véase la pregunta 2); y requisitos adicionales o disposiciones más liberales para el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras que los Estados hayan incluido en su legislación (véanse las preguntas 2, 3, 3.1, 3.2.1, 3.5, 3.6, 3.7, y 3.8.1);
- quizá la Comisión desee considerar si el enfoque adoptado para la preparación del informe preliminar, incluido el estilo de su presentación y el grado de detalle, son apropiados o si debería incluirse también, por ejemplo, un número mayor de indicaciones con inclusión de los nombres de los Estados.

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/Rev.1), publicada en 2000 y disponible en el espacio Web de la CNUDMI, (http://www.uncitral.org).

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. ASISTENCIA TÉCNICA PARA LA REFORMA DEL DERECHO

Nota del Secretaría sobre la asistencia técnica

(A/CN.9/586) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II	Textos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	3-4
III.	Asistencia técnica para la reforma del derecho	5-7
IV.	Actividades de asistencia técnica	8
V.	Financiación extrapresupuestaria	9-14
VI.	Participación en otras actividades	15
VII.	Actividades futuras	16-17
VIII.	Concurso Internacional de Arbitraje Comercial Simulado Willem C. Vis	18
IX.	Programa de pasantías	19-20

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)*, celebrado en 1987, las actividades de asistencia técnica figuran entre las principales prioridades de la Comisión. Estas actividades promueven el conocimiento y la adopción de los textos jurídicos que produce la Comisión y son especialmente útiles para los países en desarrollo que carecen de conocimientos en los ámbitos del comercio y el derecho mercantil incluidos en la labor de la CNUDMI. Es evidente que la reforma del derecho mercantil, basada en instrumentos internacionales armonizados, influye en la capacidad de los emprendedores de todos los Estados para participar en el comercio internacional. Este comercio contribuye significativamente a aumentar el bienestar de las sociedades y es un factor importante a la hora de lograr el desarrollo sostenible y la estabilidad social. Así pues, las actividades de asistencia técnica de la secretaría pueden desempeñar un importante papel en los esfuerzos de integración económica que están realizando muchos países.

* *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 37º período de sesiones, celebrado en 2004 (A/CN.9/560, de 21 de abril de 2004) y se indican posibles actividades futuras de asistencia técnica, teniendo en cuenta las solicitudes recibidas por la Secretaría.

II. Textos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

3. 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 la elaboración de ese marco, por su mandato, que consiste en preparar y promover la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos en diversas esferas de gran importancia del derecho mercantil, entre ellas, la compraventa, la solución de controversias, la contratación pública, la banca, los pagos y la insolvencia, el transporte y el comercio electrónico. Esos textos son ampliamente aceptables ya que ofrecen soluciones apropiadas a distintos ordenamientos jurídicos y a países en diferentes etapas de desarrollo económico.

4. Entre esos instrumentos cabe citar los siguientes:

a) En materia de ventas, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías[1] y la Convención de las Naciones Unidas sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías[2];

b) En materia de solución de controversias, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras[3] (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[4], el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI[5], la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional[6], las notas de la CNUDMI sobre la organización

---

[1] Once de abril de 1980, Naciones Unidas*, Treaty Series*, vol. 1489, pág. 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.

[2] *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; Naciones Unidas*, Treaty Series*, vol. 1511, págs. 77 y 99*; Anuario de la CNUDMI 1980,* parte III, cap. I, secc. C.

[3] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, núm. 4739.

[4] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/31/17), párr. 57; *Anuario de la CNUDMI 1976*, parte 1, cap. II, secc. A.

[5] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/35/17), cap. V, secc. A, párr. 106, *Anuario de la CNUDMI 1980*, parte 3, cap. II.

[6] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/40/17), anexo I; *Anuario de la CNUDMI 1985*, parte 3, cap. I.

del proceso arbitral[7], y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional[8];

c) En materia de contratación pública, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios[9] y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada[10].

d) En materia de banca y pagos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional[11], la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente[12], la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito[13], y la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales[14];

e) En materia de insolvencia, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza[15] y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia[16];

f) En materia de transporte, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías, 1978 (Reglas de Hamburgo)[17] y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional[18]; y

g) En materia de comercio electrónico, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[19] y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas[20].

---

[7] *Anuario de la CNUDMI 1996*, parte 3, cap. II.

[8] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), anexo I; *Anuario de la CNUDMI 2002*, parte 3.

[9] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/49/17), anexo I; *Anuario de la CNUDMI 1994*, parte 3, cap. I.

[10] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.01.V.4, A/CN.9/SER.B/4.

[11] *Anuario de la CNUDMI 2002*, parte 3; *resolución 56/81 de la Asamblea General, anexo*.

[12] Nueva York, 11 de diciembre de 1995, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2169, pág. 163; *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/50/17), anexo I.

[13] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/47/17), anexo I.

[14] *Anuario de la CNUDMI 1988*, parte 3, cap. I; *resolución 43/165 de la Asamblea General, anexo*.

[15] *Anuario de la CNUDMI 1992*, parte 3, cap. I.

[16] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 55.

[17] Hamburgo, 31 de marzo de 1978, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1695, pág. 3; *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.

[18] A/CONF.152/13, anexo.

[19] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I.

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

III. Asistencia técnica para la reforma del derecho

5. 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 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 asistencia técnica de la Comisión y para que cooperaran con la Comisión y coordinaran sus actividades con las de ésta.

6. 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. La secretaría de la CNUDMI está dispuesta a prestar asistencia técnica y asesoramiento a los Estados que están considerando la posibilidad de firmar o ratificar las convenciones de la CNUDMI o de adherirse a ellas, así como a los Estados que están en vías de revisar su legislación mercantil.

7. Las actividades de asistencia técnica que efectúa la secretaría de la CNUDMI incluyen: la organización de misiones de información y seminarios y la participación en conferencias para familiarizar a los participantes con los textos de la CNUDMI y su utilización; evaluaciones de las reformas legislativas para ayudar a los gobiernos, los órganos legislativos y otras autoridades de los países en desarrollo y de otros países a revisar la legislación existente y evaluar la necesidad de proceder a una reforma legislativa en la esfera mercantil; asistencia para la redacción de legislación nacional a fin de aplicar los textos de la CNUDMI; asistencia a los organismos de desarrollo internacional, como el Banco Mundial, para que utilicen los textos de la CNUDMI en sus actividades y proyectos de reforma legislativa; asesoramiento y asistencia a las organizaciones internacionales y de otra índole, como asociaciones profesionales, organizaciones de abogados, cámaras de comercio y centros de arbitraje, respecto de la utilización de los textos de la CNUDMI; y organización de actividades colectivas de capacitación para facilitar al personal judicial y otros profesionales del derecho la aplicación e interpretación de la legislación comercial moderna basada en los textos de la CNUDMI.

IV. Actividades de asistencia técnica

8. Desde el período de sesiones anterior, la secretaría de la CNUDMI ha organizado actividades de asistencia técnica en diversos Estados.

a) Las actividades que se indican a continuación se financiaron con recursos del Fondo Fiduciario para simposios de la CNUDMI (el número de participantes es aproximado):

i) Bakú (Azerbaiyán) (26 y 27 de abril de 2004), seminario realizado en cooperación con el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Desarrollo Económico (20 participantes);

ii) Belgrado (Serbia y Montenegro) (4 y 5 de junio de 2004), seminario realizado en cooperación con el Centro Europeo para la Paz y el Desarrollo de la Universidad de la Paz (12 participantes);

iii) Bangkok (Tailandia) (7 a 9 de julio de 2004), seminario celebrado en ocasión de la Conferencia Regional de Expertos de la CESPAP en desarrollo armónico de los sistemas jurídicos y normativos para el desarrollo del comercio electrónico en Asia y el Pacífico (80 participantes);

iv) Bangkok (Tailandia) (12 a 16 de julio de 2004), consultas con el poder judicial tailandés acerca de las relaciones entre sistemas judiciales y arbitraje (150 participantes);

v) Sao Paulo (Brasil) (14 a 16 de septiembre de 2004), en cooperación con el Ministerio de Planificación, Presupuesto y Gestión, seminario sobre compras del sector público y comercio electrónico en el marco del Cuarto Seminario Internacional sobre Adquisiciones Públicas (700 participantes);

vi) Ljubljana (Eslovenia) (18 y 19 de febrero de 2005), participación en el Grupo de Trabajo sobre la reforma del derecho arbitral para ayudar a redactar una nueva ley basada en las leyes modelo de la CNUDMI sobre el arbitraje comercial internacional y la conciliación comercial internacional (5 participantes);

vii) Ljubljana (Eslovenia) (18 y 19 de febrero de 2005), consultas con el Consejo Ejecutivo de la Asociación de Abogados de Eslovenia (8 participantes) y seminario sobre derecho mercantil internacional para el programa de LLM (25 participantes);

viii) Ciudad del Cabo (Sudáfrica) (15 a 17 de marzo de 2005), seminario sobre la CNUDMI y la utilización de las leyes modelo como instrumento para la armonización regional del derecho mercantil internacional, conferencia de la Asociación de Organismos del África oriental y meridional para la reforma del derecho (ALRAESA) (100 participantes);

ix) Addis Abeba (Etiopía) (18 a 20 de abril de 2005), seminario sobre la labor de la CNUDMI y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, reunión de funcionarios del Mercado Común del África Meridional y Oriental (MECAFMO).

b) La secretaría de la CNUDMI proporcionó asistencia desde Viena para la redacción de textos legislativos y de otra índole en los casos siguientes:

i) UE: observaciones sobre el documento de debate relativo a la posible ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (2004 y prosigue);

ii) Macedonia: reforma de la ley de insolvencia (16 y 17 de diciembre de 2004);

iii) Serbia: ley de la mediación (2004 y prosigue);

iv) Organización de Telecomunicaciones del Commonwealth: el arbitraje y las reglas de conciliación para un centro de solución de controversias (a partir de diciembre de 2004);

v) Pakistán: observaciones sobre un proyecto de ley para aplicar la Convención de Nueva York (2004);

vi) Indonesia: asistencia al Banco de Indonesia en relación con un proyecto de ley de transferencia de fondos (2004); y

vii) Jordania: observaciones sobre un proyecto de código marítimo (2005).

V. Financiación extrapresupuestaria

a) Fondo Fiduciario para los simposios de la CNUDMI

9. En vista de la importancia que tiene la financiación extrapresupuestaria para aplicar el componente 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 consideren la posibilidad de hacer contribuciones al Fondo Fiduciario para los simposios de la CNUDMI, de ser posible en forma de contribuciones plurianuales, a fin de facilitar la planificación y de que la secretaría pueda satisfacer el número cada vez mayor de solicitudes de asistencia legislativa presentadas por los países en desarrollo y los Estados con economías en transición. La secretaría proporciona información sobre la forma de hacer estas contribuciones.

10. En el período objeto de examen, se recibieron contribuciones de Suiza, Singapur y México. Tal vez la Comisión desee expresar su reconocimiento a esos Estados.

b) Fondo Fiduciario de la CNUMDI para conceder asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo miembros de la CNUDMI

11. La Comisión recordará 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 los países en desarrollo que son miembros de la CNUDMI. El Fondo Fiduciario que se estableció de este modo puede recibir contribuciones financieras voluntarias de Estados, organizaciones intergubernamentales, organizaciones de integración económica regional, instituciones nacionales y organizaciones no gubernamentales, así como de personas naturales y jurídicas. En el período objeto de estudio, no se recibió ninguna contribución.

12. Para asegurar la plena participación de todos los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la CNUDMI y sus Grupos de Trabajo, la Comisión podría reiterar su llamamiento a los órganos pertinentes del sistema de las Naciones Unidas, a organizaciones, instituciones y personas para que hagan contribuciones voluntarias

al Fondo Fiduciario destinado a prestar asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que son miembros de la Comisión.

13. Se recordará que en su resolución 51/161, de 16 de diciembre de 1996, la Asamblea General decidió incluir los Fondos Fiduciarios para los simposios y para la asistencia para gastos de viaje 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.

c) Otras contribuciones a la asistencia técnica

14. Varios Estados y organizaciones contribuyen al programa de asistencia técnica de la Comisión proporcionando fondos o personal o acogiendo seminarios. La Comisión podría expresar su reconocimiento a esos Estados y organizaciones.

VI. Participación en otras actividades

15. Funcionarios de la secretaría de la CNUDMI han participado como oradores en diversos seminarios, conferencias y cursos en que se han examinado textos de la CNUDMI con miras a su posible aprobación o utilización. La participación de funcionarios de la secretaría en los seminarios y conferencias y cursos que se indican a continuación o bien corrió por cuenta de la institución que organizó los acontecimientos o por cuenta de otra organización y, en algunos casos, se financió, total o parcialmente, con recursos del presupuesto ordinario de las Naciones Unidas para gastos de viaje:

a) Conferencia regional de la Asociación Internacional de Abogados "La insolvencia está cambiando en todo el mundo - cómo y por qué" (Sevilla (España), 18 a 20 de abril de 2004);

b) Conferencia sobre las investigaciones mundiales en materia de solución de controversias (La Haya (Países Bajos), 22 y 23 de abril de 2004);

c) Coloquio relativo a la reforma del derecho sobre las operaciones garantizadas - el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (Clermont-Ferrand (Francia), 23 de abril de 2004);

d) Universidad Pablo de Olavide, conferencia sobre la contratación electrónica (Sevilla (España), 7 de mayo de 2004);

e) 17º Congreso del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial "Perspectivas en materia de arbitraje comercial internacional" (Beijing y Shangai (República Popular de China), 16 a 19 de mayo de 2004);

f) Conferencia patrocinada por el Centro Jurídico de Cooperación Europea e Internacional respecto de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Colonia (Alemania), 25 de mayo de 2004);

g) Conferencias para la Universidad Central Europea (Budapest (Hungría), 25 de mayo de 2004);

h) Comisión de prácticas contractuales de la Cámara de Comercio Internacional (Roma (Italia), 27 y 28 de mayo de 2004);

i) 38ª Conferencia del Comité Marítimo Internacional (CMI) (Vancouver (Canadá), 31 de mayo a 2 de junio de 2004);

j) Reunión de coordinación entre la CNUDMI, la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Centro de Comercio Internacional (CCI), UNIDROIT y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (Ginebra (Suiza), 1º de junio de 2004);

k) Cuarta conferencia anual sobre arbitraje comercial internacional patrocinada por la Asociación de Abogados del Canadá (Ottawa (Canadá) 10 a 12 de junio de 2004);

l) XI UNCTAD (Sao Paulo (Brasil), 13 a 18 de junio de 2004);

m) Simposio sobre la solución de controversias en línea patrocinado por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (Ginebra (Suiza), 14 a 16 de junio de 2004);

n) Conferencia sobre la solución de controversias en la economía global (Bolonia (Italia), 18 de junio de 2004);

o) Conferencia regional de expertos patrocinada por la CESPAP sobre el desarrollo armónico de los sistemas jurídicos y normativos para el comercio electrónico en Asia y el Pacífico (Bangkok (Tailandia), 7 a 9 de julio de 2004);

p) Orientación sobre el marco jurídico del comercio electrónico en cooperación con la Unión Internacional de Telecomunicaciones (OIT) (Dar Es Salaam (Tanzania), 13 a 16 de julio de 2004);

q) Programa escolar de verano para estudiantes universitarios patrocinado por la Universidad de Economía y Derecho de Hamburgo y la Universidad de Tecnología de Sidney (Hamburgo (Alemania), 19 y 20 de julio de 2004);

r) Primer simposio sobre el fortalecimiento de los centros de arbitraje y de mediación (Chamonix (Francia), 2 y 3 de septiembre de 2004);

s) Foro jurídico de los Balcanes 2004, Comercio y derecho en el sudeste de Europa (Sofía (Bulgaria), 17 de septiembre de 2004);

t) Grupo de estudio de UNIDROIT relativo a las normas sustantivas armonizadas sobre valores en poder de intermediarios (Budapest (Hungría), 18 a 22 de septiembre de 2004);

u) Consultas con el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Justicia (París (Francia), 20 de septiembre de 2004) y la Comisión Europea (Bruselas (Bélgica), 27 de septiembre de 2004);

v) Simposio sobre la ley sueca de arbitraje de 1999: cinco años después - examen crítico de los puntos fuertes y débiles (Estocolmo (Suecia), 7 y 8 de octubre de 2004);

w) Conferencia Regional de la INSOL (Praga (República Checa), 7 y 8 de octubre de 2004);

x) Reunión de la Junta de Comercio y Desarrollo (UNCTAD) (Ginebra (Suiza), 14 de octubre de 2004);

y) Conferencia sobre solución alternativa de controversias administrada por las cámaras de comercio y patrocinada por la Cámara de Comercio de Nápoles (Nápoles (Italia), 22 de octubre de 2004);

z) Conferencia Anual de la Asociación Internacional de Abogados (Auckland (Nueva Zelandia), 25 a 28 de octubre de 2004);

aa) Conferencia sobre las cuestiones de derecho internacional privado que plantea el comercio electrónico, patrocinada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (La Haya (Países Bajos), 25 a 28 de octubre de 2004);

bb) Conferencia patrocinada por la Asociación Internacional de Abogados sobre el arbitraje internacional en España (Madrid (España), 3 a 5 de noviembre de 2004);

cc) Reuniones de seguimiento para fomentar la cooperación regional, patrocinada por USAID y Chemonics (Almaty (Kazajstán) y Bishkek (Kirguistán), 15 a 17 de noviembre de 2004);

dd) Consultas con el Ministerio de Justicia de Alemania respecto del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas (Berlín (Alemania), 15 de noviembre de 2004);

ee) Comisión de derecho y práctica comercial de la Cámara de Comercio Internacional (París (Francia), 17 de noviembre de 2004);

ff) Seminario patrocinado por el Instituto T.M.C. Asser sobre el derecho internacional privado y el arbitraje en la Unión Europea ampliada (Praga (República Checa), 19 de noviembre de 2004);

gg) Consultas con el Director de la División del Comercio Internacional de Bienes y Servicios y de los Productos Básicos de la UNCTAD; conferencia patrocinada por la Asociación Suiza de Arbitraje sobre la solución de controversias en línea (Ginebra (Suiza), 24 y 25 de noviembre de 2004);

hh) Conferencia relativa a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional patrocinada por la Universidad de Valencia (Valencia (España), 26 de noviembre de 2004);

ii) 12ª Conferencia Croata de Arbitraje (Zagreb (Croacia), 2 y 3 de diciembre de 2004);

jj) Simposio sobre instrumentos de financiación internacional patrocinado por el Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (APEC) (Singapur, 14 a 16 de diciembre de 2004);

kk) Consultas con el Ministerio de Justicia de Serbia y con el Grupo de Trabajo del SEED sobre el proyecto de ley de mediación (Belgrado (Serbia), 14 de diciembre de 2004);

ll) Curso para juristas sobre empresa y desarrollo patrocinado por la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo (IDLO) (Roma (Italia), 9 y 10 de febrero de 2005);

mm) Comité Marítimo Internacional (CMI) y Gobierno de Suecia - Mesa redonda sobre el comercio electrónico, los documentos de transporte, los derechos de control y la transferencia de derechos (Londres (Reino Unido), 23 a 25 de febrero de 2005);

nn) Conferencia sobre la ley de arbitraje patrocinada por R.I.Z, la CNUDMI y DIS y las Jornadas de Arbitraje de Petersberg 2005 (Colonia y Petersberg (Alemania), 2 a 5 de marzo de 2005);

oo) Sexto Coloquio Judicial Multinacional patrocinado por la INSOL y la CNUDMI y Séptimo Congreso Mundial de la INSOL Internacional (Sidney (Australia), 11 a 16 de marzo de 2005);

pp) Seminario sobre derecho mercantil presentado por Reforma del Desarrollo del Derecho Mercantil (CDLP) (Manama (Bahrein), 27 a 29 de marzo de 2005);

qq) Conferencia sobre la conciliación patrocinada por Desarrollo Empresarial en el Sudeste de Europa (SEED) (Belgrado (Serbia), 31 de marzo de 2005).

VII. Actividades futuras

16. Para el resto de 2005 se han previsto seminarios y misiones de información sobre la prestación de asistencia jurídica en África, Asia, Europa oriental y Sudamérica. Como los gastos de viaje de las actividades de asistencia técnica no se sufragan con cargo al presupuesto ordinario, la capacidad de la secretaría para poner en práctica esos planes dependerá de que se reciban fondos suficientes en forma de contribuciones al Fondo Fiduciario para los simposios de la CNUDMI.

17. Como en años anteriores, la secretaría ha convenido en copatrocinar el próximo curso de posgrado sobre derecho mercantil internacional de tres meses de duración que organizarán 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 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 efectuada en el pasado y la que está en marcha. Se espera que al menos un estudiante del curso participará en el programa de pasantías de las Naciones Unidas con la CNUDMI, del que se habla en el párrafo 19 *supra*.

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

18. Como se viene haciendo desde que se creó, la secretaría copatrocinó el 11º Concurso Internacional de Arbitraje Comercial Simulado Willem C. Vis en Viena, del 19 al 24 de marzo de 2005. El Concurso suele estar organizado por el Prof. Eric Bergsten del Instituto de Derecho Comercial Internacional de la Escuela de Derecho de la Universidad Pace y se suele celebrar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena. En vista de la amplia participación internacional, con 154 equipos de 49 países en 2005, se considera que el Concurso es una excelente forma de divulgar información sobre textos jurídicos uniformes y de enseñar derecho mercantil internacional. Como se ha hecho hasta ahora, la secretaría ofreció conferencias a los participantes en el Concurso.

IX. Programa de pasantías

19. 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 14 pasantes procedentes de Alemania, la Argentina, Australia, Austria, el Brasil, el Canadá, Eslovenia, España, la India, Indonesia y Túnez. A los pasantes se les asignan tareas como, por ejemplo, la

realización de investigaciones básicas o avanzadas, 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, tal vez la Comisión desee invitar a Estados Miembros, universidades y otras organizaciones, además de las que ya lo hacen, a que consideren la posibilidad de patrocinar la participación de jóvenes abogados, en particular de países en desarrollo, en el programa de pasantías de las Naciones Unidas con la CNUDMI.

20. Además, de vez en cuando 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. En el último año efectuaron investigaciones en la CNUDMI 35 especialistas de 15 países.

IX. SITUACIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI

A. Situación de las convenciones y leyes modelo (A/CN.9/583) [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*).

A/CN.9/580

B. Nota de la Secretaría sobre la evolución del régimen de la insolvencia: adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza; aplicación de protocolos transfronterizos y de pautas para la comunicación interjudicial; y jurisprudencia interpretativa de "centro de los principales intereses" y "establecimiento" de una empresa en la Unión Europea

(A/CN.9/580 y Add.1 y 2) [Original: inglés]

ÍNDICE

Párrafos

I. Introducción 1

II. Evolución del régimen legal de la insolvencia transfronteriza 2-79

a) Adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza 2-17

b) Protocolos 18-48

c) Comunicaciones entre los tribunales. 49-57

d) Novedades en la interpretación del Reglamento del Consejo de Europa Nº 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia . . . 58-79

I. Introducción

1. La presente nota informa sobre la evolución observada en el régimen legal de la insolvencia transfronteriza, particularmente en lo concerniente a la adopción del régimen de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, la utilización de protocolos y pautas para la comunicación transfronteriza entre tribunales judiciales en casos de insolvencia transfronteriza, y la interpretación de términos como "centro de los principales intereses" y "establecimiento" en sentencias pronunciadas en la Unión Europea con arreglo al Reglamento sobre procedimientos de insolvencia Nº 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, del Consejo de Europa. En la adición A/CN.9/580/Add.1 se presenta un breve informe sobre las actividades actuales de las organizaciones internacionales en lo concerniente al régimen de la insolvencia.

II. Evolución del régimen legal de la insolvencia transfronteriza

a) Adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza

2. Se han aprobado leyes inspiradas en la Ley Modelo en Eritrea; en México[1]; en Serbia y Montenegro, por Montenegro[2]; en Japón[3]; en Sudáfrica[4]; en Rumania[5]; en Polonia[6]; y en las Islas Vírgenes Británicas[7]. El Reino Unido[8] ha aprobado una ley por la que se autoriza la introducción del régimen de la Ley Modelo por vía reglamentaria. Cierto número de países están examinando proyectos de ley inspirados en la Ley Modelo, entre los que cabe citar los Estados Unidos de América, la Argentina y el Pakistán, mientras que otros países han formulado recomendaciones de que se introduzca dicho régimen por vía legal, entre los que cabe citar Australia, Nueva Zelandia y el Canadá. La ley española de la insolvencia 22/2003, que entró en vigor en 2004, contiene a la vez disposiciones inspiradas en el régimen de la Ley Modelo y disposiciones basadas en el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia del Consejo de Europa.

3. Si bien algunas de las leyes por las que se ha incorporado el régimen de la Ley Modelo al derecho interno han promulgado su texto con escasos cambios, cabe también señalar ciertos cambios de diversa importancia efectuados al adoptarse su régimen. A continuación se reseñan algunos de esos cambios, sin que esa reseña sea siempre un reflejo exacto del cambio efectuado.

i) Ámbito de aplicación del régimen legal interno: artículo 1

4. Conforme se previó en el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley Modelo, diversos países han excluido a ciertas categorías de entidades del régimen de la Ley Modelo. Por ejemplo, cabe citar tanto a las entidades bancarias como a las compañías de seguros (Rumania y Polonia); a las instituciones financieras y de inversión, a toda entidad que sea miembro de una bolsa o de una lonja de contratación, así como a las cámaras de compensación, las sociedades de corretaje y los agentes comerciales (Rumania); a toda persona que disfrute de una licencia para ciertos servicios financieros (Islas Vírgenes Británicas); y a los consumidores (México). Un país ha reflejado en su nueva ley el ámbito tradicional de su propio régimen legal de la insolvencia, al limitar su alcance a toda persona natural o jurídica designable como "comerciante" (México).

ii) "Centro de sus principales intereses": artículo 2 y párrafo 3 del artículo 16

---

[1] Ley de Concursos Mercantiles, D.O. 12 de mayo de 2000 (México).

[2] Ley de insolvencia y reorganización de empresas, febrero de 2002.

[3] Ley de asistencia y reconocimiento de procedimientos de insolvencia en el extranjero (Ley núm. 129 de 2000).

[4] Ley de insolvencia transfronteriza, 42 (2000), art. 34 (Sudáfrica).

[5] Ley núm. 637 de 7 de diciembre de 2002 sobre relaciones de derecho internacional privado en el campo de la insolvencia.

[6] Ley sobre insolvencia y reorganización de empresas de 28 de febrero de 2003.

[7] Insolvency Act, 2003. Esta ley, que entró en vigor en agosto de 2004, ha dedicado una parte (Part XVIII); a la insolvencia transfronteriza; dicha parte no ha entrado aún en vigor. Part XIX Orders in Aid of Foreign Proceedings, que ha entrado ya en vigor, faculta al representante extranjero para solicitar diversas medidas en auxilio del procedimiento extranjero y señala las cuestiones que el foro local deberá tener en cuenta al otorgar dichas medidas. En esta parte de la ley figuran disposiciones similares a las de los artículos 5, 7 y 10 de la Ley Modelo.

[8] Insolvency Act 2000.

5. Cabe citar como ejemplo de la presunción enunciada en el párrafo 3 del artículo 16 concerniente al "centro de sus principales intereses" la posibilidad adicional de conceptuar como centro de sus principales intereses al domicilio social de una persona jurídica que esté ejerciendo una actividad económica o una profesión independiente (Rumania).

iii) Solicitud de apertura y derecho a participar en un procedimiento: artículos 11 y 12

6. En cierto país (Islas Vírgenes Británicas), la solicitud de apertura de un procedimiento local con arreglo al artículo 11 y la participación de un representante extranjero con arreglo al artículo 12 dependerán de que el procedimiento extranjero haya sido reconocido.

iv) Notificación a los acreedores en el extranjero: artículo 14

7. La ley de un país (Islas Vírgenes Británicas) prevé que se otorgue cierto tiempo adicional para notificar a los acreedores en el extranjero y para que éstos puedan presentar sus créditos.

v) Solicitud de reconocimiento: artículo 15

8. En la mayoría de los casos el representante extranjero podrá presentar la solicitud de reconocimiento, conforme a lo previsto en el artículo 15. En un país (Japón), el deudor podrá también presentar dicha solicitud.

vi) Resolución de reconocimiento: artículo 17

9. Algunos países han omitido el requisito enunciado en el párrafo 3 del artículo 17 de que el foro competente deberá dictar a la mayor brevedad posible la resolución de reconocimiento (Japón, México, Polonia).

vii) Información subsiguiente: artículo 18

10. Algunos países han extendido la obligación de informar, al foro que haya dado su reconocimiento, de "todo" cambio, y no meramente de todo cambio "importante" (conforme requiere el artículo 18), en la situación del procedimiento extranjero reconocido o en el nombramiento del representante extranjero (Polonia, Sudáfrica).

viii) Medidas cautelares y toda otra medida otorgable tras el reconocimiento: artículos 19 y 20

11. La ley de un país (Islas Vírgenes Británicas) ha impuesto como requisito adicional el de que el representante de la insolvencia deberá notificar al deudor lo antes posible, o dentro de cierto plazo fijado por el tribunal, de toda medida cautelar otorgada (Islas Vírgenes Británicas). Varios países (Japón, México) han enmendado ligeramente las medidas otorgables a raíz del reconocimiento para alinear el párrafo 1 del artículo 20 con su derecho interno. En dichos casos, la ley interna dispone que la paralización no será aplicable a la apertura o la continuación de actuaciones particulares, sino únicamente a toda medida ejecutoria contra los bienes del deudor.

12. En un país (Japón), la paralización de las actuaciones no es automática, a raíz del reconocimiento, sino que ha de demandarse ante el foro competente.

13. En otro país (Rumania), el ejercicio del derecho de enajenar, gravar, o disponer de algún otro modo de los bienes del deudor quedará en suspenso desde el momento

del reconocimiento, salvo en lo concerniente a los actos, operaciones o pagos efectuados en el giro normal del negocio de la empresa deudora. Dichos actos podrán, no obstante, ser también objeto de una medida cautelar obtenida por el representante extranjero a raíz del reconocimiento. Esa misma ley dispone que todo acreedor con un crédito garantizado por una hipoteca, prenda u otra garantía real podrá pedir ser eximido de la paralización.

ix) Cooperación y comunicación directa entre los tribunales: artículos 25, 26 y 27

14. Un país (Japón) no ha adoptado en su derecho interno el artículo 25, y limita el alcance del artículo 26 a la cooperación entre el representante local y el extranjero. El artículo 27, en donde se sugieren formas de cooperación, se ha omitido también en algunos países (Japón, Polonia) aun cuando la ley polaca ni siquiera señala que se haya de transmitir o recabar cierto tipo de información. En otra variante (Polonia) el foro local competente podrá comunicarse directamente con el tribunal o con el representante extranjero, pero la persona que esté administrando el procedimiento con arreglo a la ley del foro polaco deberá comunicar con el tribunal o el representante extranjero a través del propio foro, y no directamente, conforme a lo permitido por el párrafo 2 del artículo 26 de la Ley Modelo. En un supuesto (Islas Vírgenes Británicas) la ley supedita el derecho a entablar una comunicación directa (artículo 25 2)) a los derechos de toda parte a ser notificada o a participar en la vista oral.

x) Coordinación: artículos 28 a 30

15. Al menos dos regímenes legales (Japón, Polonia), han modificado u omitido lo dispuesto en el capítulo V de la Ley Modelo concerniente a los procedimientos paralelos, o que se estén siguiendo simultáneamente. En uno de ellos (Japón), se ha de optar por un único procedimiento, de modo que se reconocerá al procedimiento extranjero o al procedimiento interno, pero no a los dos simultáneamente. De haberse ya abierto un procedimiento interno, se desestimará toda solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero abierto contra el mismo deudor, salvo que se trate de un procedimiento extranjero principal que satisfaga, además, algunas condiciones concernientes a los derechos de los acreedores. De reconocerse el procedimiento extranjero, se paralizará el procedimiento interno. En otro ejemplo (Rumania), la apertura de un procedimiento local, tras haberse ya reconocido un procedimiento extranjero principal, requerirá la presencia en el propio país de un establecimiento, sin que baste la mera presencia de bienes prescrita en el artículo 28 de la Ley Modelo.

xi) Reciprocidad

16. Pese a que el criterio de la reciprocidad fue rechazado durante la negociación de la Ley Modelo, cierto número de países han previsto la aplicación del régimen de la Ley Modelo a título de reciprocidad. Este requisito se ha formulado de diverso modo según los países. En algunos casos, se enuncia la regla de la reciprocidad (p. ej. México) sin dar ninguna indicación de cómo debe cumplirse este requisito o se dispone que el tribunal deberá comprobar la existencia de reciprocidad (p. ej. Argentina). En otro país, la norma legal aplicable dispone que será únicamente aplicable el régimen de la Ley Modelo respecto de países oficialmente designados al respecto, lo que requiere aprobación parlamentaria (Sudáfrica). Hasta la fecha, parece ser que no se ha designado a ningún país conforme al procedimiento previsto. A tenor de una disposición similar (Islas Vírgenes Británicas) la designación habrá de anunciarse en una

publicación oficial. La ley de otro país (Rumania), prescribe que haya reciprocidad en el reconocimiento de sentencias extranjeras.

xii) Otras propuestas

17. Nueva Zelandia ha adoptado ya la decisión de promulgar el régimen de la Ley Modelo, dotándolo de un mecanismo adicional que permita una coordinación más extensa con ciertos países que la prevista en el marco de la Ley Modelo. Dicho mecanismo está basado en la designación de ciertos procedimientos de insolvencia especiales, abiertos con arreglo al derecho interno de su propio país, que gozarán, entre otras cosas, de un reconocimiento automático y de la concesión automática de medidas cautelares a raíz de la notificación presentada por el representante extranjero ante una autoridad pública designada para dicho cometido. A raíz de ello, no cabrá abrir ningún procedimiento local en Nueva Zelandia (salvo en supuestos excepcionales y previa autorización del tribunal) y el representante extranjero gozará de las mismas facultades que un síndico o administrador judicial con arreglo al derecho interno de Nueva Zelandia.

b) Protocolos transfronterizos

18. La coordinación y armonización de procedimientos de insolvencia de alcance internacional se ha visto facilitada en años recientes por las prácticas y procedimientos introducidos por los tribunales y los profesionales de la insolvencia, partiendo de la necesidad de resolver cuestiones particulares con las que tropiezan las partes involucradas en estos procedimientos. Las propias partes negociaron acuerdos o "protocolos" que fueron aprobados por los tribunales del respectivo país. En estos protocolos transfronterizos cabe, por ejemplo, resolver alguna controversia suscitada por la diversidad de las leyes aplicables en todo supuesto de apertura de procedimientos transfronterizos concurrentes, y cabe asimismo crear un marco jurídico para la dirección general del caso o para la coordinación de la administración de los bienes de la masa de la insolvencia sitos en el territorio de más de un Estado.

19. El primer protocolo transfronterizo de la insolvencia del que se tiene noticia fue concertado con ocasión del caso *Maxwell Communication plc* (diciembre de 1991/enero de 1992)[9], al haber abierto un único deudor dos procedimientos de insolvencia principales, uno en los Estados Unidos y el otro en el Reino Unido, que dieron lugar a que se nombrara a dos representantes de la insolvencia distintos, uno en cada país, con un cometido similar. Los jueces encargados del procedimiento en los Estados Unidos y en Inglaterra convencieron por separado a los abogados de las partes en cada país de que la concertación de un protocolo entre las dos administraciones de la insolvencia resolvería muchos conflictos y facilitaría el intercambio de información. Con arreglo a dicho protocolo, se señalaron dos metas a cada uno de los representantes de la insolvencia: la de maximizar el valor de la masa de la insolvencia y la de armonizar las actuaciones a fin de minimizar todo gasto o despilfarro y todo conflicto jurisdiccional. Las partes convinieron

[9] Concertado entre los Estados Unidos y el Reino Unido. United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 91 B 15741, (January 15, 1992) and the High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991, (December 31, 1991). El texto de este y de otros protocolos examinados en la presente Nota se encuentran en www.iiiglobal.org.

básicamente en que el tribunal de los Estados Unidos cedería la iniciativa a las actuaciones seguidas en el Reino Unido, tan pronto como se determinara que se cumplía con ciertos criterios. Entre los pormenores acordados cabe citar el de retener a parte del personal de gestión actual a fin de preservar el valor en marcha del negocio del deudor, y se autorizó al representante de la insolvencia del Reino Unido a renovar, con el consentimiento de su homólogo de los Estados Unidos, la junta directiva de la empresa con personas independientes; el representante de la insolvencia del Reino Unido sólo podría contraer nuevas deudas o presentar un plan de reorganización, previo consentimiento del representante de la insolvencia en los Estados Unidos o del tribunal de dicho país. El representante de la insolvencia del Reino Unido debería dar aviso por adelantado al representante de la insolvencia en los Estados Unidos antes de concertar ninguna operación importante en nombre del deudor, pero gozaba de una autorización previa para concertar operaciones de menor cuantía. Se dejaron muchas cuestiones deliberadamente fuera del protocolo a fin de irlas resolviendo en el curso del procedimiento. Algunas de esas cuestiones fueron ulteriormente incluidas en el protocolo, por ejemplo, ciertos pormenores concernientes a la distribución.

20. Con posterioridad al caso *Maxwell*, se concertó un protocolo más modesto entre tribunales del Canadá y de los Estados Unidos en el caso *Re Olympia & York Developments Limited* (1993)[10] y entre tribunales de las Bahamas y los Estados Unidos en el caso *Re Commodore Business Machines* (diciembre de 1994)[11].

21. A resultas del éxito de los protocolos transfronterizos concertados en cierto número de importantes casos transfronterizos, la International Bar Association (IBA) elaboró un Concordato de la Insolvencia Transfronteriza (aprobado oficialmente por su Consejo en mayo de 1996) para que sirviera de modelo para futuros protocolos de insolvencia transfronterizos.

22. Dicho Concordato imparte directrices de rango no legislativo que las partes o los tribunales pueden adoptar como soluciones prácticas para resolver cuestiones transfronterizas surgidas en procedimientos de insolvencia que se estén siguiendo en distintos Estados. Este Concordato se preparó en la expectativa de que sería modificado para adaptarlo a todo nuevo caso de insolvencia transfronteriza que se hubiera de resolver, así como de que sería revisado a la luz de la experiencia. Diversos protocolos concertados tras la adopción del Concordato se han valido de sus directrices en diverso grado, concertándose tanto acuerdos de alcance limitado para fines muy concretos como acuerdos por los que se creaba un marco cooperativo amplio de conformidad con los principios enunciados en el Concordato.

23. El Concordato enuncia diez principios generales, y cada uno de ellos va seguido por una relación explicativa de la aplicación del respectivo principio[12].

---

[10] Entre la Ontario Court of Justice, en Toronto, y la United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Reasons for Decision of the Ontario Court of Justice: (1993), 20 C.B.R. (3d) 165).

[11] Entre la United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York y la Supreme Court of the Commonwealth of the Bahamas, 8 de diciembre de 1994.

[12] Consúltese el texto del Concordato en www.iiiglobal.org/international/projects/concordat.pdf.

Principio 1

24. Debe instituirse un único foro administrativo principal para toda insolvencia transfronteriza (se reconoce, no obstante, en la relación explicativa que tal vez convenga abrir algún procedimiento secundario o auxiliar).

Principio 2

25. Dicho foro principal único deberá coordinar la consolidación y administración de la masa de la insolvencia y centralizar la presentación de créditos y la distribución de todo fruto de la liquidación (véanse arts. 13 2), 14 3), 21 1) e) y 2), 32 de la Ley Modelo de la CNUDMI).

Principio 3

26. Este principio concierne principalmente a los derechos ejercitables por los representantes de la insolvencia y los acreedores cuando se ha abierto más de un procedimiento, mencionándose en particular el derecho a ser notificado y a personarse en toda actuación que haya sido abierta, el derecho de acceso a la información (véanse arts. 5, 9, 10, 12, 13, 14, 21 1) d), 22 3) de la Ley Modelo de la CNUDMI).

Principio 4

27. Este Principio se ocupa del supuesto de que no se haya abierto procedimiento principal alguno, sino dos procedimientos concurrentes cada uno en su jurisdicción, por lo que se ocupa de cuestiones concernientes a la coordinación. Se recomienda la concertación de un protocolo y se enuncian ciertas reglas de distribución universales (véase art. 13 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI).

Principio 5

28. Procede que se respete la prelación reconocida, en un procedimiento secundario, a todo crédito garantizado o con prelación legal.

Principio 6

29. Todo representante de la insolvencia debe poder valerse del régimen administrativo previsto en el Estado extranjero, aun cuando no se disponga de dicho régimen en el propio Estado del foro.

Principio 7

30. Al igual que el Principio 6, este Principio faculta al representante de la insolvencia para valerse de todo medio de que se disponga en un Estado extranjero para impugnar ciertos actos contrarios al interés de la masa, agilizándose así la administración de la insolvencia.

Principio 8

31. Este principio concierne a la selección, en el ámbito internacional, del régimen aplicable a la verificación y admisión de los créditos, así como a la determinación del alcance del derecho sustantivo y del régimen de impugnación, de actos nocivos a

la masa, que sean aplicables con arreglo a la ley del foro ante el que se esté siguiendo el procedimiento.

Principio 9

32. Debe darse la posibilidad de abrir un procedimiento encaminado a la reorganización de la empresa deudora, aun cuando dicha posibilidad no exista en alguno de los foros declarados competentes, siempre que dicho procedimiento pueda desarrollarse sin carácter discriminatorio alguno.

Principio 10

33. Ningún órgano jurisdiccional de un Estado debe dar curso a la decisión de un foro extranjero por la que se niegue validez a un "arreglo transaccional válido entre los interesados previo a la declaración de insolvencia".

34. El mayor uso que se está haciendo de los protocolos explica que se haya ampliado el alcance de estos instrumentos al tiempo que se simplificaban, mejoraban y normalizaban los procedimientos. En todo país donde se utilizan, los protocolos han facilitado la dirección del procedimiento, así como la preservación del valor de la masa de la insolvencia. Se utilizan básicamente para armonizar la vía procesal que ha de seguirse en cada país, sin ocuparse de cuestiones de derecho sustantivo interno (al igual que la Ley Modelo, dichos protocolos tienden a consagrar el principio del respeto debido a la *lex fori* de la jurisdicción competente) y se ocupan por lo general de coordinar:

i) Las vistas celebradas en cada uno de los Estados interesados;

ii) La presentación de los créditos frente a la masa de la insolvencia;

iii) Las actuaciones concernientes a la financiación del procedimiento o a la venta de bienes;

iv) El cobro de toda deuda frente a la masa en provecho de los acreedores y la igualdad de trato otorgable a todo acreedor ordinario o no garantizado; y

v) Todo plan de reorganización que se abra en los diversos foros ante los que se esté siguiendo un procedimiento.

35. Los datos agrupables en cada una de las categorías genéricas arriba enunciadas no son en modo alguno exclusivos de estos protocolos. Como se observa anteriormente, el otorgar igualdad de trato a los acreedores extranjeros frente a los acreedores locales es un rasgo común a la mayoría de los protocolos, que está previsto asimismo en el Principio 3 c) del Concordato y en el artículo 13 1) de la Ley Modelo. En este mismo sentido, los protocolos concertados en el caso *Everfresch*, *Nakash* y *Solv-Ex* (examinados más adelante) facultan al representante extranjero para obtener acceso directo al foro competente en el territorio del otro Estado, al igual que el artículo 9 de la Ley Modelo.

36. No se ha prescrito ningún formato para un protocolo de insolvencia transfronteriza típico. Dado que los protocolos están pensados para el caso particular que se esté resolviendo y tienen por objeto resolver problemas propios de dicho caso, su contenido variará de un caso a otro, y es poco probable que se haya previsto que el protocolo original sea utilizable, sin enmienda alguna a lo largo de todo el procedimiento. Dado que la dinámica de toda insolvencia transfronteriza puede

evolucionar en el curso del procedimiento, cabe prever que surjan cuestiones adicionales que convendría resolver añadiendo alguna cláusula adicional al protocolo.

37. El primer protocolo concertado estando ya ultimado el Concordato (y modelado con arreglo a sus principios) lo fue para una insolvencia que interesaba a los Estados Unidos y al Canadá, conocida como el caso *Everfresh Beverages Inc.* (diciembre de 1995)[13]. Una empresa de los Estados Unidos, con operaciones en el Canadá, solicitó la apertura de un procedimiento de reorganización en los dos países a la vez. Dicho protocolo abordaba explícitamente una amplia gama de cuestiones transfronterizas como la elección de la ley aplicable, la determinación del foro competente, la conciliación de los créditos y la facultad de impugnar actos nocivos para la masa. Se reconoció, por ejemplo, el derecho de todo acreedor a presentar sus créditos en cada uno de los procedimientos abiertos. El protocolo se atuvo a muchos de los principios enunciados en el Concordato, partiendo del Principio 4, que se ocupa de la situación en la que no se haya abierto procedimiento principal alguno, sino dos procedimientos concurrentes o paralelos en el territorio jurisdiccional de los dos países interesados. Al estar ultimado el protocolo apenas transcurrido el mes de la apertura de los procedimientos, se utilizó para celebrar la primera vista conjunta transfronteriza destinada a coordinar los dos procedimientos. Se ha calculado que se optimizó en un 40% el valor de la masa de la insolvencia gracias a la utilización del protocolo y a la cooperación resultante entre todos los interesados[14].

38. En el caso *Re Nakash* (mayo de 1996)[15], se concertó un protocolo entre Estados Unidos e Israel. Su negociación hubo de ser autorizada por vía legal en Israel y con intervención del foro judicial competente en los dos países. El protocolo ayudó a centrar y coordinar las actuaciones judiciales y a encauzar la cooperación entre los dos tribunales, así como entre las partes (otros protocolos anteriores se ocupaban principalmente de las relaciones entre las partes interesadas). A diferencia de otros casos de insolvencia para los que se había concertado un protocolo transfronterizo, en este caso no se abrieron dos procedimientos paralelos frente al mismo deudor. El conflicto o la cuestión central que este protocolo trató de resolver fue entre el procedimiento que se deseaba abrir contra el deudor en Israel y la paralización automática resultante del procedimiento de insolvencia del deudor (conforme al capítulo 11) abierto en los Estados Unidos, que debería impedir toda actuación contra el deudor en Israel. Al no ser el deudor signatario del protocolo, se opuso a su aprobación y puesta en práctica.

39. El protocolo concertado en la insolvencia *Tee-Comm. Electronics Inc.* (junio de 1997)[16], en un caso que interesaba a los Estados Unidos y al Canadá, puede ser definido como un protocolo de finalidad circunscrita a determinada tarea. Con arreglo a dicho protocolo los administradores, en uno y otro país, comercializarían conjuntamente los bienes del deudor, a fin de optimizar el valor de la masa. Por consiguiente, se ocupaba de la venta de esos bienes, que constituían la cuestión clave desde la apertura del procedimiento, pero sin ocuparse para nada de la distribución del

---

[13] Tribunal de Justicia de Ontario. Toronto, 15 de mayo de 1996.

[14] Justice J.M. Farley, A Judicial Perspective on International Cooperation in Insolvency Cases, 17 Am. Bankr. Inst. J. 12, March 1998.

[15] Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito sur de Nueva York, Case núm. 94 B 44840, 23 May, 1996 y Tribunal del distrito de Jerusalén, Case núm. 1595/87, 23 May, 1996.

[16] Entre el Tribunal de Justicia de Ontario y el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito de Delaware, 27 de junio de 1997.

producto de dicha venta o de los acreedores que pudieran tener algún derecho a beneficiarse de esa distribución.

40. En la insolvencia de *Re AIOC Corporation* (abril de 1998)[17], se concertó un protocolo de liquidación entre los Estados Unidos y Suiza. Las dificultades del caso dimanaban no solo de que el régimen de la insolvencia fuera distinto en Suiza y en los Estados Unidos, sino también de la incapacidad de los representantes de la insolvencia en los Estados Unidos y Suiza para renunciar a su propio cometido legal que les obligaba a administrar sus respectivas liquidaciones. Las partes convinieron en un protocolo que permitiera la liquidación conjunta de los recursos de conformidad con el régimen de la insolvencia de los dos países. La gestión de dicha liquidación en el marco del protocolo constituye uno de los rasgos distintivos de este caso. El protocolo estaba inspirado en el Concordato, pero centró su atención en la canalización adecuada de los recursos y en los procedimientos a seguir para administrar la reconciliación de los créditos.

41. En la insolvencia de *Re Solv-Ex Canada Limited and Solv-Ex Corporation* (enero de 1998)[18] que interesaba a los foros competentes tanto de los Estados Unidos como del Canadá, se celebraron una serie de vistas conjuntas a lo largo de los dos procedimientos. Ciertas resoluciones contradictorias de uno y otro foro habían paralizado de hecho las actuaciones. A raíz de las negociaciones entre las partes interesadas, se organizaron actuaciones simultáneas, conectadas por vía telefónica, para aprobar la venta de los bienes del deudor. Los tribunales llegaron a idénticas conclusiones por las que se autorizó dicha venta, y se alentó a todas las partes a negociar un protocolo transfronterizo que rigiera las actuaciones subsiguientes en dicha insolvencia. Entre las cuestiones procesales así concertadas, cabe citar la de que se presentaran documentos idénticos ante uno y otro foro, y la de facultar a los presidentes de los tribunales para consultarse mutuamente, sin que hubieran de estar presentes los abogados de los interesados, a fin de a) convenir en las directrices para las vistas que hubieran de celebrarse, y b) determinar, la posibilidad de llegar a pronunciar sentencias que fueran mutuamente compatibles. Los tribunales aprobaron subsiguientemente dicho protocolo.

42. Otros casos más recientes de insolvencia transfronteriza entre los Estados Unidos y el Canadá han dado lugar a la concertación de protocolos más completos.

43. En *Loewen Group Inc.* (junio de 1999)[19], el deudor, una gran empresa multinacional, solicitó la apertura de un procedimiento de insolvencia en el territorio de ambos países y presentó inmediatamente ante los tribunales competentes de cada país un protocolo completo por el que se establecían los procedimientos que habían de seguirse para la coordinación y cooperación de los dos foros competentes entre sí. El deudor se había dado cuenta de la importancia de la coordinación transfronteriza de las actuaciones para el plan de reorganización de su empresa, por lo que había tomado la iniciativa de preparar un proyecto de

---

[17] Entre los Estados Unidos y Suiza: Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito sur de Nueva York, Case Nos. 96 B 41895 and 96 B 41896, 3 April, 1998.

[18] Entre el Tribunal de Alberta, Case núm. 9701-10022, 28 January , 1998 y el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito de Nuevo México, Case núm. 11-97-14362-MA, 28 January, 1998.

[19] Entre el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito de Delaware, Case núm. 99-1244 30 June, 1999 y el Tribunal Superior de Justicia de Ontario, Toronto, Case núm. 99-CL-3384 1 June, 1999.

protocolo que fue aprobado como providencia inicial el día de la apertura de los dos procedimientos. Dicho protocolo disponía que los dos tribunales podrían comunicarse entre sí y organizar vistas conjuntas, fijando el reglamento que se observaría en dichas vistas; los acreedores y otras partes interesadas podían personarse ante uno y otro foro; la jurisdicción de cada tribunal sobre el representante de la insolvencia del tribunal extranjero quedaría limitada a aquellos asuntos en los que el representante extranjero de la insolvencia se personara ante el respectivo tribunal; y toda paralización de las actuaciones sería coordinada entre los dos tribunales.

44. *Livent Inc.* (junio de 1999)[20], fue el primer caso en el que se celebraron vistas conjuntas transfronterizas mediante un circuito cerrado de televisión por satélite. Se celebraron dos vistas conjuntas. La primera de ellas se destinó a la aprobación de un protocolo transfronterizo para la conciliación de los créditos de los acreedores frente al deudor. La segunda vista se destinó a la venta de la práctica totalidad de los bienes del deudor. El protocolo había expresamente previsto la celebración de esas vistas y facultaba a los presidentes de los tribunales para examinar y resolver toda cuestión técnica o procesal concerniente a cada una de las vistas conjuntas que se celebraron.

45. El caso *Philip Services Corporation* (junio de 1999)[21], dio lugar a la primera "negociación previa de un plan de reorganización"[22]. Antes de solicitarse la apertura de un procedimiento de insolvencia, el deudor negoció con sus acreedores un plan de reorganización, de varios meses de duración. Se deseaba que, a raíz de su aprobación por los tribunales, el plan sería aplicado en el territorio de ambos países. Al igual que en el caso *Loewen Group*, se presentó a los dos tribunales un protocolo plenamente elaborado que fue aprobado como providencia inicial. Se ha citado este caso como ejemplo de un protocolo que preveía una armonización y coordinación general y amplia de las actuaciones transfronterizas, de conformidad con los principios del Concordato (en contraste con el protocolo de alcance muy limitado anteriormente descrito en el párrafo 39). Cabe citar entre sus metas generales las de: promover una administración ordenada, eficiente, equitativa y abierta de la masa de la insolvencia; la de respetar la independencia y la integridad de cada uno de los dos foros competentes; la de fomentar la cooperación y la cortesía internacional; y la de instituir un marco de principios generales que permitieran resolver toda cuestión administrativa dimanante de la índole transfronteriza de las actuaciones abiertas. Para lograr esas metas, el protocolo preveía, entre otras cosas, la coordinación y cooperación directa entre los tribunales, la contratación y remuneración de personal profesional competente y el reconocimiento conjunto de toda paralización que se decretara de ciertas actuaciones. Con arreglo al protocolo, los tribunales convinieron asimismo en cooperar, siempre que fuera posible, en la coordinación de la labor de

---

[20] Entre el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito sur de Nueva York, Case núm. 98-B-48312, y el Tribunal Superior de Justicia de Ontario, Toronto, Case núm. 98-CL-3162, 11 June, 1999).

[21] Entre el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito de Delaware, Case núm. 99-B-02385, 28 June, 1999 y el Tribunal Superior de Justicia de Ontario, Toronto, Case núm. 99-CL-3442, 25 June, 1999.

[22] Dicha técnica, permitida en algunos países, prevé la negociación por adelantado de un plan de reorganización, con anterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia en el que se solicitará del tribunal que dé su aprobación subsiguiente al plan ya negociado.

conciliar y satisfacer los créditos, así como en la confirmación del plan y en toda votación requerida.

46. En el caso *Inverworld Inc.* (octubre de 1999)[23], en el que estaban interesados los Estados Unidos, el Reino Unido y las Islas Caimán, se solicitó la apertura de un procedimiento de insolvencia respecto de la empresa deudora y diversas filiales en los tres Estados. A fin de evitar conflictos, diversas partes interesadas concertaron protocolos que fueron aprobados por los tribunales de cada uno de los tres países. En dichos protocolos se preveía el sobreseimiento de las actuaciones en el Reino Unido, a reserva de que se cumplieran ciertas condiciones concernientes al trato que se había de dar a los acreedores del Reino Unido; una estricta distribución de las cuestiones restantes entre los otros dos foros competentes, así como la aceptación por cada uno de estos dos foros de las decisiones del otro tribunal como vinculantes, impidiendo toda actuación paralela y tratando de coordinar una solución coordinada y global del caso.

47. El protocolo concertado en el caso *Manhattan Investment Fund* (abril de 2000)[24], que interesaba a los Estados Unidos y a las Islas Vírgenes Británicas, fijó una serie de objetivos entre los que cabe citar el de coordinar la labor de identificar, reunir y vender los bienes del deudor a fin de optimizar su valor en provecho de los acreedores y la tarea de aprovechar en común la información (así como ciertas comunicaciones privilegiadas) entre los representantes de la insolvencia a fin de minimizar costas y evitar toda duplicación.

48. El creciente recurso a los protocolos ha intensificado la cooperación y la coordinación transfronteriza en provecho de todos los interesados en casos de insolvencia transfronteriza y es probable que ello siga siendo así en futuras insolvencias transfronterizas. El protocolo ofrece un mecanismo complementario de la Ley Modelo de la CNUDMI, cuyo régimen ofrece un marco legal para la cooperación transfronteriza, mientras que el protocolo permite definir el alcance y la índole de la cooperación prevista por la Ley Modelo, adaptándolos a las circunstancias de cada caso.

c) Comunicaciones entre los tribunales

49. Las *Pautas aplicables a las comunicaciones entre tribunales en casos transfronterizos* (2000) fueron elaboradas en el marco del Proyecto al servicio de la insolvencia transnacional iniciado en 1994 por el *American Law Institute ("ALI")* con miras a desarrollar técnicas procesales cooperativas para su empleo en casos de insolvencia de empresas con bienes o acreedores en dos o más Estados del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), entre Canadá, Estados Unidos y México. La finalidad de este proyecto no era sino la de desarrollar técnicas que fueran utilizables por tribunales y profesionales de la insolvencia. Las Pautas están básicamente inspiradas en casos para los que se concertaron protocolos de

---

[23] Entre el Tribunal de los Estados Unidos para el distrito de Texas occidental, Case núm. SA99-C0822FB, 22 October, 1999, la Chancery Division del Tribunal Superior de Justicia del Reino Unido (1999) y la Gran Corte de las Islas Caimán (1999).

[24] Entre el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito sur de Nueva York, Case núm. 00-10922BRL, April 2000, el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Vírgenes Británicas, Case núm. 19 of 2000, April, 2000 y el Tribunal Supremo de Bermuda, Case núm. 2000/37, April 2000.

insolvencia transfronterizos y tienen por objeto alentar las comunicaciones entre los tribunales, a fin de que cooperen y coordinen sus actuaciones a lo largo de la tramitación de todo caso de insolvencia transfronteriza. Las Pautas indican claramente que se habrá de respetar todo reglamento, práctica o norma de conducta que sea aplicable en el lugar de las actuaciones. No son de índole imperativa, por lo que podrán ser adaptadas y modificadas a las circunstancias de cada caso. Un objetivo clave de las Pautas es la de agilizar las vías de comunicación internacional entre los tribunales, como las cartas o comisiones rogatorias (que pueden demorar y hasta perturbar el curso de la administración de una insolvencia transfronteriza) al alentar el recurso a las tecnologías modernas de comunicación. Son aplicables en todo supuesto en el que se haya notificado adecuadamente a toda parte interesada de conformidad con la vía procesal local (toda cuestión conexa, como la determinación de los interesados a los que se habrá de notificar, se regirá por la ley del foro, por lo que no está regulada en las Pautas). Las Pautas están ya traducidas, y se siguen traduciendo, a diversos idiomas, pudiéndose consulta en línea[25].

50. Estas Pautas se utilizan cada vez más al ser frecuentemente adoptadas por los tribunales, y al ser aplicadas por los interesados en numerosos casos de insolvencia transfronteriza.

i) Aplicación de las Pautas por los tribunales

51. En su introducción, se dice que todo tribunal que desee valerse de las Pautas (con o sin o modificaciones) debe anunciarlo previamente para sacar mayor provecho de su régimen. Se dice también que el tribunal tal vez prefiera supeditar su aplicación a que el otro tribunal proceda de forma similar, a fin de conseguir que los tribunales, los interesados y los abogados de las partes observen unas mismas pautas de conducta.

52. A comienzos de 2004, las Pautas habían sido aprobadas en un prefacio firmado por jueces de la Argentina, el Canadá, Eslovenia, los Estados Unidos, Japón, Nueva Zelandia, el Reino Unido, la República de Corea, Sudáfrica y Tailandia. El Tribunal Supremo de British Columbia (Canadá) y la División Comercial del Tribunal Superior de Justicia de Ontario (Canadá) han adoptado oficialmente las Pautas (al igual que el Commercial List User´s Committee del Tribunal Superior de Justicia de Ontario).

ii) Aplicación de las Pautas en los protocolos transfronterizos entre el Canadá y los Estados Unidos

53. Las Pautas han sido adoptadas y aprobadas en diversos casos transfronterizos entre el Canadá y los Estados Unidos.

54. Las Pautas fueron oficialmente aprobadas en la insolvencia transfronteriza *Matlack Systems Inc.*[26]. De conformidad con las sugerencias anteriormente mencionadas, el tribunal canadiense aprobó las Pautas a reserva de que solo se aplicarían una vez que el tribunal de los Estados Unidos las hubieran, a su vez, aprobado. El tribunal de los Estados Unidos aprobó subsiguientemente un protocolo de insolvencia transfronterizo, que incorporaba explícitamente las Pautas.

---

[25] Véase *International Insolvency Institute* www.iiiglobal.org/international/guidelines.html. Las Pautas están actualmente disponibles en alemán, chino, coreano, croata, español, francés, inglés, italiano, japonés, portugués, ruso y sueco.

[26] (2001), 26 C. B. R. (4th) 45 (Ont. S. C. J. y el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el distrito de Delaware, Case núm. 01-01114 (MFW), May 24, 2001.

55. En *Re PSINet*[27] se incorporó el texto completo de las Pautas en el protocolo que se negoció como marco para la celebración de vistas conjuntas entre los dos foros judiciales interesados.

56. Las actuaciones en *Re Systech Retail Systems Corp.*[28] dieron lugar a una vista conjunta entre el tribunal de los Estados Unidos y el tribunal canadiense celebrada de conformidad con las Pautas, durante la que se resolvieron y coordinaron una serie de cuestiones transfronterizas suscitadas por este caso.

57. La creciente importancia otorgada por los tribunales estadounidenses a las comunicaciones judiciales internacionales y a la cooperación transfronteriza en supuestos de insolvencia puede verse reflejada en las declaraciones del Tribunal de Apelación de los Estados Unidos en el caso *Stonington Partners Inc.*[29]. El caso supuso la apertura de actuaciones paralelas o concurrentes en Bélgica y los Estados Unidos y suscitó un conflicto entre el foro competente de uno y otro país respecto del orden de prelación de los créditos. Las partes interesadas consiguieron concertar un protocolo. La Corte de Apelación de los Estados Unidos recomendó "con firmeza" al foro competente de los Estados Unidos que se esforzara por llegar a un acuerdo con el tribunal belga interesado sobre la ruta procesal a seguir o, como mínimo, por llegar a un entendimiento en cuanto a las consideraciones de política normativa en las que se inspiraría la actuación de uno y otro tribunal. En su decisión, el Tribunal de Apelación del Tercer Distrito Judicial insistió firmemente en las ventajas dimanantes, para la administración de justicia, de la cooperación y de las comunicaciones interjudiciales en todo supuesto de insolvencia transfronteriza.

d) Novedades en la interpretación del Reglamento del Consejo de Europa Nº 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia

58. Ciertos fallos en los que se da una lectura jurisprudencial de diversos artículos del Reglamento del Consejo de Europa pueden ser de interés para la interpretación de disposiciones análogas de la Ley Modelo. Cabe citar dictámenes sobre el denominado "centro de los principales intereses" o "establecimiento" de una empresa. Si bien está claro que la jurisprudencia no ha marcado aún una pauta clara de interpretación, la Comisión tal vez desee que la secretaría se mantenga informada de las decisiones de los tribunales de la Unión Europea en la medida en que puedan ser útiles para la interpretación de la Ley Modelo.

59. Cabe citar, para fines informativos, una breve selección de las decisiones sobre esta cuestión. Algunos casos siguen pendientes o no han sido aún publicados.

i) Interpretación del "centro de los principales intereses"

60. La Ley Modelo no define el término "centro de los principales intereses" de una empresa, pero su artículo 16 3) enuncia una presunción rebatible o *juris tantum* de que ese centro es el domicilio social de una empresa o, si se trata de una persona natural, su residencia habitual. El artículo 3 1) del Reglamento del Consejo de Europa enuncia una presunción similar respecto del domicilio o la sede social de una

---

[27] (2001), 28 C. B. R. (4th) 95.

[28] Tribunal Superior de Justicia de Ontario, Court file No. 03-CL-4836.

[29] United States Court of Appeal for the Third Circuit, November 2002, 310 F.3d118; 40 Bankr. Ct. Dec. 113.

empresa y la relación expositiva 13 indica que dicho centro es el lugar donde la empresa deudora administra con regularidad sus intereses sociales, por lo que será un lugar conocible para terceros.

61. Cierto número de casos ventilados ante tribunales de la Unión Europea han invocado el artículo 3 del Reglamento del Consejo de Europa en lo concerniente a la determinación del centro de los principales intereses de un deudor[30].

62. En el caso *Enron Directo Sociedad Limitada* (Reino Unido, julio de 2002)[31], un acreedor de la empresa ENRON España solicitó la apertura del procedimiento principal de insolvencia en el Reino Unido. El tribunal del Reino Unido aceptó las pruebas presentadas de que, pese a que el domicilio social y los bienes principales de la empresa se encontraban en España, su sede u oficina central estaba en el Reino Unido. Se adujo en apoyo de esta tesis el hecho de que las decisiones ejecutivas, estratégicas y administrativas más importantes en lo concerniente a las actividades financieras y comerciales de la empresa se tomaban en el Reino Unido. El Tribunal pudo constatar asimismo que los principales acreedores de la empresa sabían que la empresa se administraba desde el Reino Unido.

63. El fallo concerniente a *Cirio Del Monte* (Italia, 2003)[32] resta asimismo importancia al domicilio social a la hora de determinar cuál es el centro de los principales intereses de una empresa. El tribunal italiano declaró insolventes a todas las filiales de la empresa deudora matriz, inscritas dentro y fuera de la Unión Europea, y dictaminó que el centro de los principales intereses de todas las filiales se encontraba en Italia, dado que todas las decisiones, directivas comerciales y operativas de la empresa y de sus filiales estaban centralizadas en Italia.

64. En el caso *Geveran Trading Co. Ltd. v Kjell Tore Skjevesland* (Reino Unido, noviembre de 2002)[33], se insistió en que la prueba determinante de la ubicación del centro de los principales intereses de la empresa deudora era la del lugar donde se administraran con regularidad sus intereses y donde todo tercero interesado, es decir, sus acreedores, percibían que se encontraba ubicado dicho centro. Respecto de todo deudor que fuera una persona natural, el tribunal dictaminó que el centro de sus principales intereses debiera ser el lugar donde cabía ponerse en contacto con el deudor, aun cuando si el deudor no era un profesional, cabía considerar que ese lugar era su residencia habitual; en el supuesto de todo deudor profesional, el centro de sus principales intereses debía ser su "domicilio profesional".

65. En el caso *BRAC Budget Rent-A-Car International Inc.* (Reino Unido, febrero de 2003)[34], el tribunal del Reino Unido dictaminó que el lugar de inscripción social de una empresa no era el factor determinante, por lo que cabía abrir un procedimiento de insolvencia en la Unión Europea contra una empresa creada fuera de la Unión Europea, siempre que el centro de los principales intereses de dicha empresa estuviera en la Unión Europea. En el caso considerado la empresa había sido creada en los Estados Unidos, pero el tribunal estimó que el centro de sus principales intereses estaba en el Reino Unido, ya que éste era el país donde se administraba

---

[30] Consúltese, para toda información adicional, la dirección www.eir-database.com.

[31] High Court, Chancery Division, July 2002.

[32] Tribunale de Roma, 26 de noviembre de 2003 (Cirio Finance Luxembourg S.A.).

[33] English High Court [2003 BCC 391].

[34] High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court (England) of 7 February 2003 EWHC (Ch) 128 - 0042/2003.

dicha empresa, por lo que cabía aplicarle el Reglamento del Consejo de Europa sobre procedimientos de insolvencia. Entre los hechos aducidos figura el de que la empresa llevaba varios años inscrita como empresa extranjera en el Reino Unido, así como la circunstancia de que no hubiera actuado nunca comercialmente en los Estados Unidos y la de que sus operaciones se llevaban a cabo, prácticamente en su totalidad, en el Reino Unido, que era el lugar donde trabajaba la casi totalidad de sus empleados. El tribunal invocó la relación expositiva 13 del Reglamento del Consejo de Europa. El tribunal dictaminó asimismo que cabía utilizar el Informe Virgos y Smith sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia[35] como guía para la interpretación del Reglamento del Consejo de Europa, dado que el Convenio regulaba, en términos prácticamente idénticos las mismas cuestiones que dicho Reglamento. Ahora bien el tribunal estimó que el informe había adoptado una posición básicamente neutra respecto del asunto debatido.

66. En el caso de *Daisytek-ISA Ltd.* (procedimientos abiertos en el Reino Unido, Alemania, Francia 2003)[36]. El tribunal del Reino Unido dictaminó que la ubicación percibida por terceros (es decir, los acreedores) del centro de los principales intereses de la empresa constituía un factor importante para determinar la ubicación de dicho centro (a la luz del texto "determinable por terceros" de la relación expositiva 13). El tribunal del Reino Unido dictaminó que las filiales en Alemania y Francia de una empresa del Reino Unido tenían el centro de sus principales intereses en el Reino Unido, factor que era además conocido por la mayoría de los principales acreedores de esas filiales, dado que muchas de las funciones importantes de esas filiales se llevaban a cabo en el domicilio social de la empresa matriz en el Reino Unido. Los tribunales alemanes y franceses dictaminaron al principio en sentido contrario que el dictamen emitido en el Reino Unido, por lo que declararon abierto un procedimiento local. En uno y otro país, se revocaron ulteriormente esas decisiones.

67. *Eurofood/Parmalat* (Irlanda, marzo de 2004, Italia, febrero de 2004)[37]. Este caso, aún pendiente, ha dado lugar a decisiones conflictivas emitidas por tribunales de dos Estados miembros de la Unión Europea. Si bien el tribunal italiano dictaminó que una filial del grupo Parmalat tenía su centro de principales intereses en Italia, el tribunal irlandés dictaminó que dicho centro estaba en Irlanda. El tribunal irlandés basó su decisión en los siguientes hechos: la empresa estaba inscrita en Irlanda; administraba legalmente y con regularidad sus intereses comerciales en Irlanda; y sus acreedores creían que estaban negociando con una empresa irlandesa. Los abogados de Parmalat sostuvieron que el capital de la filial irlandesa estaba plenamente en manos de la casa matriz, y dicha filial había sido formada únicamente para financiar otros miembros del grupo de empresas, y que la política de la empresa se decidía en Italia, que además no tenía empleados en Irlanda. El tribunal irlandés formuló

---

[35] Informe sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia del Profesor Miguel Virgos y del Sr. Etienne Schmit, emitido por sus autores como Guía del Convenio de 1995, y pese a que el informe no fue nunca ultimado ni aprobado por los ministros de justicia de la Comunidad Europea, se considera como una guía extraoficial para su interpretación.

[36] Tribunal de Apelación de Versailles, 4 de septiembre de 2003 - 03/05038; High Court, Leeds, England 16 May 2003 [2003] All ER (D) 312; Tribunal Regional de Düsseldorf, 6 de junio de 2003, I-3 W 53/04.

[37] Tribunal Supremo de Irlanda, 147/04, 27 de julio de 2004; Tribunal de Parma, 30 de febrero de 2004.

una observación enérgica sobre la necesidad de respetar la privacidad de la empresa, si bien tomó nota de la normalidad de que una filial observara la política comercial del grupo.

68. *Interexx* (Países Bajos, abril de 2004)[38]. El tribunal tuvo que decidir dónde se encontraba el centro de los principales intereses del deudor, el deudor, una empresa del Reino Unido, sostuvo que el centro de sus principales intereses estaba ubicado en Cardiff, que era la ubicación de su domicilio social. Ahora bien, el tribunal dictaminó que Cardiff era un importante centro de inscripción de sociedades, por lo que no servía para determinar la ubicación del centro de los principales intereses de las empresas allí inscritas. La empresa deudora estaba inscrita en el Reino Unido como entidad extraterritorial; y el órgano gestor de la empresa, que poseía todas las acciones de la sociedad, tenía su sede en los Países Bajos.

69. *Hettlage* (Alemania, mayo de 2004)[39]. El tribunal sostuvo que si bien todas las funciones esenciales y actividades comerciales de la filial corrían a cargo de la empresa matriz, el centro de los principales intereses de una empresa filial extranjera era el domicilio social de la empresa matriz, por lo que el procedimiento principal debía ser abierto ante el foro de dicha empresa. El tribunal dictaminó que la empresa matriz alemana prestaba a su filial austríaca servicios importantes, como los servicios de compra, de contabilidad, de tecnología de la información, de publicidad, de comercialización y de administración del personal.

70. *Ci4Net.Com Inc.* (Reino Unido, mayo de 2004)[40]. El tribunal estimó insuficiente que la presunción del lugar de constitución o domicilio social de la empresa no era necesariamente el centro de los principales intereses del deudor, sino que era únicamente un factor que había de ser tenido en cuenta. Un acreedor deseaba declarar abierto un procedimiento de insolvencia contra dos empresas de un grupo, pese al hecho de que esas empresas se habían constituido en los Estados Unidos y en la Isla de Jersey, respectivamente. El tribunal estimó que el centro de los principales intereses de las dos empresas estaba en el Reino Unido.

71. *Parlamat Hungría/Eslovaquia* (Hungría, junio de 2004)[41]. Se trata de otro caso en el que el tribunal separa el centro de los principales intereses del deudor del lugar donde estaba ubicado su domicilio social. La empresa era una filial eslovaca de una empresa matriz húngara. El tribunal húngaro dictaminó que las principales decisiones financieras y comerciales de la filial se tomaban en Hungría, lo cual había sido confirmado por terceros.

72. *Aim Underwriting Agencies (Ireland) Limited* (Reino Unido, julio de 2004)[42]. El tribunal estimó que el centro de los principales intereses de una empresa constituida en Irlanda, pero de propiedad inglesa, estaba en el Reino Unido. Entre los hechos citados figura el de que la sociedad se constituyó en Irlanda para beneficiarse del régimen reglamentario irlandés. La empresa estaba controlada desde Londres, dependía del apoyo financiero y administrativo de la sociedad

---

[38] Tribunal de Apelación de La Haya, 8 de abril de 2003.

[39] Tribunal del Distrito de Munich, 4 de mayo de 2004: 1501 IE 1276/04.

[40] High Court of Justice, Chancery Division (England) of 20 May 2004 - Nos. 556 and 557 of 2004.

[41] Tribunal municipal de Fejer/Székesfehérvár (Hungría), 14 de junio de 2004.

[42] UK High Court of 2 July 2004: aún no publicada.

matriz, y la sociedad matriz era el único acreedor conocido de la filial irlandesa y era plenamente consciente de cómo se administraba la filial.

73. Resulta evidente a la luz de los casos conocidos hasta la fecha, que la presunción del Reglamento del Consejo de Europa de que el domicilio social del deudor es el centro de sus principales intereses no es, en modo alguno, una presunción concluyente. De conformidad con la relación expositiva 13 del Reglamento europeo, se ha de considerar también el lugar donde el deudor administre con regularidad sus intereses de forma que permita que un tercero se cerciore de ello. Entre los factores que se han de tener en cuenta cabe citar la ubicación de la sede de la empresa, así como la de sus operaciones y empleados y el lugar donde se tomen sus decisiones, sin olvidarse de los derechos y las expectativas de los acreedores.

74. Una vez que se haya determinado la ubicación del centro de los principales intereses del deudor y se declare abierto el procedimiento principal, el artículo 16 1) del Reglamento del Consejo de Europa prevé un reconocimiento automático de dicho procedimiento en el interior de la Unión Europea. En la mayoría de los casos la determinación del centro de los principales intereses de una empresa ha permitido abrir un procedimiento principal contra dicha empresa ante el tribunal con jurisdicción sobre dicho lugar, mientras que son muy pocos los casos en que dicho tribunal se haya declarado incompetente. Ahora bien, el juego combinado de la regla por la que se prevé el reconocimiento automático del procedimiento principal y de la diversidad de los factores que se utilizan para determinar el centro de los principales intereses de una empresa ha dado lugar a situaciones como la de *Eurofoods/Parmalat* y *Daisytek*, en la que más de un foro estimó que tenía jurisdicción sobre el lugar donde se encontraba el centro de los principales intereses del deudor. Ello resta certidumbre y predecibilidad al centro de los principales intereses de la empresa como factor de conexión determinante y dificulta la determinación de dicho lugar por todo tercero interesado, que desee saber cuál será la ley aplicable en el supuesto de que una empresa deudora se declare insolvente. Esa indeterminación puede dar también lugar, como han sugerido algunos comentaristas, al tipo de maniobras de selección del foro más favorable que el Reglamento europeo tenía por objeto evitar.

75. El tribunal irlandés que entendió del caso *Eurofoods/Parmalat* planteó una serie de cuestiones ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con arreglo al artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en lo concerniente a la interpretación del artículo 3 del Reglamento del Consejo de Europa.

ii) Establecimiento

76. La noción de "establecimiento" está definida en el artículo 2 f) de la Ley Modelo y en el artículo 2 h) del Reglamento del Consejo de Europa. Las definiciones son prácticamente iguales, con la salvedad de que la Ley Modelo ha añadido a la definición las palabras "o servicios".

77. *Telia v Hillcourt* (Reino Unido, octubre de 2002)[43]. El tribunal desestimó la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia contra el deudor sueco en el Reino Unido basada únicamente en que la filial en el Reino Unido del deudor tenía una establecimiento en el territorio del Reino Unido, que el tribunal estimó ser

[43] High Court of Justice, Chancery Division (England) [2002] EWDC 2377 (Ch).

un mero establecimiento de la empresa matriz deudora sueca. El tribunal estimó que la mera presencia de una filial no constituía un establecimiento por lo que el tribunal se declaró incompetente para la apertura de un procedimiento frente al deudor.

78. *Automold* (Alemania, enero de 2004)[44]. La empresa deudora había sido constituida en Alemania pero era objeto de un procedimiento de insolvencia abierto en el Reino Unido. El tribunal alemán sostuvo que la existencia de un domicilio social en el territorio del propio Estado bastaba para probar la existencia de un establecimiento, por lo que cabía declarar abierto un procedimiento de insolvencia secundario. En apoyo de su determinación, el tribunal alemán dictaminó que la apertura de un procedimiento principal en el extranjero no impedía la apertura de un procedimiento secundario en el lugar donde el deudor tuviera su domicilio social.

79. Cabe concluir, en base al limitado estudio efectuado, que la presencia de una filial en un Estado no constituye necesariamente prueba de un establecimiento, pero que la presencia de un domicilio social puede ser considerada como prueba de un establecimiento. Puesto que estas cuestiones están estrechamente relacionadas con la determinación del centro de los principales intereses del deudor, particularmente en lo concerniente a la presunción relativa a la ubicación del domicilio social del deudor, cabe sugerir que un estudio del dictamen emitido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del que se habló anteriormente, pudiera contribuir a aclarar algo estas cuestiones.

---

[44] Tribunal del Distrito de Colonia (Alemania), 23 de enero de 2004, 71 IN 1/04.

A/CN.9/580/Add.1

Nota de la Secretaría sobre coordinación de la labor: Actividades en curso de las organizaciones internacionales respecto del régimen de la insolvencia

ADICIÓN

1. En su resolución 36/32 de 13 de noviembre de 1981 la Asamblea General aprobó los diversos métodos sugeridos por la Comisión para seguir mejorando su función de coordinación en la esfera del derecho mercantil internacional[1]. Además de presentar un informe general acerca de las actividades de las organizaciones internacionales, se sugería que se presentaran informes sobre esferas de actividad específicas, centrándose en la labor ya en curso, y sobre las esferas en que todavía no se había iniciado una labor de unificación, pero en que podía convenir hacerlo[2]. En la presente nota se describen algunas de las actividades de la organizaciones internacionales que se ocupan del régimen de la insolvencia.

1. American Bar Association (ABA)

2. El Select Advisory Committee on Business Reorganization (Comité de asesoramiento sobre reorganización empresarial) (SABRE) es un comité especial de la Sección de Derecho Empresarial de la ABA que se encarga de analizar los problemas de tiempo y costo de las reorganizaciones empresariales con arreglo a la legislación de quiebra de los Estados Unidos y de hacer recomendaciones respecto de las mejoras que podrían introducirse en la legislación. SABRE I, publicado en 2001, hizo tres recomendaciones: a) que se dispusiera de un procedimiento de resolución al que se recurriría antes de aplicar el Capítulo 11, y en virtud del cual se prohibiría al deudor que hiciera transferencias extraordinarias y a los acreedores que entablaran acciones. La suspensión del procedimiento sería corta, de 30 a 60 días, y el tribunal la podría prorrogar, pero no más de 120 días; b) en un caso de reorganización previsto en el Capítulo 11, que se permitiera al tribunal que nombrara a un "facilitador del plan" que contribuyera a lograr un consenso respecto de las condiciones del plan de reorganización; y c) en un caso de reorganización previsto en el Capítulo 11, que se permitiera a un tribunal que nombrara a uno (o más) expertos comerciales neutrales para el procedimiento de insolvencia a fin de facilitar la difusión de datos empresariales. SABRE II, publicado en 2004, hizo otras tres recomendaciones. Dos de ellas se referían a la participación del acreedor en los procedimientos de reorganización: a) para limitar el número de comités de acreedores a uno solo, salvo en circunstancias extraordinarias; b) en casos de reorganización más pequeños en que los acreedores tuvieran poco interés en constituir un comité, para disponer el nombramiento de un "representante de los acreedores" a fin de que siguiera el asunto y negociara un plan de reorganización en nombre de los acreedores no garantizados. La tercera recomendación consistía en conceder a los tribunales una gran flexibilidad para nombrar inspectores y para que

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/36/17), párrafos 93 a 101.

[2] Ibíd., párrafo 100.

las facultades de que gozaban en los procedimientos de reorganización fueran más allá de simples facultades de investigación.

2. American Law Institute (ALI)

3. El proyecto del ALI titulado "Insolvencia transnacional: la cooperación entre los países del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)" fue una respuesta al creciente número de quiebras de empresas multinacionales en los países miembros del Tratado. En 2003 se publicaron cuatro volúmenes: uno sobre los principios de cooperación entre los países del TLCAN, que da una idea general del proyecto y contiene recomendaciones específicas. Los otros tres, sobre la Ley de quiebras de los Estados Unidos, la Ley de Quiebras del Canadá y la Ley de quiebras de México describen la legislación de estos tres Estados del TLCAN sobre la quiebra y contienen los principios que rigen los casos de insolvencia multinacional en los que hay activos en uno o varios de estos tres países del TLCAN[3].

3. Banco Asiático de Desarrollo (BAD)

4. El BAD presta asistencia a los gobiernos a fin de mejorar los resultados de las instituciones públicas, sobre todo los tribunales, las instituciones de reglamentación y los ministerios de justicia, mediante el establecimiento de instituciones de capacitación jurídica, acceso a la capacitación a través de la web y material de investigación jurídica. La asistencia respecto de la reforma legislativa del régimen de la insolvencia incluye la Asistencia Técnica Regional (RETA) 5975: promoción de la cooperación regional en las reformas del régimen de la insolvencia, que se refiere a: a) las vías extrajudiciales de resolución, b) la intersección entre el régimen de la insolvencia y el régimen de las operaciones garantizadas y c) la insolvencia transfronteriza. Se está terminando el informe definitivo.

4. Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD)

5. En 2004 el Banco completó su Estudio de los indicadores jurídicos en el tema de la insolvencia y su Evaluación del sector de la insolvencia para proporcionar a los interesados en casos de insolvencia una comprensión del alcance y la eficacia de los regímenes de insolvencia en 25 de los países miembros del Banco[4]. El Estudio de los indicadores jurídicos va más allá del derecho teórico; en él se evalúa la forma en que la legislación, junto con el marco institucional local de cada país (incluidas las normas de procedimiento, los tribunales y magistrados y los administradores de la insolvencia), se esfuerzan por crear un régimen jurídico de la insolvencia funcional (o disfuncional). En la Evaluación del sector de la insolvencia se utiliza una guía amplia, constituida por una compilación de las principales normas internacionales en materia de insolvencia, para medir si un determinado país cumple esas normas. Gracias a los datos reunidos por el Banco en el Estudio y la Evaluación, se ha podido efectuar una comparación sin precedentes del alcance y la eficacia de los regímenes de la insolvencia en todos los países miembros del Banco.

5. Unión Europea

---

[3] Véase http://www.ali.org.

[4] Véase http://www.ebrd.com/.

6. El 31 de mayo de 2002, entró en vigor el Reglamento (CE) Nº 1346/2000 de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia transfronteriza. Este Reglamento sólo se aplica a los procedimientos en que el centro de los principales intereses del deudor está situado en la Comunidad. No se aplica a Dinamarca. Prevé normas específicas sobre competencia, legislación aplicable y reconocimiento de las resoluciones, al tiempo que mejora la coordinación de las medidas que habrán de adoptarse respecto de los activos de los deudores insolventes. Las soluciones se basan en el principio de la apertura de un procedimiento de insolvencia de alcance universal en el Estado miembro en que esté el centro de los principales intereses del deudor, conservando a la vez la posibilidad de abrir un procedimiento secundario en otro Estado miembro en que el deudor tenga un establecimiento.

7. A raíz de los debates del Parlamento Europeo acerca de la modificación de la Directiva del Consejo 80/987/CCE de 20 de octubre de 1980 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, se creó un grupo especial de expertos de los 15 Estados miembros para que, en colaboración con la Comisión, consideraran las principales dificultades que se plantean en la aplicación de la Directiva. Como resultado de esas reuniones, en las que también se abordó la situación jurídica, social y económica de los trabajadores afectados por las nuevas formas de trabajo, se modificó la directiva mediante la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002.

8. La Dirección General de Empresa (DG), en sus proyectos relativos a los "Procedimientos Best" para efectuar análisis comparados de las cuestiones que se había determinado que eran indispensables para alcanzar el objetivo de Lisboa[5], inició el proyecto "Reestructuración, quiebra y nuevo comienzo" como parte de los proyectos del "Procedimiento Best". En 2002 se creó un grupo de expertos compuesto de expertos gubernamentales de 14 Estados miembros, 7 países que habían presentado su candidatura para pasar a ser miembros de la Unión y Noruega. El informe definitivo del grupo de expertos "Proyecto del 'Procedimiento Best' sobre reestructuración, quiebra y nuevo comienzo" se publicó en septiembre de 2003.

9. Como medida conexa y para establecer el programa de política empresarial, en 2003 la Comisión publicó un libro verde "El espíritu empresarial"[6]. Tras un debate público sobre las formas de lograr que el equilibrio entre riesgo y recompensa sea más favorable a la empresa, en febrero de 2004 la Comisión presentó un plan de acción, en el que se exponen una serie de medidas clave para abordar cinco esferas prioritarias estratégicas[7]. Conforme a la política de reducir el estigma del fracaso, la Comisión propuso que en 2004, junto con los expertos de los Estados miembros, se elaboraran principios de quiebra, signos iniciales de

---

[5] En una reunión especial celebrada en Lisboa el 23 y el 24 de marzo de 2000, los dirigentes de la Unión Europea acordaron un nuevo objetivo estratégico para la Unión a fin de afianzar la reforma económica y del empleo y la cohesión social como parte de una economía basada en el conocimiento.

[6] Véase http://europa.eu.int/comm/enterprise/entrepreneurship/green_paper/green_paper_final_en.pdf.

[7] Véase http://europa.eu.int/comm/enterprise/entrepreneurship/promoting_entrepreneurship/doc/com.

dificultades financieras, razones para el fracaso, barreras que impiden empezar de nuevo y retratos de empresarios fracasados y que han vuelto a empezar.

10. La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2001/24/CE relativa al saneamiento y liquidación de las entidades de crédito, que en el Plan de Acción de los Servicios Financieros se considera de suma prioridad, colma una gran laguna en la legislación de los servicios financieros. El objetivo de la Directiva es asegurar que, en caso de que una institución de crédito con sucursales en otros Estados miembros fracase, se aplicará a todos los acreedores e inversores un único procedimiento de liquidación. La Directiva entró en vigor el 5 de mayo de 2001 y el plazo para la aplicación de la legislación en los Estados miembros expiró el 5 de mayo de 2004.

11. La Directiva 2001/17/CE relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros también es parte integrante del Plan de Acción de los Servicios Financieros. Dispone que las autoridades competentes del Estado miembro en que esté autorizada la compañía (Estado miembro de origen) decidirán la iniciación de medidas de saneamiento y la apertura de procedimientos de liquidación respecto de las compañías de seguros, conforme a la legislación nacional del Estado miembro de origen. Los procedimientos incluirán todas las sucursales de la compañía de seguros en la Comunidad y los acreedores serán debidamente informados y tratados sin discriminación, independientemente del Estado miembro en que residan. La Directiva entró en vigor el 20 de abril de 2001 y el plazo para la aplicación de la legislación en los Estados miembros expiró el 20 de abril de 2003.

6. Grupo de los 20

12. La sexta reunión de Ministros de Finanzas y Gobernadores de Bancos Centrales del Grupo de los 20, que se celebró en Berlín (Alemania) el 20 y el 21 de noviembre de 2004, publicó el comunicado siguiente:

> "Sobre la base del intercambio de experiencias durante los dos últimos años, consideramos que para respaldar el crecimiento económico y reducir los factores externos de vulnerabilidad es indispensable contar con sólidos sectores financieros nacionales. Hemos convenido en que se dé elevada prioridad al establecimiento de instituciones estables y eficientes. Los avances en la esfera de la creación de instituciones también son importantes para una liberalización bien escalonada de la cuenta de capital. Debe procurarse aplicar las normas y códigos pertinentes internacionalmente reconocidos. Recalcamos el papel decisivo de la supervisión del sector financiero, que debe prestar la debida atención a la eficiencia, la independencia operacional y la rendición de cuentas por parte de los organismos competentes. Celebramos los esfuerzos del Banco Mundial por elaborar principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores y elogiamos los esfuerzos por elaborar, en colaboración con la CNUDMI, una norma internacional unificada en esta esfera que tenga en cuenta las distintas tradiciones jurídicas. Hemos determinado que es fundamental disponer de sistemas de pagos estables y eficaces para la infraestructura financiera y recalcamos el papel de los bancos centrales como proveedores y supervisores de los servicios de pagos. Celebramos los esfuerzos del FMI, del Banco Mundial y de otros en lo relativo a promover la creación de instituciones y el

desarrollo de capacidad local y convenimos en la importancia de coordinar estrechamente esas actividades."

7. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

13. La Conferencia de La Haya colaboró estrechamente con la CNUDMI en la elaboración del capítulo de la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia que se refiere a la legislación aplicable en los procedimientos de insolvencia.

8. International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL)

14. La INSOL está preparando diversas publicaciones sobre: i) sistemas de garantía de depósitos (que abarca seis estudios nacionales acerca de sus respectivos sistemas de garantía de depósitos: Estados Unidos, el Canadá, Reino Unido, Hong Kong, los Países Bajos y el Japón); ii) derechos de los trabajadores (25 estudios nacionales sobre cuestiones que afectan a los trabajadores en los casos en que el empresario tiene dificultades financieras o pasa a ser insolvente, en particular, qué se entiende por trabajador a efectos del régimen oficial de la insolvencia, sus derechos en la insolvencia, trato prioritario, responsabilidad personal de los directores respecto de los salarios no pagados, redes de seguridad reglamentarias, y en caso de que una empresa insolvente se venda, las responsabilidades de quienes la hayan adquirido respecto de las reclamaciones de los trabajadores); iii) "Directors in the Twilight Zone" (Directores en la "zona gris") (segunda edición, se refiere a 21 países); iv) calificaciones y conocimientos de los profesionales de la insolvencia (un estudio mundial de la información relativa a los nombramientos y calificaciones, el proceso de selección, la supervisión, la remuneración y reglamentación de los profesionales); v) estudio del mercado mundial; y vi) proyecto de derivados crediticios (promover una mejor comprensión y conocimiento de las cuestiones relacionadas con los derivados crediticios que influyen en la reestructuración de empresas). INSOL sigue patrocinando con la CNUDMI los coloquios judiciales multinacionales sobre insolvencia transfronteriza.

9. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial)

15. El Banco Mundial ha preparado un proyecto de Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores. Este proyecto de principios mide la eficacia de los sistemas de insolvencia y de derechos de los acreedores y ofrece a quienes adoptan las políticas líneas rectoras sobre las opciones políticas necesarias para establecer o afianzar un sistema funcional a fin de que haya relaciones saludables entre deudores y acreedores. El proyecto de principios ha sido utilizado por el Banco Mundial para evaluar los sistemas de insolvencia y de derechos de los acreedores de los países, en forma de Informes sobre la observancia de los códigos y normas (ROSCs). En la esfera de los marcos institucionales relacionados con la insolvencia, en 2003 y 2004 el Banco Mundial organizó Foros Globales de Jueces para fomentar un diálogo entre los jueces que se encargan de las ejecuciones comerciales y los sistemas de insolvencia y para ayudar al Banco Mundial a preparar una guía sobre las prácticas judiciales en materia de insolvencia.

16. Prosiguen las consultas entre el Banco Mundial, la secretaría de la CNUDMI y el Fondo Monetario Internacional para lograr a) que haya concordancia entre los principios y líneas rectoras del Banco Mundial para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores, por una parte, y la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia y el proyecto de guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas, por la otra, y b) la preparación de una norma internacional unificada en materia de insolvencia.

10. Asociación Internacional de Abogados

17. La Sección de insolvencia, reestructuración y derechos de los acreedores (SIRC) de la División Jurídica de la Asociación Internacional de Abogados efectúa diversas actividades en la esfera del régimen de la insolvencia. Por ejemplo, colabora con otras organizaciones internacionales (la CNUDMI, el Banco Mundial, el FMI) para reforzar la certeza gracias a la reforma del régimen de la insolvencia y, en particular, los miembros se han ocupado de elaborar propuestas que han presentado a la CNUDMI respecto de la labor futura en la esfera del régimen de la insolvencia. Sirve de enlace entre los órganos reglamentarios multinacionales y nacionales y otras instituciones internacionales, como el Grupo de los 30 e INSOL International. En mayo de 2005, la Sección se reunirá con INSOL Europa para ocuparse, entre otras cosas, de la promoción y cooperación respecto de proyectos relativos a la insolvencia internacional. El 20 de mayo de 2005, la Sección presentará una resolución al Consejo de la División Jurídica de la Asociación para que tome conocimiento y haga suya la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia. Caso de que se apruebe la resolución, la Sección espera presentar la misma resolución, en nombre de la División Jurídica, al Consejo de la Asociación el 21 de mayo. Los miembros de la SIRC contribuyen todos los años al informe del Banco Mundial titulado Doing Business en lo relativo a la situación y contenido de las leyes de insolvencia de países del mundo entero. Los miembros de la SIRC siguen actualizando anualmente los cuestionarios concebidos por la Asociación junto con el Banco Mundial y la Escuela Graduada de Economía de Harvard, actividad que empezó a efectuar el anterior Comité J en 2002.

11. International Insolvency Institute (III)

18. El Instituto dispone de diversos comités que investigan y evalúan diversos temas relacionados con la insolvencia, entre otros: la financiación de la insolvencia transfronteriza (elaborar sistemas y/o procedimientos que faciliten la capacidad de reorganizar una empresa que funciona a nivel internacional para obtener financiación a fin de que esa empresa pueda seguir adelante); responsabilidades empresariales y profesionales (comparando las responsabilidades del personal interno y de los profesionales en relación con los procedimientos de insolvencia); comunicaciones transfronterizas en casos de insolvencia (promover la aplicación de las Pautas Aplicables a las Comunicaciones entre Tribunales en Casos Transfronterizos); procedimientos internacionales agilizados de reorganización (preparar procedimientos agilizados para facilitar las reorganizaciones y reestructuraciones internacionales); insolvencia de entidades soberanas o estatales; litigios transnacionales (crear una base de datos internacional de las principales decisiones en materia de insolvencia internacional); prioridades fiscales en la quiebra; acontecimientos en la Unión Europea; acontecimientos en América Latina; acontecimientos en Asia.

12. Fondo Monetario Internacional (FMI)

19. El Fondo del FMI proporciona capacitación y asesoramiento especializados a las autoridades de los países miembros para ayudarlos a afianzar su infraestructura jurídica, ámbito en que estas cuestiones son de importancia macroeconómica. Entre las actividades importantes que ha realizado en relación con la insolvencia cabe mencionar los informes en que se comparan las prácticas nacionales con las normas y códigos internacionalmente reconocidos en lo que se refiere a la difusión de datos, la transparencia fiscal, la transparencia de la política monetaria y financiera, la supervisión bancaria, los mercados de valores, las reglamentaciones en materia de seguros y las normas de contabilidad y auditoría. El FMI ha preparado diversos informes sobre la insolvencia empresarial, la insolvencia bancaria y la reestructuración de la deuda soberana insostenible, incluidos unos procedimientos de insolvencia ordenados eficaces: cuestiones claves (1999) (en el que se analizan las principales opciones políticas que es preciso tener en cuenta al concebir un sistema eficaz de insolvencia empresarial)[8].

13. Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

20. Desde 1992, la Dependencia de privatización y reforma empresarial de la OCDE ha participado en un proceso de elaboración de normas y políticas para los gobiernos con economías de mercado emergentes y en transición en la esfera de la reforma jurídica, centrada en la privatización, la insolvencia y el derecho empresarial. En el marco de su programa especial para Asia, la OCDE se ha comprometido a desarrollar un diálogo, en el que participarán expertos y funcionarios de los países miembros, encargados de la formulación de políticas y expertos de economías de mercado emergentes, respecto del diseño y la aplicación de los sistemas de insolvencia.

21. El Foro para reforma de la insolvencia en Asia fue creado por la OCDE junto con la Cooperación Económica en Asia y el Pacífico (APEC) y Banco Asiático de Desarrollo (BAD), con ayuda de los Gobiernos del Japón y de Australia, a fin de: seguir elaborando y manteniendo un diálogo respecto de la reforma del régimen de la insolvencia entre personal asiático encargado de la formulación de políticas y altos cargos del sector privado; la vigilancia y examen de los progresos en la aplicación de las reformas en cada economía de la región; la determinación de los principales temas de interés para los encargados de aplicar las políticas y los profesionales de la región; y ayuda para determinar las necesidades de asistencia técnica de cada país, de modo que los donantes bilaterales o las instituciones multilaterales pudieran tenerlos en cuenta. Hasta la fecha se han celebrado cuatro reuniones (Bali, febrero de 2001; Bangkok, diciembre de 2002; Seúl, noviembre de 2003; y Nueva Delhi, noviembre de 2004) y se prevé celebrar otra en 2005.

---

[8] Véase http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/.

A/CN.9/580/Add.2

Nota de la Secretaría sobre el régimen de la insolvencia: Evolución del régimen de la insolvencia: adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza

ADICIÓN

1. En la presente nota se suministra información actualizada acerca de los casos de adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza registrados después de publicarse el documento A/CN.9/580.

2. El 20 de abril de 2005, se promulgó el nuevo capítulo 15 del Código de la Quiebra de los Estados Unidos de América, que entrará en vigor el 17 de octubre de 2005. En el capítulo 15 se incorpora la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, cuya terminología se retoma en gran parte. A continuación se mencionan algunas de las modificaciones introducidas.

i) Ámbito de aplicación – artículo 1 de la Ley Modelo

3. La sección 1501 excluye a ciertas personas naturales a las que se puede considerar consumidores ordinarios (estableciendo determinados límites de la deuda) que sean ciudadanos de los Estados Unidos o residentes permanentes en el país a ciertos corredores de bolsa y agentes de lonjas de contratación y a otras entidades sometidas a regímenes de insolvencia especiales en la legislación de los Estados Unidos.

ii) Tribunal o autoridad competente – artículo 4 de la Ley Modelo

4. La designación del tribunal competente es tema que se trata en partes del Código de la Quiebra de los Estados Unidos. La sección 1504 instaura y subraya criterios favorables a la norma general de que los países que no sean el país de origen del deudor, donde tendría lugar el procedimiento principal, deberían normalmente prestar asistencia al procedimiento principal mediante procedimientos secundarios, con preferencia a un sistema de quiebras totales en cada Estado donde haya activos.

iii) Autorización para actuar en un Estado extranjero – artículo 5 de la Ley Modelo

5. La sección 1505, que exige obtener la aprobación previa de un tribunal, introduce una variante con respecto a la autorización automática para actuar en el extranjero dada a una persona o un órgano encargados de administrar la reorganización o liquidación con arreglo al derecho interno del Estado que haya decidido esa reorganización o liquidación.

iv) Derecho de acceso directo, solicitud de que se abra un procedimiento y participación en un procedimiento – artículos 9, 11 y 12

6. La sección 1509 estipula el reconocimiento de un representante extranjero como condición para conferir otros derechos y deberes a ese representante que incluyen presentar una solicitud con arreglo al artículo 11 para iniciar un

procedimiento en el país y participar en un procedimiento abierto respecto del deudor con arreglo al artículo 12. Se ha agregado una disposición en cuya virtud un representante extranjero no puede pedir medidas de reparación a los tribunales de los Estados Unidos si se le ha denegado el reconocimiento. Se admite una excepción al requisito del reconocimiento en el caso de percepción de créditos que sean propiedad del deudor, como cuentas pendientes de cobro.

v) Notificación a los acreedores en el extranjero — artículo 14 de la Ley Modelo

7. La sección 1514 estipula la concesión de tiempo adicional para notificar a los acreedores en el extranjero y para que éstos puedan presentar sus créditos.

vi) Medidas otorgables a partir del reconocimiento — artículo 20 de la Ley Modelo

8. La sección 1520 recoge en su capítulo 15 las medidas otorgables previstas en las disposiciones vigentes del Código de la Quiebra, que son más amplias que las previstas en el artículo 20. Por ejemplo, incluyen medidas eximentes de la paralización y el derecho automático del representante extranjero del procedimiento principal a realizar las actividades de la empresa del deudor. Si bien admite que se entable una acción para preservar un crédito, prohíbe proseguir la acción. La paralización no se aplica al inicio del procedimiento de insolvencia propiamente dicho en los Estados Unidos, aunque ese procedimiento estaría sujeto a las disposiciones relativas a coordinación y cooperación.

vii) Acciones de impugnación de actos perjudiciales para los acreedores – artículo 23 de la Ley Modelo

9. La sección 1523 concede derecho a un representante extranjero para entablar una acción impugnatoria solo cuando el caso está en trámite con arreglo a alguna otra disposición del Código de la Quiebra. La sección deja a criterio del tribunal la determinación de la índole y el alcance de esa acción y del derecho interno que se le pueda aplicar.

viii) Coordinación de un procedimiento – artículo 28 de la Ley Modelo

10. En la sección 1528 se estipula claramente que, además de aplicar las disposiciones del artículo 28, el tribunal puede desestimar o suspender procedimientos en los Estados Unidos a fin de cooperar y coordinar con procedimientos extranjeros.

X. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN

A. Nota de la Secretaría sobre las actividades que están desarrollando las organizaciones internacionales en relación con la armonización y unificación del derecho mercantil internacional

(A/CN.9/584) [Original: inglés]

ÍNDICE

	Párrafos
I. Introducción	1-3
II. Armonización y unificación del derecho mercantil internacional	4-64
A. Contratos comerciales internacionales	4-12
B. Transporte internacional de mercancías	13-29
C. Conciliación y arbitraje comercial	30-34
D. Pagos internacionales	35
E. Intereses en materia de seguridad	36-44
F. Legislación sobre competencia	45-49
G. Contratación pública	50-55
H. Facilitación del comercio	56-64

I. Introducción

1. En la resolución 34/142 de 17 de diciembre de 1979, la Asamblea General pidió al Secretario General que presentara a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional un informe sobre las actividades jurídicas de organizaciones internacionales en la esfera del derecho mercantil internacional, con recomendaciones acerca de las medidas que la Comisión había de adoptar para cumplir su mandato de coordinar las actividades de otras organizaciones en esa esfera.

2. En la resolución 36/32 de 13 de noviembre de 1981, la Asamblea General hizo suyas varias sugerencias formuladas por la Comisión con miras a seguir poniendo en práctica su función coordinadora en la esfera del derecho mercantil internacional[1]. Entre esas sugerencias figuraban la presentación, además de un informe general de actividades de organizaciones internacionales, de informes sobre esferas específicas

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/36/17), párrafos 93-101.

de actividad centrados en las labores ya en curso y en las esferas en las que la labor de unificación no estaba en curso pero podría ser apropiado realizarla[2]. Dos informes de ese tipo han sido preparados para su examen por la Comisión en su 38º período de sesiones de 2005: uno sobre el comercio electrónico y otro sobre la insolvencia, que figuran en los documentos A/CN.9/579 y A/CN.9/580/Add.1, respectivamente. En consecuencia, en la presente nota no se trata de esas dos cuestiones.

3. El presente informe general, preparado en respuesta a la resolución 34/142, es el primero de una nueva serie que la Secretaría tiene intención de actualizar y examinar todos los años para información de la Comisión. Se centra en actividades desarrolladas por organizaciones internacionales que principalmente se han iniciado después del año 2000 a fin de elaborar instrumentos de derecho mercantil internacional armonizados y unificados, y se basa en material que está disponible públicamente y en consultas sostenidas con las organizaciones enumeradas.

En el presente informe se describe la labor de las siguientes organizaciones:

a) Órganos y organismos especializados de las Naciones Unidas

CEPE	Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa
OMI	Organización Marítima Internacional
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
ONUDI	Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

b) Otras organizaciones intergubernamentales

ASEAN	Asociación de Naciones del Asia Sudoriental
BAfD	Banco Africano de Desarrollo
BAsD	Banco Asiático de Desarrollo
BERD	Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
Banco Mundial	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
CARICOM	Comunidad del Caribe
COMESA	Mercado Común para África Meridional y Oriental
Commonwealth Secretariat	Secretaría del Commonwealth

[2] Ibíd., párrafo 100.

Conferencia de La Haya	Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OHADA	Organización para la armonización del derecho comercial en África
OITIF	Organización Intergubernamental de Transporte Internacional por Ferrocarril
OMA	Organización Mundial de Aduanas
SADC	Comunidad para el desarrollo de África Meridional
Unidroit	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

c) Organizaciones internacionales no gubernamentales

CCI	Cámara de Comercio Internacional
CCI/UNCTAD/OMC	Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC
CEELI	Iniciativa centroeuropea y euroasiática de derecho
CMI	Comité Marítimo Internacional
FIATA	Federación Internacional de Asociaciones de Transitarios y Asimilados
ICN	Red Internacional de Competidores
IIDM	Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo

International Chamber of Commerce

PECC	Consejo de Cooperación Económica del Pacífico
UMEAO	Unión Monetaria y Económica de África Occidental

II. Armonización y unificación del derecho mercantil internacional

Contratos comerciales internacionales

Conferencia de La Haya

4. En una reunión de la Comisión Especial sobre la jurisdicción y el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y comercial, de la Conferencia de La Haya ("el Proyecto sobre sentencias"), que tuvo lugar del 21 al 27 de abril de 2004, quedaron finalizadas las cláusulas de un anteproyecto de convención ("el proyecto preliminar de convenio") sobre la elección exclusiva del foro. A continuación de esa reunión, dos Relatores de la mencionada Comisión Especial prepararon un informe explicativo del proyecto de convenio. Del 18 al 20 de abril de 2005 el Comité de Redacción del Proyecto sobre juicios se reunió en La Haya para examinar diversas cuestiones relacionadas con el anteproyecto de convenio, entre las cuales figuraban las siguientes: obligaciones de un tribunal no escogido en el acuerdo original; sentencias incompatibles; ejecución y cumplimiento por los tribunales de acuerdos contratados antes y después de la entrada en vigor del proyecto preliminar de convención; autonomía de las partes; y efectos de las legislaciones nacionales e internacionales que contienen disposiciones contrarias al proyecto preliminar de convenio[3]. Se va a convocar un período diplomático de sesiones para que se reúna del 14 al 30 de junio de 2005 y se ocupe del proyecto de convenio.

CCI[4]

5. La Comisión de Práctica y Legislaicón Comercial (PDC)[5] del CCI está elaborando los siguientes acuerdos y contratos modelo: contratos modelo para fusiones y adquisiciones I: acuerdos para la adquisición de acciones; contratos modelo para fusiones y adquisiciones II: Acuerdo sobre acciones y empresas; Contrato modelo para el suministro de una planta industrial llave en mano; Contratos modelo llave en mano para proyectos de mayor importancia; Contrato modelo de distribución selectiva; Cláusula Modelo sobre contratación en la esfera electrónica; Orientación comercial para la contratación electrónica; Contrato modelo para la transferencia de tecnología; Contrato para patentar marcas registradas; Acuerdo modelo sobre confidencialidad, con un manual jurídico para contratos globales sobre actividades o empresas deslocalizadas. La TLC trabaja también con la CNUDMI en

---

[3] Informe sobre la Reunión del Comité de Redacción, 18 a 20 de abril de 2005, para preparar el 20º período de sesiones de junio de 2005: véase: http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/jdgm_pd28e.pdf.

[4] http://www.iccwbo.org/.

[5] El CLP, entre otras entidades, establece las normas y estándares mercantiles globales aplicables a las transacciones entre empresas (B2B), por ejemplo Incoterms, y crea contratos modelo. Incluye equipos de tarea sobre fusiones y adquisiciones, transacciones llave en mano en caso de fuerza mayor o de dificultad grave, y distribución, Inconterms, autorizaciones, contratación electrónica, así como derecho aplicable y jurisdicción. La Comisión CLP y sus equipos de tarea agrupan a 550 miembros de más de 42 países, con inclusión de personas asociadas a empresas legales internacionales, consejos internos, profesores de derecho y ejecutivos comerciales de organizaciones internacionales y empresas asociadas. Si se desea más información, véase http://www.iccwbo.org/law/commission/.

cuestiones relativas a la contratación electrónica, a la iniciativa de la Comisión Europea de armonizar el derecho contractual europeo; con la Comisión Europea sobre la revisión de la Convención de Roma, y con la Conferencia de La Haya acerca de su proyecto sobre juicios (véase el párrafo 4 supra)

CCI/UNCTAD/OMC[6]

6. El Centro de Comercio Internacional administra una colección multilingüe de informaciones jurídicas sobre comercio internacional – Juris International (www.jurisint.org) –que facilita a los usuarios unos 160 contratos modelo seleccionados según su interés práctico para las transacciones comerciales internacionales (patentes, empresas mixtas, publicación, adquisiciones, subcontratas, etc.). Los contratos modelo y las instrucciones para los usuarios están disponibles públicamente en el espacio Web del CCI y en CD ROM. En 2005, el CCI lanzó el LegaCarta, sistema multilingüe de base Web sobre tratados de comercio multilateral e instrumentos destinados a ayudar a los sectores normativos y a las organizaciones de promoción comercial para que optimicen su marco jurídico nacional sobre comercio internacional. El sistema proporciona información sobre un núcleo de unos 250 instrumenos, más un grupo adicional de unos 450 protocolos y enmiendas referenciados (mapas del Estado de las rectificaciones, textos completos y sinopsis, estado de las ratificaciones, pertinencia de cada instrumento por lo que se refiere a sus repercusiones en el comercio internacional, análisis por países).

7. En 2004, un comité pro bono del Centro (que comprendía abogados experimentados de una cincuentena de países que representaban una amplia gama de culturas jurídicas y actividades económicas)[7] redactó dos acuerdos modelo contractuales internacionales para empresas mixtas, destinados a empresas mixtas constituidas por tres o más partes, así como para empresas mixtas constituidas por dos partes. Los contratos modelo son para empresas mixtas en las que las partes organizan su operación sobre una base contractual sin constituir una persona jurídica. En 2005 se cree que se publicarán acuerdos modelo para empresas mixtas constituidas en sociedades anónimas.

8. En 2005, el Centro publicó juntamente con la OMPI un manual de capacitación para la negociación de acuerdos de autorización de uso de tecnologías[8]. El manual se centrará en la identificación y adquisición o transferencia, previa autorización, de tecnología cuyo propietario tenga un derecho de propiedad intelectual sobre ella.

OHADA[9]

9. La OHADA desarrolla actividades en diversas esferas, entre ellas la esfera de los contratos comerciales[10]. El Consejo de Ministros de OHADA encomendó a

---

[6] http://www.intracen.org/index.htm

[7] Se pueden encontrar detalles acerca de los acuerdos en: http://www.tradeforum.org/news/fullstory.php/aid/506/International_Joint_Ventures.html. Los Acuerdos se publicarán en: http://www.juris.int.org.

[8] Si se desea más información, consúltese: http://www.wipo.int/wilma/pressinfo-en/200502/msg00000.html.

[9] Que se estableció en el Tratado sobre la armonización de legislación comercial en África el 17 de octubre de 1993. Puede consultarse el tratado en http://www.ohada.org/.

[10] Si se desea consultar el Programa de armonización de la legislación comercial, véase el artículo 2 del Tratado, ibid y la decisión de la OHADA (documento del 2 de diciembre de 2001 (CM), adoptado por el Consejo de Ministros de la OHADA en Bangui, en marzo de 2001, disponible en

Unidroit[11] la preparación de un proyecto de ley uniforme de OHADA sobre contratos, que se basaría en los Principios de contratos comerciales internacionales de Unidroit (PICC). La Ley uniforme que se propone se ocupará principalmente de contratos comerciales[12]. En los primeros meses de 2005 se encomendó también a Unidroit la preparación de un proyecto de Ley uniforme de la OHADA sobre la prueba en las obligaciones contractuales.

10. La Secretaría de la CNUDMI, en cooperación con el Ministerio de Justicia del Canadá, ha ayudado a la OHADA a preparar un proyecto de ley uniforme sobre transacciones entre consumidores.

Unidroit[13]

11. De conformidad con las recomendaciones del Consejo Rector de Unidroit, los Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales (PICC) se incluyen como proyecto en curso en el programa de trabajo del Instituto[14]. La edición de 2004 de los Principios fue adoptada en el 83º período de sesiones del Consejo Rector de Unidroit (Roma, 19 a 21 de mayo de 2004). Unidroit solicita actualmente que se formulen comentarios y sugerencias acerca de los temas adicionales de que se podría tratar en una futura edición de los Principios. El Consejo Rector, en su 84º período de sesiones (18 a 20 de abril de 2005), examinó los siguientes temas para su inclusión en esa edición futura: disolución de contratos que no han dado resultado, ilegalidad, pluralidad de acreedores y deudores, condiciones y disposiciones de seguridad y garantías. Se adoptará una decisión definitiva después de que se constituya en 2006 un nuevo grupo de trabajo para examinar los Principios.

---

http://www.ohada.org/). El programa incluye el derecho de competencia, la legislación bancaria, la legislación sobre propiedad intelectual, la legislación sobre derecho de las sociedades no mercantiles, legislación de sociedades mutuas y de sociedades cooperativas, derechos de los contratos, y el derecho de la prueba. OHADA ha completado los siguientes instrumentos legislativos: Ley uniforme relativa a la legislación comercial general, de 17 de abril de 1997; Ley uniforme relativa a las empresas comerciales y a los asociados de grupos económicos, de 17 de abril de 1997; Ley uniforme que organiza los valores u obligaciones, de 17 de abril de 1997; Ley uniforme que organiza procedimientos sumarios para obtener el reembolso de la deuda y medidas de ejecución, de 10 de abril de 1998; Ley uniforme que organiza los procedimientos de liquidación y de insolvencia, de 4 de abril de 1998; Ley uniforme sobre arbitraje, ley del 11 de junio de 1999; Ley uniforme que organiza y armoniza la Cuenta de empresas en Estados miembros de OHADA, de marzo de 2000, y Ley uniforme relativa al transporte de mercancías por carreterea, de marzo de 2003, todas las cuales están disponibles en http://www.ohada.org/.

[11] Si se desea más información sobre el Instituto, véase http://www.UNIDROIT.org.

[12] Si se desean más informaciones, véase Marcel Fontaine, "El proyecto de ley uniforme de OHADA en los contratos y los principios sobre contratos comerciales internacionales, de Unidroit", disponible en http://www.UNIDROIT.org/english/legalcooperation/ohada/2004-3-fontaine-e.pdf. En septiembre de 2004, el profesor Fontaine, miembro del Grupo de Trabajo para la preparación de los Principios de UNIDROIT sometió un proyecto a la consideración de los órganos competentes de OHADA.

[13] http://www.unidroit.org/.

[14] Si se desean más informaciones, consúltese http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study050/main.htm.

OMPI[15]

12. El Sector de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI acogió en abril de 2005 un seminario sobre derecho de autor y de intermediarios en Internet que se ocupó principalmente de diversas formas de enfocar cuestiones relacionadas con la obligación de respetar los derechos de autor entre los que actúan como intermediarios en línea; por ejemplo, proveedores de servicios de Internet (ISP), proveedores de intercambio de archivos, espacios dedicados a subastas y portales. Como parte de su Comité Intergubernamental sobre Recursos Genéticos, Folclore y Conocimientos Tradicionales (IGC), la OMPI está recopilando una base de datos en línea que se puede consultar, de prácticas contractuales, directrices y cláusulas modelo de propiedad intelectual para los acuerdos contractuales de acceso a recursos genéticos y a intercambio de beneficios (que es la Base de datos sobre contratos)[16], haciendo particular hincapié en los aspectos de propiedad intelectual de dichos acuerdos.

B. Transporte internacional de mercancías

1. Transporte por vía marítima

CMI[17]

13. El CMI participa regularmente en las actividades del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI (Derecho del Transporte), que está preparando un proyecto de instrumento sobre el transporte de mercancías [total o parcialmente] [por vía marítima] (que es el proyecto de instrumento de la CNUDMI sobre el transporte de mercancías), que regirá las cuestiones de responsabilidad derivadas del transporte de mercancías. El texto del proyecto de instrumento de la CNUDMI sobre el transporte de mercancías se basa en gran parte en consideraciones y sugerencias transmitidas por un Subcomité ad hoc Internacional del CMI y fue también objeto de actividades desarrolladas por el Comité A del CMI en la 38º Conferencia del CMI, celebrada en Vancouver del 30 de mayo al 4 de junio de 2004.

14. En 2004, el CMI completó una revisión de las Reglas de York y Amberes, 1994, que trataban de cuestiones como la remuneración del salvamento, los gastos por utilización del puerto de refugio, las reparaciones temporales, la disposición de fondos, el interés respecto de las pérdidas y el plazo de prescripción[18] .

FIATA[19]

15. La FIATA ha elaborado varios documentos y formularios para su utilización por los transportistas de carga, con miras a establecer un estándar uniforme en la práctica del transporte de cargas. Además la FIATA participa regularmente en las actividades del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI y ha prestado especial atención

---

[15] http://www.wipo.int/portal/index.html.en.

[16] La versión actualizada de la base de datos sobre contratos está disponible en el espacio Web de la OMPI: http://www.wipo.int/tk/en/databases/contracts/index.html

[17] http://www.comitemaritime.org/home.htm.

[18] Si se desean más informaciones, consúltese http://www.comitemaritime.org/cmidocs/yar.html.

[19] www.fiata.com.

a los aspectos multimodales del proyecto de instrumento de la CNUDMI sobre el transporte de mercancías.

CCI

16. La Comisión de transporte y logística de la CCI[20], con sus dos comités sectoriales (para el transporte marítimo, y para el transporte por vía aérea), ofrece foros de debate para cuestiones específicas marítimas y aéreas. Principalmente los dos comités vigilan la evolución legislativa y reglamentaria que afecta al transporte en todo el mundo y, entre otras cosas, centran su labor en la modernización de los regímenes de transporte multimodal y marítimo, con inclusión de las cuestiones de crédito documental relativas a los documentos de transporte y a la utilización de la tecnología de la información para facilitar el transporte. El Comité de transporte marítimo dirige también la labor del Comité de la CCI para el examen de los conocimientos de embarque, que dicta decisiones sobre la conformidad de los documentos de transporte con las Reglas de la CCI para los documentos de transporte multimodal de UNCTAD/CCI. La Comisión de técnicas y prácticas bancarias de la CCI (véase el párrafo 35 infra) está examinando y revisando UCP, incluido el artículo 30 sobre conocimientos de embarque puerto a puerto.

OMI[21]

17. Los objetivos del Convenio internacional sobre privilegios e hipotecas marítimos (Ginebra, 6 de mayo de 1993)[22] son los siguientes: i) brindar un marco jurídico de aceptación general que rija el reconocimiento y la ejecución de privilegios e hipotecas marítimos y que, con ello, promueva la uniformidad en el plano internacional, y ii) reforzar la posición internacional de los acreedores hipotecarios y de los financiadores de armadores y compradores de barcos, mejorando con ello las condiciones para la financiación de la construcción de buques en el plano internacional. El Convenio sustituye a los Convenios de 1926 y 1967 para la unificación de determinadas normas relativas a privilegios e hipotecas marítimos.

18. En 2002, una Conferencia diplomática adoptó el tercer Protocolo del Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y equipaje por mar, 1974[23]. El Protocolo introduce mecanismos para ayudar a los pasajeros a obtener indemnización y, en particular, sustituye al sistema de viabilidad basado en la existencia de falta con un sistema riguroso de responsabilidad en caso de incidentes relacionados con el transporte. El Protocolo requiere también que haya un seguro obligatorio que ampare a los pasajeros de los buques y eleva los límites de responsabilidad. Una cláusula de "autoexclusión" permite que los Estados Parte mantengan o introduzcan límites más elevados de responsabilidad.

19. Las enmiendas del Capítulo VII del Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (Convenio SOLAS, de 1 de noviembre de 1974), aprobadas en mayo de 2002, hacen obligatorio a partir del 1 de enero de 2004 el Código internacional para el transporte marítimo de mercancías peligrosas (IMDG),

---

[20] Si se desean más informaciones, consúltese http://www.iccwbo.org/home/menu_transport.asp.

[21] http://www.imo.org/index.htm.

[22] Entró en vigor el 5 de septiembre de 2004, Doumento. A/CONF.162/.

[23] El protocolo, que se adoptó el 1 de noviembre de 2002, no ha entrado todavía en vigor.

contenido en el mencionado Convenio. El Código IMDG tiene normas uniformes para el transporte marítimo en condiciones de seguridad de mercancías peligrosas y contaminantes marítimos embalados.

OCDE[24]

20. La OCDE ha preparado informes sobre las siguientes cuestiones del transporte por tierra y por mar[25]: supresión del seguro en caso de transporte en condiciones inferiores a las requeridas; seguridad marítima – propiedad y control de buques; opciones para mejorar la transparencia; y formas seguras de transporte en contenedores[26]. El 12 de septiembre de 2002, el Consejo de la OCDE acordó que comenzaron las negociaciones acerca de un nuevo Acuerdo de construcción naval que examinara y abordara los factores que obstaculizan las condiciones de competencia normal en la industria naval, en particular las medidas gubernamentales de apoyo, sobre todo las subvenciones, las medidas de determinación de precios y otras prácticas conexas. La fecha fijada como objetivo para concluir las negociaciones es el final del año 2005[27].

UNCTAD

21. La UNCTAD participa activamente en la labor del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, y ha presentado observaciones acerca de diversas disposiciones del proyecto de instrumento de la CNUDMI sobre el transporte de mercancías al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI en su 14º período de sesiones[28]. Esas observaciones se centraban en la libertad de las cuestiones contractuales, en particular, qué contratos pueden quedar exonerados de la aplicación obligatoria del proyecto de instrumento, y la responsabilidad del transportista en caso de pérdida, daños y retrasos.

---

[24] Si se desean más informaciones acerca de la organización, consúltese http://www.oecd.org/home/.

[25] De conformidad con la decisión adoptada en 2003, un Centro de investigaciones sobre transportes con la Conferencia Europea de Ministros de Transporte (CEMT) se creó a partir del 1 de enero de 2004.

[26] Un documento de debate sobre"Propiedad y control de buques" se publicó para recabar comentarios públicos en diciembre de 2003; trataba de la forma en que los gobiernos pueden cambiar los registros marítimos para identificar más fácilmente quién es el propietario del buque. Además, la OCDE y la CEMT iniciaron un proyecto conjunto para examinar formas efectivas de localizar mercancías a lo largo de la cadena de transporte, desde su expedición hasta la entrega final, aunque dicha cadena abarque varios países y medios de transporte diferentes. La OCDE se ocupó también de la forma en que los Estados que registran buques bajo su pabellón puedan identificar más efectivamente y suprimir los buques que no cumplan los estándares, así como posibles formas de crear incentivos para los propietarios de buques a fin de que sean más responsables en esa esfera.

[27] La OCDE creó un Grupo negociador especial en 2002 para preparar un nuevo Acuerdo de construcción naval, con el apoyo de todos los miembros de la OCDE y de las economías navales más importantes de fuera de la OCDE. Fuente: Informe anual de la OCDE para 2004, disponible en: http://www.oecd.org/dataoecd/28/49/31621929.pdf.

[28] Véase A/CN.9/WG.III/WP.41.

2. Transporte por vía terrestre

CEPE[29]

22. La CEPE está preparando un protocolo del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR)[30] (Ginebra, 19 de mayo de 1956) encaminado particularmente a la introducción de notas de expedición por vía electrónica. El proyecto de protocolo se está preparando con asistencia de Unidroit.

OEA[31]

23. La OEA, por conducto de su sexta Conferencia especializada interamericana sobre el derecho internacional privado (CIDIP VI)[32], celebrada en 2002, adoptó el Conocimiento de embarque combinado uniforme interamericano negociable para el transporte internacional de mercancías por carretera[33] y el Conocimiento de embarque combinado uniforme interamericano no negociable para el transporte internacional de mercancías por carretera[34] .

OHADA

24. La Secretaría de la CNUDMI, en cooperación con el Ministerio de Justicia del Canadá, ha ayudado a la OHADA a preparar un proyecto de ley uniforme sobre contratos para el transporte de mercancías por carretera, que entró en vigor en enero de 2004.

OITIF

25. La OITIF está procurando ampliar el ámbito del Convenio relativo al transporte internacional por ferrocarril (9 de mayo de 1980)[35] y armonizarlo con otras normas legislativas sobre transporte a fin de hacer posible, a la larga, que se pueda efectuar el transporte por ferrocarril desde el Atlántico hasta el Pacífico en el marco de un solo régimen jurídico. Además, la OITIF actualiza, sobre una base continua, los reglamentos referentes al transporte de mercancías peligrosas y

---

[29] http://www.unece.org/.

[30] Entrada en vigor: 2 de julio de 1961, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, Vol. 399, pág. 189 (del texto francés). Fuente: http//www.untreaty.org.

[31] Si se desean más informaciones, consúltese http://www.oas.org.

[32] Si se desean más informaciones sobre las Conferencias especializadas interamericanas sobre Derecho Internacional Privado, consúltese http://www.oas.org/dil/private_international_law.htm. Si se desean más informaciones sobre CIDIP-VI, véase http://www.oas.org/dil/CIDIPVI_home.htm.

[33] Si se desea un ejemplar del conocimiento de embarque negociable, consúltese http://www.oas.org/dil/negotiable%20bill%20of%20lading-eng.pdf. Si se desea una copia del texto que acompaña al conocimiento de embarque, véase http://www.oas.org/dil/CIDIP-VI-billoflanding-Eng.htm.

[34] Si se desea una copia del conocimiento de embarque no negociable, consúltese http://www.oas.org/dil/non-negotiable%20bill%20of%20lading-eng.pdf. Si se desea una copia del texto que acompaña al conocimiento de embarque, véase http://www.oas.org/dil/CIDIP-VI-NON-NEGOTIABLE_billoflanding-Eng.htm.

[35] Entró en vigor el 1 de mayo de 1985.

procura eliminar los obstáculos que plantea el paso de fronteras en el transporte internacional por ferrocarril[36].

3. Transporte por vías de navegación interior

CEPE

26. La Convención de Budapest sobre el contrato para el transporte de mercancías por vías de navegación interior (Convención CMN)[37] fue adoptada en una Conferencia diplomática organizada conjuntamente por CCNR, la Comisión del Danubio y la CEPE (Budapest, 25 de septiembre a 3 de octubre de 2000). La Convención CMN rige la responsabilidad contractual de las partes en el contrato para el transporte de mercancías por vías de navegación interior y fija los límites de la responsabilidad del transportista. La Convención CMN entró en vigor el 1 de abril de 2005.

27. El Grupo de Trabajo de la CEPE sobre transporte por vías de navegación interior ha estado considerando si dos antiguos protocolos adicionales de la Convención CMN, que originalmente iban anexos a un proyecto de la Convención pero que finalmente no se incluyeron, deben adoptarse de alguna otra forma. Los protocolos se refieren al tiempo de carga y descarga, a las sobreestadías y al cálculo del flete y la distribución de las cargas de transporte en los transportes por vías de navegación interior. Al no poderse alcanzar un consenso para su adopción, se convino en invitar a los gobiernos y entidades privadas a los que pudieran interesar los textos de los dos antiguos protocolos a que usen los textos que se reproducen en el documento TRANS/SC.3/2003/6[38].

28. Un Grupo de voluntarios sobre obstáculos legislativos, establecido por el Grupo de Trabajo de la CEPE sobre el transporte por vías de navegación interior, preparó, como seguimiento de la Conferencia de Rotterdam sobre transporte por vías de navegación interior, de 2001, un proyecto de "inventario de obstáculos legislativos existentes que dificultan el establecimiento de un mercado armonizado y competitivo de navegación interior paneuropeo, junto con recomendaciones sobre la forma de superar los mencionados obstáculos". El inventario contiene un análisis sucinto de los obstáculos legislativos existentes que dificultan el establecimiento de un mercado paneuropeo armonizado y competitivo de transporte por vías interiores de navegación y propuestas sobre posibles soluciones para los problemas identificados[39].

4. Transporte intermodal

CEPE

29. El Grupo de Trabajo de la CEPE sobre logística y transporte intermodal había aplazado, como resultado de la labor en curso de la CNUDMI sobre instrumentos de transporte internacional, la labor dedicada a la preparación de un régimen de responsabilidad civil aplicable al transporte intermodal europeo, que se ampliara a

---

[36] Si se desean más informaciones, véase www.otif.org.

[37] Budapest, 22 de junio de 2001; entró en vigor el 1 de abril de 2005.

[38] Disponible en http://www.unece.org/trans/main/sc3/sc3.html

[39] Véanse además el documento TRANS/SC.3/2005/1, http://www.unece.org/trans/main/sc3/sc3.html.

todos los contratos de transporte que incluyan un tramo de transporte marítimo, independientemente de su longitud o de su importancia económica. En vista del interés que ofrecía el establecimiento de dicho régimen aplicable al transporte intermodal europeo que abarcarse el transporte por carretera, ferrocarril, vías de navegación interior y tramos marítimos cortos, el Comité de transporte interior de la CEPE pidió en febrero de 2005 que el Grupo de Trabajo prosiguiera su labor de estrecha vigilancia y evaluación de todas las actividades pertinentes en esa esfera, particularmente las de la CNUDMI, y que preparase, de ser conveniente, propuestas en favor de soluciones en el plano paneuropeo[40].

C. Conciliación y arbitraje comerciales

CARICOM

30. Tras la revisión del Tratado de Chaguaramas por el que se establece CARICOM, hecha en 2001, el artículo 74 2) del Tratado encarga a los Estados miembros de CARICOM que armonicen, entre otras cosas, sus legislaciones y prácticas legislativas referentes al arbitraje comercial.

CEPE

31. En el marco del Grupo de Trabajo de la CEPE sobre prácticas comerciales y jurídicas internacionales, quedó establecido el Grupo Asesor de Expertos encargado de considerar posibles revisiones del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1961. El 52º período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre prácticas comerciales y jurídicas internacionales tendrá lugar en septiembre de 2005 en Viena.

CCI

32. La Comisión de Arbitraje[41] de la CCI incluye en la actualidad los siguientes grupos: equipo de tarea sobre legislación y arbitraje penal; equipo de tarea sobre arbitraje de cuestiones jurídicas de competencia; equipo de tarea sobre directrices para los procedimientos periciales de la CCI; grupo ah hoc sobre redacción de sentencias arbitrales; foro sobre ADR; foro sobre Tribunal y Reglamento de la CCI; y foro sobre cuestiones de arbitraje y nuevas esferas de labor. Los actuales proyectos incluyen: i) un estudio sobre las repercusiones del derecho penal en procedimientos arbitrales (problemas jurisdiccionales, procesales y sustantivos que pueden surgir); ii) preparación de un informe que determine ciertas cuestiones que pueden ser consideradas cuando se redacte una sentencia arbitral; iii) estudio de los problemas jurisdiccionales, procesales y sustantivos que pueden plantearse en las cuestiones relativas a la legislación sobre competencia arbitral; y iv) preparación de notas explicativas para uso de los expertos en el transcurso de procedimientos periciales.

---

[40] Véase además los documentos ECE/TRANS/162, pár. 104, y TRANS/WP24/101, párrafos 24-28, disponibles en http://www.unece.org/trans/main/sc3/sc3.html.

[41] Tiene más de 400 especialistas jurídicos internacionales designados por los comités nacionales de la CCI en 82 países. Si se desean más informaciones, véase http://www.iccwbo.org/home/international_arbitration/commission.asp.

CCI/UNCTAD/OMC

33. En septiembre de 2004, el Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC organizó un simposio internacional sobre la administración de servicios de arbitraje y mediación exclusivamente para administradores de centros de arbitraje y mediación. Más de 60 directores de centros alternativos de solución de controversias de 50 economías de países en desarrollo y países desarrollados participaron en el simposio. Se ha establecido una red a través de la cual se encauzan los ofrecimientos y las solicitudes de asistencia técnica referentes a la administración de servicios de solución de controversias.

34. En 2001, el Centro produjo y publicó un manual de capacitación sobre arbitraje y mecanismos alternativos de solución de controversias. El manual – que expone las diferentes alternativas a la actuación del Estado que se pueden utilizar para prevenir o resolver controversias comerciales en un contexto internacional –, tiende a crear una mejor mentalización acerca de los diversos mecanismos de solución de controversias y a crear relaciones más efectivas entre asociados en el comercio internacional. Varias versiones nacionales – adaptadas al marco reglamentario nacional – fueron publicadas subsiguientemente por cámaras de comercio y centros de arbitraje, entre otros países en Argentina, Bangladesh, Bolivia, Croacia, Egipto, Filipinas, India, México y Viet Nam.

D. Pagos internacionales

CCI

35. La Comisión de prácticas y técnicas bancarias[42] de la CCI está revisando sus UCP 500, que son sus normas de utilización universal sobre cartas de crédito. También está explorando la posibilidad de elaborar prácticas comunes de confiscación. Otras actividades en curso incluyen el dirigirse a la Comisión Europea y a bancos multinacionales de desarrollo para instarles a que hagan uso de las Reglas uniformes de la CCI para las garantías en caso de demanda (URDG), en vista de que el Banco Mundial ha incorporado esas reglas en sus formularios de garantía incondicional, así como la promoción de la reciente publicación sobre prácticas bancarias uniformes internacionales (ISBP), que describe de qué forma las UCP deberían aplicarse a la práctica cotidiana.

E. Intereses en materia de seguridad

36. La Comisión quizá desee recordar que en su 36º período de sesiones, en 2000, y en su 37º período de sesiones, en 2004, examinó notas de la Secretaría tituladas “Coordinación de la labor: actividades de organizaciones internacionales en la esfera de los intereses en materia de seguridad” (A/CN.9/475 y 565 respectivamente). Los párrafos que figuran a continuación actualizan las informaciones que esas notas incluían.

---

[42] Si se desean más informaciones, véase http://www.iccwbo.org/home/banking/commission.asp.

Unidroit

37. Unidroit, juntamente con la Organización Intergubernamental para el Transporte Internacional por Carretera (OITIF)[43], está finalizando el segundo Protocolo de la Convención sobre intereses internacionales en equipo móvil (Ciudad del Cabo, 16 de noviembre de 2001)[44], que trata de cuestiones específicas relativas al material rodante ferroviario (proyecto de Protocolo sobre transporte por ferrocarril). El proyecto de Protocolo sobre transporte por ferrocarril fue presentado al Consejo Rector de Unidroit en abril de 2005, y será sometido a la aprobación de una conferencia diplomática que se convocará en 2006. Se ha establecido un Equipo de Tarea sobre registro de ferrocarriles para que prepare un sistema de registro internacional y aspectos conexos en relación con el proyecto de Protocolo sobre transportes por ferrocarril. Unidroit está elaborando también un tercer Protocolo de la Convención de Ciudad del Cabo que tratará de cuestiones específicas relativas a asuntos espaciales (anteproyecto de Protocolo de la Convención de Ciudad del Cabo sobre intereses internacionales en equipo móvil y sobre cuestiones específicas relativas a asuntos espaciales) y está considerando la elaboración de protocolos adicionales que abarquen el equipo agrícola y de construcción.

38. Unidroit está preparando también un proyecto de convención sobre normas sustantivas armonizadas en materia de valores depositados en poder de un intermediario. La primera reunión de expertos gubernamentales tuvo lugar en Roma del 9 al 20 de mayo de 2005.

Conferencia de La Haya

39. El Informe explicativo acerca de la Convención de La Haya sobre la legislación aplicable a determinados derechos respecto de valores depositados en poder de un intermediario, adoptada el 13 de diciembre de 2002, se ha publicado recientemente[45]. La Conferencia de La Haya está trabajando en estrecha colaboración con la CNUDMI en el capítulo sobre conflicto de leyes del proyecto de Guía legislativa sobre transacciones seguras de la CNUDMI.

BERD

40. En 2004, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo ("BERD"), en el contexto de su labor sobre modernización de la legislación acerca de transacciones seguras, publicó los Principios Rectores del BERD para la elaboración de un registro de cargas.

---

[43] http://www.otif.org/

[44] La Convención entró en vigor el 1 de abril de 2004. UNIDROIT desempeña funciones de depositario con arreglo a la Convención de la Ciudad del Cabo y de su Protocolo sobre cuestiones específicas de los instrumentos de equipo de aeronaves (Ciudad del Cabo, 16 de noviembre de 2001) (el "Protocolo sobre Aeronaves"). En esa calidad, supervisa el desarrollo de un registro internacional para aeronaves, según dispone el Protocolo sobre Aeronaves.

[45] El informe esta disponible en: http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2955&dtid=3

Unión Europea

41. Continúan las consultas entre la Dirección de Justicia y Asuntos de Interior de la Comisión Europea, responsable de Roma I (revisión de la Convención de Roma sobre el derecho aplicable a obligaciones contractuales) y la Secretaría de la CNDUMI a fin de: a) conseguir que el nuevo instrumento de la Unión Europea sea compatible con la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de activos exigibles en comercio internacional ("la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión"); y b) facilitar la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión por los Estados miembros de la Unión Europea. La Secretaría informó a la Comisión Europea acerca de la solicitud de la CNUDMI en su 37º período de sesiones, en 2004 (véase el párrafo 165 del documento A/59/17) para que hubiera una reunión de coordinación. Por lo visto la Comisión Europea está consultando a los Estados miembros de la Unión Europea, sobre la base de un texto preliminar, para determinar qué enfoque ha de seguirse acerca de la legislación aplicable a los efectos causados a terceras partes por las cesiones.

OEA

42. La OEA, en su sexta Conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP VI),[46] celebrada en 2002, adoptó la Ley Modelo interamericana sobre transacciones seguras[47] . El ámbito de aplicación de la Ley Modelo es la reglamentación de intereses de seguridad consensual respecto de bienes muebles para velar por el cumplimiento de obligaciones presentes o futuras. La finalidad de la Ley Modelo es modernizar la legislación sobre transacciones seguras en los Estados miembros de la OEA con miras a aumentar considerablemente la disponibilidad y a reducir el costo de los créditos, en particular cuando se trata de préstamos de pequeña y mediana cuantía. El 35º período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, que va a tener lugar en junio de 2005[48], aprobará seguramente los temas del programa de CIDIP VII, entre los cuales figurará la continuación de la labor sobre la creación de un registro electrónico de transacciones seguras que entrará en vigor en conjunción con la Ley Modelo interamericana sobre transacciones seguras[49].

OMPI

43. El Sector de Derecho de Autor y Derechos Conexos se reunió en mayo de 2005 para recabar las impresiones de los interesados directos afectados acerca de las repercusiones del proyecto de Guía legislativa de la CNUDMI sobre las transacciones seguras en derechos de propiedad intelectual y sobre una propuesta relativa a la labor futura en la esfera de los intereses de seguridad en los derechos de propiedad intelectual.

---

[46] Si se desean más informaciones sobre CIDIP-VI, véase http://www.oas.org/dil/CIDIPVI_home.htm.

[47] Si se desea el texto de la Ley Modelo Interamericana sobre Legislación de Transacciones Seguras, véase: http://www.oas.org/dil/CIDIP-VI-securedtransactions_Eng.htm.

[48] Véase: http://www.oas.org/xxxvga/english.

[49] Si se desea una copia del proyecto de resolución sobre los mandatos y el programa de la Asamblea General para la CIDIP-VII, véase http://scm.oas.org/doc_public/ENGLISH/HIST_05/CP14025E07.doc

Banco Mundial

44. Prosiguen las consultas entre el Banco Mundial, la Secretaría de la CNUDMI y el Fondo Monetario Internacional para conseguir que sean compatibles a) los Principios y directrices del Banco Mundial sobre sistemas efectivos de insolvencia y derechos del acreedor, por una parte, y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre legislación de insolvencia y el proyecto de Guía Legislativa de la CNUDMI sobre transacciones seguras, por otra parte, y b) la definición de un estándar internacional unificado en la esfera de la insolvencia y los derechos del acreedor.

F. Legislación sobre la competencia

Secretaría del Commonwealth

45. En diciembre de 2004 hubo una reunión de expertos de la región del Pacífico para considerar el proyecto de Ley modelo del Commonwealth sobre competencia que está preparando la Sección de elaboración de leyes de la Secretaría del Commonwealth. Era la segunda de esas reuniones, y la primera había tenido lugar en Singapur en la primera parte de 2004. La reunión examinó los rasgos destacados de una ley de competencia, entre los cuales figuraban: uso indebido de una posición dominante; identificación de actividades de cárteles; importancia de la transparencia, en particular cuando se trata de conceder exenciones respecto del ámbito de una ley de competencia; e importancia de la protección del consumidor. El proyecto de Ley modelo establece un órgano separado para administrar la Ley.

UNCTAD

46. En consonancia con su mandato de asistir a los países en desarrollo, incluidos los países menos adelantados, en la formulación, redacción o revisión de leyes y políticas de competencia (según se dispone en su Conjunto de reglas y principios equitativos de aceptación multilateral para la fiscalización de las prácticas comerciales restrictivas ("los Principios equitativos"[50]), la UNCTAD celebró el sexto período de sesiones del Grupo intergubernamental de expertos en política y legislación en materia de competencia (GIE en CLP) en Ginebra en noviembre de 2004[51]. La UNCTAD celebrará su Quinta Conferencia de Examen en noviembre de 2005[52], la cual, entre otras cosas, evaluará la aplicación y ejecución de los Principios equitativos durante los 25 años transcurridos desde su adopción, y examinará propuestas para mejorarlos. También considerará técnicas para reunir pruebas en materia de cárteles; la función del análisis económico en la ejecución de la política y la legislación sobre competencia; la función de la judicatura en la ejecución de la legislación sobre competencia; la aplicación de la política y legislación sobre la competencia al sector no estructurado; y la forma de poner en

---

[50] Esos principios quedaron adoptados unánimemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 35/63 (diciembre de 1980) y constituyen el único código totalmente multilateral en existencia sobre la política y el derecho de competencia.

[51] http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/english/cptech.htm.

[52] Es una Conferencia que tiene lugar cada cinco años y que examina todos los aspectos de los Principios.

práctica un tratamiento especial diferencial de los países en desarrollo en cuanto a la política y legislación sobre la competencia.

OMC

47. El Grupo de Trabajo sobre la interacción entre el comercio y la política de competencia (WGTCP) quedó establecido en la Conferencia Ministerial de Singapur de la OMC en diciembre de 1996 y se ocupa de la labor y la definición de cuestiones de competencia[53] en la OMC, centrándose en cuestiones específicas de la normativa comercial. La Declaración Ministerial de Doha[54], adoptada el 14 de noviembre de 2001, trata en sus párrafos 23 a 25 de la interacción entre política de competencia y comercio, y determina las posibles negociaciones para establecer un acuerdo de la OMC sobre competencia.

OCDE

48. El Comité de la OCDE de política y legislación sobre la competencia (CLP)[55] está procurando llegar a un consenso entre los miembros de la OCDE respecto de las cuestiones de política de competencia y lucha contra los monopolios, y promover la convergencia de las legislaciones sobre la competencia entre los miembros mediante la promoción de la analogía de sus legislaciones sobre competencia y de sus normas de ejecución. Entre los asuntos que ha abordado el Comité figuran los siguientes: creación de capacidades en países que no pertenecen a la OCDE; análisis de la competencia; cuestiones económicas; exámenes de países; ejecución de la legislación, y cooperación. Adoptada originalmente el 21 de junio de 1976, la Declaración de la OCDE y decisiones sobre inversiones internacionales y empresas transnacionales "constituyen un compromiso normativo de mejorar el ambiente en materia de inversiones en los países de la OCDE, y de fomentar la contribución positiva que las empresas transnacionales puedan efectuar a favor del progreso económico y social". La Declaración, que es objeto de examen periódico, ha sido examinada en 1979, 1984, 1991 y 2000[56] .

49. Las Directrices de la OCDE para las Empresas Transnacionales[57], adoptadas el 21 de junio de 1976 y revisadas últimamente el 27 de junio de 2000, son un marco voluntario y multilateral de normas y principios sobre buena conducta mercantil.

G. Contratación pública

BAsD/BID/Banco Mundial

50. Al principio de 2003, el BAsD, el BID y el Banco Mundial establecieron un grupo de trabajo conjunto sobre armonización de contratación gubernamental electrónica (e-GP), al que se adhirieron subsiguientemente el BAfD, el BERD y el

---

53 http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/comp_e.htm

54 WT/MIN(01)/DEC/1; véase también http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm#interaction

55 http://www.oecd.org/daf/clp/.

56 DAFFE/IME(2000) 20 (9 de noviembre de 2000); véase también http://www.olis.oecd.org/olis/2000doc.nsf/LinkTo/daffe-ime(2000)20.

57 http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf.

Fondo Nórdico para el Desarrollo y que está cooperando también con la Comisión Europea en su labor sobre la contratación pública[58]. El Grupo de Trabajo ha estado elaborando algunos documentos encaminados a armonizar las estrategias de e-GP y las soluciones para los bancos antes mencionados en los países en que operan[59]. En marzo de 2005, el Grupo de Trabajo tuvo un curso práctico conjunto con representantes de la Comisión Europea y de la Secretaría de la CNDUMI. A la Secretaría de la CNUDMI se le comunicó que el Grupo de Trabajo estaba examinando los siguientes documentos: i) requisitos para la utilización de sistemas de licitación por e-GP para los préstamos de bancos multilaterales de desarrollo, subvenciones y créditos (cuestiones pendientes de estudio son la utlilización de técnicas de autenticación y honorarios pagaderos en las licitaciones por vía electrónica)[60]; ii) directrices para subastas en ambos sentidos por vía electrónica; iii) directrices sobre adquisiciones por vía electrónica; iv) directrices sobre activación en la relación entre comprador-proveedor. El Grupo de Trabajo está llevando a cabo la evaluación del primer informe sobre subastas electrónicas en ambos sentidos, en Brasil, y se está preparando un estudio bajo sus auspicios acerca del costo del establecimiento de un sistema e-GP.

COMESA

51. La Secretaría de COMESA[61], con el apoyo del Banco Africano de Desarrollo, está ejecutando el Proyecto de COMESA para la reforma de la contratación pública, que está encaminado a armonizar las reglas y artículos de la contratación pública y a crear la capacidad de los sistemas de contratación nacional de la región. En la 17ª reunión del Consejo de Ministros de COMESA (Kampala, 4 y 5 de junio de 2004), el Consejo decidió que la Ley Modelo de la CNUDMI, de 1994, sobre adquisición de mercancías, construcciones y servicios debía ser utilizada por los Estados Miembros que iniciaran reformas legislativas, teniendo en cuenta las directivas de COMESA. También decidió que la Secretaría de COMESA debía elaborar un proyecto sucesor en la esfera de la contratación pública, que contara con el apoyo de un donante apropiado, que debería incluir las necesidades de capacidad de construcción y el desarrollo de modelos de capacitación y de programas de estudios operacionales[62]. En diciembre de 2004, COMESA lanzó el Sistema de información sobre contratación pública de COMESA[63], que consistía en un espacio Web regional

---

58 Si se desea conocer su portal conjunto e-GP, véase http://www.mdb-egp.org/data/default.asp.

59 Entre los documentos que se han preparado ya figuran los siguientes: *"Guide for Legislators and Managers, Authentication & Digital Signatures in E- Law and Security"* y *"E-GP Strategic Planning Guide."* Esos documentos y otros son accesibles por conducto del "ego Tool Kit"en http://www.mdb-egp.org/data/default.asp.

60 El proyecto está disponible en http://www.mdb-egp.org/data/docs/Requirements_for_the_use_of_e-GP_Tendering_systems.pdf.

61 Si se desean informaciones acerca de la organización, véase http://www.comesa.int**.**

62 Véase Informe y Decisiones: Informe sobre la 17ª Reunión del Consejo de Ministros de COMESA. 4 y 5 de junio de 2004, Centro Internacional de Conferencias del Nilo, Kampala (Uganda), párrafo 111, disponible en http://www.iss.co.za/AF/RegOrg/unity_to_union/pdfs/comesa/17comjun04.pdf**.**

63 Véase el Informe del Seminario sobre Sistemas de información acerca de adquisiciones (Lusaka, 15 y 16 de diciembre de 2004) (documento de COMESA COM/PPRP/CPIS/I), http://simba.comesa.int:90/cpis/uploads//reports/en/Report%20-%20PPRP%20CPIS%20SEMINAR%2015-16%20DEC%202004%20em.doc.

centralizado[64] para la recopilación y difusión a los interesados directos pertinentes de información sobre la contratación, incluida información sobre las oportunidades de contratación y sobre los reglamentos de adquisiciones en los Estados Miembros de COMESA.

CEPE

52. En el marco del Grupo de Trabajo de la CEPE sobre prácticas comerciales y jurídicas internacionales, el Programa de alianzas promueve asociaciones públicas-privadas (PPP), y equipos de tarea y dependencias PPP a fin de mejorar el desarrollo infraestructural de países en transición, y organizó la tercera Reunión de Alianzas PPP en Barcelona (España) el 14 de septiembre de 2004. El Grupo de Trabajo ha preparado un proyecto de directrices sobre buena gobernanza en PPP para infraestructura y celebrará su 52º período de sesiones en septiembre de 2005 en Viena (Austria).

PECC

53. El PECC organizó un curso práctico sobre alianza del sector público-privado en diciembre de 2004 con miras a contribuir a la comprensión, en la región del PECC, de la función, el diseño y el impacto de las asociaciones entre gobiernos y el sector comercial para la prestación de servicios de infraestructura.

UMEAO

54. La UMEAO ha iniciado un programa de modernización y reforma de la contratación pública en cooperación con otras organizaciones regionales y gobiernos nacionales y con el apoyo del PNUD y del Banco Mundial. Las reformas tienden a armonizar los regímenes de contratación pública y a promover prácticas mejores según se prevé en la legislación internacional, así como a reforzar la competencia, la eficiencia y la transparencia en la contratación pública. El programa tiene dos fases: el primero consiste en establecer los mecanismos necesarios para las reformas, y el segundo consiste en llevarlas a cabo. La ejecución está prevista para los años 2005 y 2006.

OMC

55. La OMC está revisando el Acuerdo sobre Contratación Gubernamental, que es un mecanismo plurilateral destinado a conseguir que las prácticas, los procedimientos, los reglamentos y la legislación sobre contratación pública de las Partes en el Acuerdo sean abiertos, transparentes y no discriminatorios por lo que se refiere a la contratación, a fin de tener en cuenta las técnicas de adquisición por vía electrónica, ampliar su ámbito y eliminar los aspectos discriminatorios que siga habiendo.

H. Facilitación del comercio

CARICOM

---

[64] http://simba.comesa.int:90/cpis/.

56. En la 13ª Reunión entre sesiones de CARICOM, en febrero de 2002, se convino en un programa para la supresión de restricciones al establecimiento y desplazamiento de servicios y capitales que facilitarían la labor fundamental de la creación de un Mercado Único a fin de que, entre otras cosas, haya libertad de circulación y de comercio para las mercancías y los servicios. Ese programa está previsto que quede completado para diciembre de 2005.

PECC

57. El PECC inició un estudio para el foro de Cooperación Económica en Asia y el Pacífico (APEC), sobre "la continuación mutuamente beneficiosa de la facilitación del comercio en el marco de APEC y la consecución de objetivos comerciales seguros después del 11 de septiembre[65].

UNCTAD

58. En el 11º período de sesiones de la UNCTAD (São Paulo, 13 a 18 de junio de 2004), la cuestión de la facilitación del transporte y el comercio se abordó en el contexto de la Alianza global para la facilitación del transporte y el comercio (GFP). La GFP fue iniciada por el Banco Mundial con la UNCTAD y otros asociados para el desarrollo, y está encaminada a fomentar el crecimiento sobre la base de las exportaciones y a reducir la pobreza mediante la promoción de la facilitación del comercio, así como a agrupar a todas las partes interesadas, tanto del sector público como del sector privado, nacionales o internacionales, a fin de conseguir importantes mejoras en transportes y facilitación del comercio en los países en desarrollo y en los países con economías en transición. Las actividades concretas de la alianza incluyen la preparación de auditorías para la facilitación del comercio y transporte con planes de acción conexos, la elaboración de indicadores del desempeño, la confección de programas informáticos de diseño para medir el tiempo de despacho en aduanas, algunos programas de enseñanza a distancia, el apoyo para los esfuerzos de difusión y la investigación acerca del costo y las repercusiones de las medidas de facilitación del comercio y del transporte.

CEPE

59. En el marco del Grupo de Trabajo 6 de la CEPE sobre políticas de estandarización y cooperación reglamentaria (WP.6), la CEPE adoptó en 2001 una nueva recomendación, que era el "Modelo internacional para la armonización técnica" (recomendación "L" en el grupo de recomendaciones sobre políticas de estandarización, de la CEPE). El Modelo internacional comprende un grupo de principios y mecanismos voluntarios para las buenas prácticas de reglamentación en países que deseen adaptar sus regímenes de reglamentación en sectores específicos o en esferas determinadas de productos. El principio básico de ese modelo es que el contenido técnico de los reglamentos debe redactarse en términos de objetivos amplios y comunes (que tengan en cuenta la seguridad y las preocupaciones medioambientales y otras preocupaciones gubernamentales) y debe referirse a normas internacionales para adoptar requisitos técnicos más detallados y basados en el rendimiento. En 2003, esa recomendación se utilizó sobre la base de un acuerdo para la preparación de reglamentos técnicos uniformes entre los 12 Estados

[65] Véase http://www.pecc.org/trade/facilitation-and-secure-trade.pdf

miembros de la Comunidad de Estados Independientes (CEI). Se espera que el acuerdo entre en vigor en breve.

60. Los representantes de la industria han expresado su interés en utilizar el modelo internacional de armonización técnica como instrumento y formato para iniciar un diálogo de regulación con las autoridades públicas interesadas. Como resultado de ello, el Grupo de Trabajo 6 ha patrocinado proyectos piloto en dos sectores (telecomunicaciones, y maquinaria para el desplazamiento de tierras). Ya se han redactado proyectos de objetivos reglamentarios para el proyecto sobre telecomunicaciones[66].

ONUDI

61. La labor de la ONUDI sobre la facilitación del comercio[67] se caracteriza por un enfoque más amplio de la creación de capacidades comerciales (CCC). En consonancia con su misión[68], la estrategia adoptada por la ONUDI para facilitar el comercio, superar los obstáculos al comercio, fomentar la capacidad de exportación y aumentar el acceso a los mercados, ha sido adoptada a fin de responder al Programa de Doha para el Desarrollo y a los Objetivos de la Declaración del Milenio. Consiste en un tríptico de acciones coordinada e integradas para la creación de capacidades y la asistencia técnica: "el Enfoque 3C": competir, para aumentar la competitividad del sector industrial (en cuanto a los suministros) centrándose en sus sectores prioritarios; crear, para conseguir que los productos se adapten a las necesidades del mercado (estándares, reglamentos y prácticas de evaluación de la conformidad) y para superar los obstáculos que se oponen al comercio; y conectarse, para conseguir que las empresas industriales estén conectadas con los mercados de exportación y tengan acceso a ellos. Para poner en práctica ese enfoque, la ONUDI ha reforzado las alianzas estratégicas y operacionales con organizaciones internacionales, entre ellas la OMC, la UNCTAD, el CCI/UNCTAD/OMC y el Banco Mundial.

62. La asistencia técnica del año en curso en la esfera de CCC asciende a unos 38 millones de dólares, originarios de diferentes fuentes de financiación bilateral y multilateral. Los proyectos CCC para países concretos están siendo aplicados en unos 60 países y algunos proyectos regionales en gran escala están en ejecución, como por ejemplo UEMOA, para ocho países de África occidental; países del Delta del Mekong (3 países), países menos adelantados de Asia meridional (PMA) (4 países), América central (6 países). Esos proyectos abordan la necesidad de

---

[66] Están disponibles en la Secretaría de la CEPE de las Naciones Unidas.

[67] Se suele definir la facilitación del comercio como la simplificación y armonización de los procedimientos que rigen el comercio internacional, considerando los procedimientos que rigen el comercio como los actos, prácticas y formalidades necesarios para recopilar, presentar, comunicar y procesar los datos que exige la circulación de mercancías en el comercio internacional. Esta definición se refiere a una gran variedad de actos tales como los procedimientos de importación y exportación (por ejemplo, los trámites de aduana o de licencias); las formalidades propias del transporte; y los pagos, seguros y demás exigencias financieras. La ONUDI no participa específicamente en la facilitación del comercio en ese sentido estricto.

[68] La misión de la ONUDI es contribuir a la consecución de un aumento considerable del porcentaje, volumen y cuantía del Valor Agregado de Fabricación (VAA) y en las exportaciones de países en desarrollo y de países con economías en transición, haciendo especial hincapié en los países menos adelantados.

mejorar la conformidad con los requisitos de los mercados mediante la mejora de los estándares, órganos de acreditación y certificación, y laboratorios de metrología y ensayo, para promover la competitividad y el acceso a los mercados. Además, el foro global sobre CCC desempeña su labor abarcando el desarrollo de programas informáticos, investigaciones y publicaciones, y organizando reuniones de grupos de expertos.

OMA

63. En 2003, la OMA adoptó la Convención Internacional sobre asistencia administrativa mutua en asuntos aduaneros. El objetivo de la Convención es fomentar la asistencia administrativa mutua entre las Partes Contratantes a fin de apoyar la debida aplicación de la legislación sobre aduanas, facilitar la prevención, la investigación y la lucha contra delitos de índole aduanera, y velar por la seguridad de la cadena de suministros del comercio internacional.

OMC

64. La cuestión de la facilitación del comercio se añadió al programa de trabajo de la OMC en diciembre de 1996, cuando en la Declaración Ministerial de Singapur se dieron instrucciones a su Consejo para el comercio de mercancías a fin de que "iniciara actividades exploratorias y analíticas, basándose en la labor de otras organizaciones pertinentes, sobre la simplificación de los procedimientos de trabajo a fin de determinar el ámbito para introducir normas de la OMC en esa esfera". En julio de 2004, los miembros convinieron en entablar negociaciones sobre la facilitación del comercio que "tendieran a aclarar y mejorar aspectos pertinentes de los artículos V, VIII y X de GATT 1994, con miras a agilizar la circulación, los trámites aduaneros y el despacho de mercancías, incluidas las mercancías en tránsito". Las negociaciones están en curso, con el FMI, la OCDE, la UNCTAD, la OMA y el Banco Mundial que asisten a ellas sobre una base ad hoc, y se centran en la promoción de la asistencia técnica y en el apoyo para la creación de capacidades; en la cooperación efectiva entre autoridades en cuestiones de facilitación del comercio y cumplimiento de las disposiciones aduaneras; en el trato dado a los países en desarrollo y a los países menos adelantados; en la identificación de las necesidades y prioridades para la facilitación del comercio, y en las consecuencias de las medidas propuestas desde el punto del vista del costo.

A/CN.9/582

B. Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en la esfera del régimen de la insolvencia

(A/CN.9/582 y Add. 1 a 7) [Original: inglés]

1. Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) completó su último proyecto, la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia, en su 30º período de sesiones, celebrado en marzo-abril de 2004. La Guía legislativa se finalizó y adoptó en el 37º período de sesiones de la Comisión en julio de 2004.

2. La Secretaría ha recibido diversas propuestas para la posible labor futura en la esfera del régimen de la insolvencia. Las propuestas han sido formuladas por INSOL International y el International Insolvency Institute y se refieren a distintos temas, incluido el tratamiento de los grupos empresariales en caso de insolvencia, los protocolos de insolvencia transfronteriza, los deudores en posesión de financiación en las reorganizaciones internacionales, y las responsabilidades de los directores y funcionarios en caso de insolvencia. Las propuestas que se reciban una vez se haya presentado el presente documento se publicarán como adiciones al documento A/CN.9/582.

3. Las propuestas figuran en las siguientes adiciones al presente documento:

A/CN.9/582/Add.1	Tratamiento de los grupos empresariales en caso de insolvencia
A/CN.9/582/Add.2	Extracto de la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia relativo al tratamiento de los grupos empresariales en caso de insolvencia
A/CN.9/582/Add.3	Protocolos de insolvencia transfronteriza en asuntos transnacionales
A/CN.9/582/Add.4	Financiación otorgada con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia en las reorganizaciones internacionales
A/CN.9/582/Add.5	Extracto de la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia relativo a la financiación otorgada con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia
A/CN.9/582/Add.6	Responsabilidades de directores y funcionarios en casos de insolvencia y preinsolvencia

A/CN.9/582/Add.1

Propuesta de la International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL): Tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia

ADICIÓN

A. Introducción

1. INSOL propone que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) examine la posibilidad de emprender un proyecto en materia de régimen de la insolvencia y sus efectos en el tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles y empresas conexas cuando uno o más de los integrantes de un grupo de esa índole caiga en la insolvencia.

2. En su labor relativa a la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, la CNUDMI reconoció la importancia de las cuestiones relacionadas con el tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia y las abordó en parte (segunda parte, capítulo VI, párrafos 82 a 92). No obstante, se reconoció también que el análisis del actual tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles y la identificación de posibles soluciones se habría apartado sin duda del objeto principal de la labor relativa a la Guía Legislativa. Por consiguiente, el tema no se trató en detalle ni se propusieron recomendaciones.

3. La eficacia de los regímenes y las prácticas en materia de insolvencia ha sido un tema recurrente y un gran objeto de preocupación en los foros internacionales celebrados desde comienzos del decenio de 1990. Los regímenes de la insolvencia eficaces se consideran cada vez más como un medio de alentar el desarrollo económico y la inversión, así como de fomentar la actividad empresarial y preservar el empleo. La economía mundial, cada vez más globalizada, se caracteriza por la formación de grupos de sociedades mercantiles para la realización de actividades comerciales. Esos grupos desempeñan una función importante en el comercio internacional, por ejemplo, en la formación de filiales y empresas conjuntas en el extranjero para fabricar y comercializar productos u obtener licencias al respecto. Cuando las empresas quiebran, es importante no solo saber de qué manera serán tratados esos grupos en el procedimiento de insolvencia, sino también garantizar que ese tratamiento facilite, y no obstaculice, el desarrollo rápido y eficiente del procedimiento.

B. Tratamiento actual de los grupos de sociedades mercantiles en procedimientos de insolvencia

Tratamiento previsto en el régimen interno de la insolvencia

4. La gran mayoría de los regímenes internos de la insolvencia y el derecho de sociedades no prevén una legislación específica sobre el tratamiento de los grupos

de sociedades mercantiles, o no abordan ese tratamiento. En algunos otros, los problemas planteados en caso de insolvencia dentro de grupos de sociedades mercantiles se solucionan mediante prácticas en cierto modo "creativas" cuya legitimación depende en gran medida del pragmatismo de los tribunales. Por ejemplo, tanto en Inglaterra como en Australia se han elaborado mecanismos que permiten a los tribunales homologar "acuerdos de fondo común" en virtud de los cuales el activo y el pasivo de dos o más sociedades conexas de un grupo se convierten, de hecho, en un solo conjunto de activos y un solo conjunto de obligaciones. El resultado es que las sociedades sujetas al acuerdo de fondo común ya no se consideran de hecho entidades separadas, y todos los acreedores no garantizados de todas las sociedades participan en un pie de igualdad en la repartición del producto de un solo conjunto de activos. La jurisprudencia de los Estados Unidos de América sigue un criterio similar.

5. La evolución de esa jurisprudencia ha determinado que a menudo los tribunales debieran considerar ciertas cuestiones, como las relativas a determinar:

a) Si los acreedores han tratado con un grupo de sociedades mercantiles como entidad económica única;

b) Si las actividades del grupo están tan imbricadas que una fusión beneficiaría a todos los acreedores;

c) Si ha habido apropiación indebida de los activos de una entidad en provecho de otra; y

d) Si existe un criterio que permita sopesar las ventajas y los inconvenientes de una fusión sustantiva.

Los Países Bajos son un ejemplo de país que carece de base legislativa en la materia pero en el cual, en algunos casos, los tribunales han aceptado autorizar una fusión del activo y el pasivo entre sociedades insolventes en casos en que, como se mencionó anteriormente, las actividades y los activos de esas sociedades estaban tan relacionados entre sí que era imposible determinar cuál de ellas era la propietaria.

6. Nueva Zelandia en cambio dispone de legislación específica en el marco de su régimen de la insolvencia, que se basa principalmente en legitimar las prácticas pragmáticas mencionadas anteriormente que se emplean en otros países.

7. Además, en Australia, la legislación sobre la insolvencia prevé que una empresa tenedora (matriz) responde de las deudas de una filial insolvente si se determina que la matriz autorizó a la filial a proseguir sus actividades cuando era insolvente. La legislación australiana prevé también la anulación, en forma sumaria, de las operaciones realizadas antes de la quiebra por una sociedad insolvente con una sociedad conexa.

Legislación relativa a la insolvencia transfronteriza

8. Los instrumentos multilaterales sobre la insolvencia transfronteriza no contienen disposiciones para el tratamiento de esas cuestiones en un contexto internacional. Por ejemplo, ni el Reglamento (CE) Nº 1346/2000 del Consejo de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia ni la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza abordan el tema.

9. Existe por lo tanto una ausencia relativa, tanto a nivel interno como internacional, de directrices que indiquen en qué circunstancias podría preverse la aplicación de un procedimiento único a las sociedades mercantiles pertenecientes a un mismo grupo, ni cómo deberían abordarse cuestiones como la jurisdicción, la presentación de las demandas, los procedimientos secundarios y la repartición.

C. Factores jurisdiccionales que deben tenerse en cuenta

10. Existen importantes diferencias entre las jurisdicciones en cuanto a la manera en que deben abordarse algunas de las cuestiones planteadas. Entre los diversos factores que deberían tenerse en cuenta figuran los siguientes:

a) Las diferencias de filosofía y enfoque entre los países de tradición jurídica civilista y los del *common law* en lo que respecta a la gestión o al "control" de los grupos de sociedades mercantiles y las sociedades conexas y en los enfoques en cuanto a la responsabilidad de los directores en los grupos de esa índole;

b) La medida en que deben considerarse en ese contexto los aspectos contables de las cuestiones relativas a los grupos de sociedades mercantiles;

c) El efecto de la legislación fiscal, que es a menudo la razón de la formación y posterior crecimiento de un grupo de sociedades, así como de las estrategias adoptadas dentro de ese grupo;

d) La medida en que las políticas de fijación de precios entre sociedades determinan la repartición del activo y el pasivo en el seno de esos grupos;

e) Los eventuales problemas de conflictos de intereses y la aplicación de un procedimiento único o principal; y

f) Las posibles repercusiones del tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles en el procedimiento de insolvencia en las operaciones garantizadas y los acreedores garantizados.

D. Alcance del proyecto

11. INSOL reconoce que pueden existir diferentes concepciones del alcance de la labor que se puede llevar a cabo. Como mínimo, debería limitarse estrictamente a la definición de las circunstancias en las cuales, tanto a nivel interno como transfronterizo, podría resultar conveniente promover una legislación que:

a) Permita la no aplicación o el apartamiento del principio de la separación de entidades;

b) Facilite la formación de un fondo común del activo y el pasivo de las sociedades de un grupo; y

c) Proporcione directrices que permitan alcanzar los objetivos establecidos en los apartados a) y b).

12. No obstante, el alcance podría ampliarse considerablemente e incluir también:

d) Directrices que permitan a un representante de la insolvencia, en el marco del procedimiento de insolvencia relativo a una sociedad matriz, orientar las medidas que debe adoptar la filial (insolvente);

e) Directrices relativas al tratamiento de las sociedades de un grupo situadas en diferentes jurisdicciones (con una posible adaptación, por ejemplo, del concepto de centro de los principales intereses en el caso de las filiales o de las sociedades conexas);

f) Directrices que otorguen al administrador de la insolvencia facultades más amplias para anular y dejar sin efecto operaciones entre sociedades de un grupo que perjudiquen a los acreedores; y

g) Directrices que, en determinadas circunstancias, obliguen a una sociedad "matriz" a hacerse responsable de las deudas de una filial insolvente.

E. Papel de la CNUDMI en la labor futura sobre este tema

13. INSOL considera que la CNUDMI está en una posición inmejorable para llevar a cabo un proyecto tan complejo y de una importancia tan amplia. La CNUDMI tiene una gran experiencia en la labor relativa al régimen de la insolvencia, habiendo elaborado tanto la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza como la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia en plazos relativamente cortos. Además, en el curso de la preparación de esos dos textos, la CNUDMI ha establecido vínculos con participantes clave en la esfera del régimen de la insolvencia, especialmente Estados Miembros y no miembros, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, así como expertos a título personal. Un gran grupo representativo de naciones con diferentes tradiciones jurídicas y niveles de desarrollo económico participó en la elaboración de esos textos. La secretaría y los Estados Miembros de la CNUDMI ya están familiarizados con muchos de los problemas de política nacional relacionados con la insolvencia.

14. La continuación de la labor de la CNUDMI con respecto a los grupos de sociedades mercantiles en procedimientos de insolvencia no solo permitiría que los países llegaran a un acuerdo sobre el contenido técnico de sus enfoques nacionales del tratamiento de esos grupos, sino que contribuiría también a sensibilizar a la comunidad internacional sobre la importancia de la cuestión. También podría determinar que los países asignaran mayor prioridad a la realización de las reformas legislativas necesarias.

F. Estudio y coloquio propuestos

15. Se sugiere que, como primera medida, se realice un estudio detallado de los diferentes enfoques del tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia a fin de proporcionar los medios para identificar los problemas que deberían abordarse, y sus posibles soluciones, para garantizar la previsibilidad y la transparencia de ese tratamiento. Un estudio de esa índole se basaría en consultas amplias para recabar opiniones y puntos de vista y examinaría, y posiblemente refinaría, el alcance, los enfoques y las opciones posibles.

16. Esas consultas podrían adoptar la forma de un coloquio multinacional, solución que ha resultado muy satisfactoria para la elaboración de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia. El éxito de esta primera etapa podría tal vez indicar la conveniencia de establecer un grupo de trabajo para elaborar un texto apropiado.

17. INSOL desea manifestar su disposición a unirse a la CNUDMI para promover la realización de ese estudio y la organización de ese coloquio multinacional antes de una eventual decisión en cuanto a establecer un grupo de trabajo.

A/CN.9/582/Add.2

Posible labor futura en materia de régimen de la insolvencia: Tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia

ADICIÓN

El siguiente extracto de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia se presenta, para facilitar la referencia, en apoyo de la propuesta que figura en el documento A/CN.9/582/Add.1.

Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia Segunda parte, capítulo V

C. Tratamiento de los grupos de sociedades mercantiles en un procedimiento de insolvencia

1. Introducción

82. Es frecuente que varias sociedades mercantiles constituyan grupos de empresas y que operen conjuntamente sin perder su personalidad jurídica propia. En caso de insolvencia de una de las empresas integrantes de un grupo, el tratamiento que debe dársele como persona jurídica independiente puede plantear problemas generalmente complejos y difíciles de resolver. En ciertas situaciones, como, 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 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.

83. Tres cuestiones que requieren especial atención en un procedimiento de insolvencia que afecte a una empresa perteneciente a un consorcio mercantil son:

a) La responsabilidad de alguna de las otras empresas del grupo respecto de las deudas externas de la empresa insolvente (teniendo presente 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 tratamiento de las deudas internas (los créditos que tengan las empresas del grupo contra la empresa deudora); y

c) La apertura de un procedimiento de insolvencia por una empresa del grupo contra otra empresa conexa de éste.

84. Este tema es sumamente complejo y el examen que se hace a continuación no es sino una breve introducción a algunas de estas cuestiones. Los regímenes de la insolvencia resuelven éstas y otras cuestiones de distintas manera que pueden diferenciarse por la forma en que el régimen permite que se levante el "velo" de la responsabilidad limitada (veil of incorporation). 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 personas jurídicas separadas, y se levanta dicho velo, o , dicho de otro modo, las circunstancias en que una empresa conexa puede 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 directrices concretas. 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 grupos de sociedades 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 entidades jurídicas separadas puede menoscabar la capacidad de las sociedades, los inversionistas y los 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 sociedad mercantil que requiera que se preste atención a la gestión de riesgos, como en el caso de una entidad financiera). Ello 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 entrañar complejas cuestiones contables acerca de la forma en que se tratan las obligaciones entre las sociedades del grupo.

85. 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 que deba seguirse en todo asunto relativo 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 ese procedimiento en un caso de insolvencia que afecte a un grupo de empresas, cabría también definir suficientemente lo relativo a estas empresas en otras partes del régimen, a fin de que éste fuera aplicable a los grupos de empresas, en particular las disposiciones que rigen cuestiones como la del empleo de la anulación o la subordinación con respecto a las personas allegadas.

2. Responsabilidad del grupo por las deudas externas

86. 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 de sociedades mercantiles debe hacerse cargo de las deudas externas contraídas por otra de las empresas del grupo que sea insolvente.

87. 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.

88. 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, 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 cantidades se abonan en general al representante de la insolvencia que administra el procedimiento en beneficio de la masa en conjunto.

89. Otro aspecto importante en los regímenes que permiten ese tipo de medidas es el efecto de éstas sobre los acreedores. A fin de que los acreedores en su conjunto reciban un trato equitativo, estos regímenes deben conciliar los intereses de dos (o más) grupos de acreedores que hayan tratado con dos (o más) entidades mercantiles independientes. Estos intereses colectivos entrarán en conflicto entre sí si la suma de los activos del conjunto de empresas no basta para saldar los créditos. En tal caso, 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, 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 reducirían los fondos que, de lo contrario, estarían a disposición de los acreedores, y

si ello redundaría en beneficio de los titulares de capital social de algunos de los miembros del grupo de sociedades mercantiles que recibirían beneficios a costa de los acreedores de otras empresas del grupo.

90. 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.

91. 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

92. Las deudas internas entre las empresas de un grupo pueden regularse de diversos modos. En algunos regímenes de la insolvencia, las operaciones efectuadas entre empresas de un grupo pueden estar sujetas a acciones de anulación. En algunos regímenes 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.

A/CN.9/582/Add.3

Posible labor futura en materia de régimen de la insolvencia: Propuesta del International Insolvency Institute (III), Comité de Comunicaciones Transfronterizas

ADICIÓN

Protocolos de insolvencia transfronterizos en casos transnacionales

(*En una nota de la Secretaría, documento A/CN.9/580 párrafos 16 a 54, que por razones de economía no se ha reproducido, figura información básica sobre la utilización de los protocolos transfronterizos en casos de insolvencia transfronteriza y las Pautas aplicables a las comunicaciones entre tribunales en casos transfronterizos que se incluyó junto con esta propuesta*.)

1. Si bien en los diez últimos años se ha logrado mucho gracias a la utilización de los protocolos de insolvencia transfronterizos y a la elaboración, más reciente, de las Pautas aplicables a las comunicaciones entre tribunales en casos transfronterizos, sigue habiendo una ingente cantidad de situaciones en que se plantean cuestiones comparables y en que no se dispone ni de protocolos de insolvencia transfronterizos ni de Pautas aplicables a las comunicaciones entre tribunales en casos transfronterizos. Sin embargo, ahora el valor de los protocolos de insolvencia transfronterizos y de la utilización de las Pautas aplicables a las comunicaciones entre tribunales en casos transfronterizos es incuestionable.

2. La recomendación del International Insolvency Institute consiste en que la CNUDMI adopte una posición de liderazgo para lograr una mayor utilización de sistemas como los protocolos de insolvencia transfronterizos y las Pautas aplicables a las comunicaciones entre tribunales en casos transfronterizos en asuntos de insolvencia transnacional para promover mejores resultados al reorganizar a los deudores, sus proveedores, sus acreedores, sus empleados y, en última instancia, en bien del interés público de los países de que se trate. La CNUDMI podría considerar distintos enfoques para evaluar la valiosa labor que podría realizar en esta esfera. Podría preparar uno o varios protocolos de insolvencia transfronterizos uniformes para coordinar las administraciones entre participantes de distintos países. Podría adoptar, con o sin cambios, los principios de las Pautas aplicables a las comunicaciones entre tribunales en casos transfronterizos para ayudar a coordinar los asuntos internacionales. Estas dos iniciativas son totalmente compatibles con los principios de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia. Al realizar esta labor, la CNUDMI podría potenciar su posición de liderazgo en la comunidad mercantil internacional y podría elevar la cooperación entre países en casos internacionales de reorganizaciones financieras e insolvencia a cotas totalmente nuevas.

A/CN.9/582/Add.4

Posible labor futura en materia de régimen de la insolvencia: Propuesta del International Insolvency Institute (III), Committee on Debtor in Possession Financing in International Reorganizations

ADICIÓN

Financiación posterior a la apertura en procedimientos internacionales de reorganización Comité de Comunicaciones Transfronterizas

Antecedentes

1. El International Insolvency Institute (III) propone que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se ocupe más a fondo del tema de la legislación que regula la financiación en casos de insolvencia transfronteriza. Esa labor de la Comisión podría consistir inicialmente en un coloquio en el que se analizara la naturaleza de esa labor o en la realización de un estudio detallado sobre los mecanismos existentes, sus deficiencias y las posibles formas de abordar los problemas que se plantean en este ámbito. En última instancia, la CNUDMI debería plantearse la creación de un grupo de trabajo encargado de examinar este tema, combinándolo tal vez con otros aspectos suplementarios de los que la CNUDMI pudiera ocuparse en materia de financiación y del régimen de la insolvencia.

2. En la labor que la CNUDMI ha concluido con éxito sobre el tema del régimen de la insolvencia se reconoce la necesidad de que los países se doten de regímenes de la insolvencia eficaces y eficientes que prevean un marco normativo para los casos de insolvencia transfronteriza. Con frecuencia, la preservación y la maximización del valor de la masa de la insolvencia de un deudor requiere que se concedan a éste o a un representante de la insolvencia créditos, préstamos u otras facilidades financieras que permitan mantener en funcionamiento la empresa del deudor. Esta continuidad en la marcha del negocio es, a su vez, necesaria para que pueda obtenerse un valor económico mediante la reorganización o la venta de la empresa como negocio en marcha, las cuales fomentan la obtención de beneficios económicos continuos, así como el empleo.

3. La Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (en adelante, "la Guía Legislativa") especifica los objetivos fundamentales que debe perseguir todo régimen de la insolvencia y recomienda a los legisladores que tengan en cuenta los siguientes objetivos fundamentales:

> "1) A fin de elaborar y redactar un régimen de la insolvencia eficaz deberían tomarse en consideración los siguientes objetivos fundamentales:
>
> a) Dar certidumbre 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 solución 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; y

h) Reconocer todo derecho existente de los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de prelación otorgable a los créditos.

2) El régimen de la insolvencia debería incluir disposiciones que regularan tanto la reorganización como la liquidación de las empresas deudoras.

3) El régimen de la insolvencia debería reconocer los derechos y créditos nacidos en virtud de una regla de derecho, tanto nacional como extranjera, que no sea el régimen de la insolvencia, a reserva de las limitaciones expresamente enunciadas en ese régimen.

4) El régimen de la insolvencia debería especificar que cuando una garantía real sea eficaz o ejecutable en virtud de una regla de derecho distinta del régimen de la insolvencia, deberá reconocerse, en los procedimientos de insolvencia, la eficacia y la ejecutabilidad de dicha garantía real.

5) El régimen de la insolvencia debería prever un marco moderno, armonizado y equitativo que permitiera 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 (Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, primera parte, capítulo I, sección A).

4. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (en adelante, “la Ley Modelo”) complementa y refuerza, con sus metas, los objetivos fundamentales de la Guía Legislativa, haciéndolos extensivos a situaciones plurinacionales. La finalidad de la Ley Modelo es “establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes:

a) La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;

b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;

c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor;

d) La protección de los bienes del deudor y la optimización de su valor; así como

e) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo" (preámbulo de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza).

5. Para que cumplan las metas de la Ley Modelo y los objetivos fundamentales de la Guía Legislativa será a veces necesario que el deudor pueda proseguir sus operaciones comerciales tras la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y, posteriormente, tras la apertura de dicho procedimiento. En el párrafo 94 de la Guía Legislativa (segunda parte, capítulo II, sección D) se explica la necesidad de financiar las operaciones comerciales del deudor una vez entablado el procedimiento y esa explicación se formula en términos que podrían ser aplicables también al período que media entre la solicitud de apertura y la apertura de un procedimiento. El texto de dicho párrafo es el siguiente:

> "94. 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."

6. El tema de la financiación posterior a la apertura se analiza exhaustivamente en los párrafos 94 a 107 y en las recomendaciones 63 a 68 de la Guía Legislativa (segunda parte, capítulo II, sección D). El examen directo del tema se ve enriquecido por: a) el análisis y las recomendaciones referentes a la "protección del valor", que figuran en los párrafos 63 a 69 y en la recomendación 50; y b) el análisis y las recomendaciones referentes a las "medidas cautelares" (otorgadas entre la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura de éste), que figuran en los párrafos 47 a 53 y en las recomendaciones 39 a 45 (segunda parte, capítulo II, sección B). Estas referencias se han plasmado en el documento A/CN.9/582/Add.5.

7. Lo que se reconoce implícitamente en la Guía Legislativa es que en muchos regímenes de la insolvencia no se prevé actualmente ningún mecanismo eficaz, a nivel nacional, para la financiación del deudor tras la solicitud de apertura de un procedimiento o tras la apertura de éste. Además, muchos Estados tienen leyes que desalientan o penalizan la concesión de créditos a empresas que están sujetas a procedimientos de insolvencia. Ni la Guía Legislativa ni la Ley Modelo abordan las

complicaciones suplementarias que se plantean, en caso de insolvencia transfronteriza, para la concesión de financiación tras la solicitud de apertura de un procedimiento y tras la apertura de éste.

8. Con la creciente integración de la economía mundial, va en aumento el número de casos de insolvencia con empresas deudoras que tienen establecimientos y realizan operaciones en varios Estados. En esos casos, la necesidad de financiación es tan acuciante como en los casos de ámbito nacional que se abordan en la Guía. En opinión del International Insolvency Institute, la CNUDMI podría, con una labor suplementaria, propiciar el mejoramiento de las legislaciones nacionales que afecten a la financiación en casos de insolvencia y armonizarlas entre ellas, y promover también la eficacia de esas legislaciones en casos de insolvencia transfronteriza.

9. Por ejemplo, además de estudiar la manera de fomentar mejores legislaciones nacionales en materia de financiación, la CNUDMI podría ocuparse también de cuestiones que se plantean en los casos de insolvencia transfronteriza, como las siguientes: el tribunal ante el que se entablara el procedimiento "principal" y que se encontrara en el Estado en el que el deudor tuviera el centro de sus intereses principales ¿debería estar facultado para autorizar la financiación de las operaciones realizadas por el deudor en otros Estados?; ¿cómo deberían tratarse los temas de la prelación y de las garantías ante las diversas maneras en que probablemente se regulen esos temas en las legislaciones de los distintos Estados?; ¿incurrirá en responsabilidad un prestamista que, en un caso principal, otorgue crédito a un deudor insolvente en virtud de la legislación de los Estados que penalicen esa acción por parte de los acreedores?; ¿cómo podrán seguir funcionando eficazmente los sistemas de gestión de la liquidez, empleados para consolidar la liquidez de grandes empresas más allá de las fronteras de un Estado, una vez que se haya abierto un procedimiento de insolvencia?; ¿cómo se verá afectada la financiación en el caso de un grupo de filiales deudoras (o incluso cuando se trate de deudores con empresas filiales no deudoras) que tengan entidades diferentes, pero relacionadas entre sí, en diferentes Estados y en qué se diferenciará esta situación de aquella en que exista un único deudor con filiales en distintos Estados?; ¿de qué derechos dispondrá un prestamista en cada uno de los Estados afectados cuando se desestime una solicitud de reorganización o cuando se decida que un procedimiento de reorganización pase a ser de liquidación?; las disposiciones de la Ley Modelo relativas a la coordinación y a la cooperación ¿son suficientes para resolver estas cuestiones o deben redactarse disposiciones modelo suplementarias?

10. La excelente labor llevada a cabo por la CNUDMI sobre el tema del régimen de la insolvencia y la labor que actualmente realiza en materia de operaciones garantizadas sientan unas sólidas bases para desarrollar esa estructura adicional necesaria. A juicio del International Insolvency Institute, la labor suplementaria en materia de financiación de procedimientos de insolvencia se vería enriquecida con la participación de los Estados, de los representantes de organizaciones financieras internacionales, de los bancos de desarrollo y de las organizaciones no gubernamentales, incluidos los representantes de bancos comerciales y de otras organizaciones financieras.

11. La financiación de los casos de insolvencia reviste una importancia fundamental para el cumplimiento de las metas y de los objetivos de la Ley Modelo y de la Guía Legislativa. En la actualidad, esa financiación muchas veces no está disponible o es incierta debido a las deficiencias de la legislación aplicable. La

CNUDMI es una entidad idónea y singularmente apta para formular recomendaciones que se traduzcan en mejoras en este ámbito crucial del derecho de insolvencia valiéndose del esfuerzo de colaboración y de la pericia de que su secretaría, los Estados miembros y los observadores han dado prueba en los trabajos de redacción de la Ley Modelo y de la Guía Legislativa. La labor en materia de financiación tras la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y tras la apertura del mismo complementaría toda labor que la CNUDMI pudiera emprender sobre la elaboración de protocolos transfronterizos y el desarrollo de los grupos empresariales y podría combinarse con dicha labor.

A/CN.9/582/Add.5

Posible labor futura en materia de régimen de la insolvencia: Financiación posterior a la apertura del procedimiento en las reorganizaciones de alcance internacional

ADICIÓN

Los siguientes extractos de la Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia se transcriben para facilitar su consulta y en apoyo de la propuesta que figura en el documento A/CN.9/582/Add.4.

Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia

Segunda parte, capítulo II, sección D

D. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

1. Necesidad de financiación posterior a la apertura del procedimiento

94. (*El párrafo 94 figura en el párrafo 5 de A/CN.9/583/Add.4*)

95. 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 fecha de presentación de la solicitud y la apertura del procedimiento. La disponibilidad de nueva financiación también será importante en los procedimientos de reorganización, después de la apertura del procedimiento y antes de la aprobación del plan; la obtención de fondos una vez aprobado el plan debería normalmente especificarse en éste, especialmente en los ordenamientos que prohíben nuevos préstamos, a menos que el plan prevea su necesidad.

96. A pesar de la conveniencia de que podría ser beneficioso para los resultados del procedimiento que el deudor pueda obtener nuevos fondos, varios ordenamientos restringen 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. Algunos regímenes, por ejemplo, solo permiten que se presten más fondos a cambio de una garantía real, ya que prohíben que se dé prelación a la nueva financiación. En los casos en que no existan bienes no gravados, o en que el valor de los créditos no supere al de los bienes gravados, que el deudor pueda ofrecer como garantía o con los cuales el deudor pueda atender una demanda prioritaria en relación con gastos administrativos, el deudor tiene pocas opciones. No dispondrá de nuevos 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. Si el régimen de la insolvencia no establece o clarifica el tratamiento de la materia la aportación de fondos durante el período anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia puede plantear también cuestiones delicadas como la del ejercicio de las facultades de impugnación

y la de la responsabilidad, tanto del prestamista como del deudor. Algunos regímenes disponen, por ejemplo, que cuando un prestamista proporciona fondos a un deudor insolvente en ese período, 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.

97. Cuando un régimen de la insolvencia promueva procedimientos que permitan el mantenimiento de las operaciones de la empresa insolvente, ya sean de reorganización o de liquidación para la venta como negocio en marcha, es indispensable 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 o garantía 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 que se adopte produzca efectos sobre los derechos de los acreedores garantizados existentes o de aquellos que tengan un derecho establecido anteriormente sobre ciertos bienes, es conveniente que, al regularse la financiación posterior a la apertura del procedimiento, se sopesen teniendo en cuenta varios factores. Éstos incluyen 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 menoscabe la posibilidad de obtener crédito, en particular financiación garantizada. También es importante prever las repercusiones en 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. 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.

98. Además de las cuestiones relativas a la disponibilidad y la prelación o la garantía de nuevos préstamos, el régimen de la insolvencia deberá examinar la autorización requerida para obtener esos nuevos fondos (véanse los párrafos 105 y 106 *infra*) 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 (véase el párrafo 107 *infra*).

2. Fuentes de financiación posterior a la apertura del procedimiento

99. 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: concesión de una garantía real o de cierta prelación

100. 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 todo otro gasto administrativo, o con el respaldo de una garantía constituida sobre bienes aún no gravados o solo parcialmente gravados.

a) Concesión de prelación

101. En los casos en los que la empresa de un deudor siga funcionando 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 los 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 cuando suelen figurar en primer lugar (véase el capítulo V, párrafos 45 a 47 y 66), lo que significa que cobrarán sus créditos antes de que se satisfaga todo crédito no garantizado y 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 solo seguirán suministrándolos a crédito al representante de la insolvencia si se les da 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 pues a ser un gasto de la masa de la insolvencia. Algunos regímenes de la insolvencia exigen que dichos préstamos 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. Esta facultad puede conllevar cierta responsabilidad personal del representante de la insolvencia y, cuando sea así,

es probable que esa responsabilidad sea un factor disuasorio a la hora de buscar nueva financiación.

102. Otros regímenes de la insolvencia prevén la concesión de una prelación administrativa privilegiada en los casos en 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 todo otro profesional llamado a intervenir en el procedimiento de insolvencia. Los créditos con prelación privilegiada tienen prioridad sobre los créditos administrativos de otros acreedores.

b) Concesión de garantías reales

103. 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.

104. 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 solo 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 oídos 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, esta protección puede lograrse, como ya se ha indicado (véanse los párrafos 63 a 69) 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.

4. Autorización de la financiación posterior a la apertura

105. Al estudiar la autorización de nueva financiación, puede ser conveniente sopesar los daños que puedan ocasionar los nuevos fondos y los posibles beneficios de su concesión. Varios regímenes de la insolvencia permiten al representante o, en su caso, a un deudor que siga en posesión de los bienes de que se trate, determinar si se precisan más fondos para mantener en funcionamiento o sacar a flote la empresa o para preservar o incrementar el valor de la masa, y obtener crédito no garantizado sin la aprobación del tribunal o de los acreedores. Otros regímenes exigen 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. Un régimen de la insolvencia puede adoptar un criterio jerárquico en cuanto a la autorización requerida, según el tipo de garantía o de prelación de que se trate y el volumen de crédito o financiación que deba conseguirse. 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. De manera análoga, cuando los acreedores garantizados accedan a que sus garantías reales sean objeto del tratamiento modificado, puede no requerirse la aprobación del tribunal. En todo caso, el tribunal no dispondrá, para decidir, de más peritajes o datos que los que le facilite el representante de la insolvencia.

106. 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 monetario por encima del cual el tribunal debería 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 exigirse la aprobación del tribunal.

5. Efectos de la conversión de la reorganización en liquidación

107. Algunos regímenes de la insolvencia disponen que toda garantía o prelación concedida para la obtención de nuevos fondos podrá anularse en una liquidación subsiguiente 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 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 ella, 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 63 a 68

Obtención y autorización del crédito después de la apertura del procedimiento (párrafos 94 a 100, 105 y 106)

63. El régimen de la insolvencia debería dar facilidades e incentivos al representante de la insolvencia para que obtenga crédito tras la apertura del procedimiento si el representante lo estima necesario para mantener en marcha la empresa del deudor o garantizar su supervivencia o para preservar o incrementar el valor de la masa. El régimen de la insolvencia podrá requerir la autorización previa del tribunal o de los acreedores para la concesión de crédito tras la apertura.

Prelación de los préstamos otorgados con posterioridad a la apertura (párrafos 101 y 102)

64. El régimen de la insolvencia debería establecer la prelación que pueda concederse a los préstamos otorgados después de la apertura del procedimiento, de modo que por lo menos el prestamista pueda cobrar antes que los acreedores ordinarios no garantizados, incluidos los acreedores no garantizados con prioridad administrativa.

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento (párrafos 103 y 104)

65. El régimen de la insolvencia debería permitir que se constituyera una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, incluso sobre bienes no gravados, como los bienes adquiridos ulteriormente, o una garantía nueva o con menor prelación sobre bienes de la masa ya gravados.

66. El régimen de la insolvencia debería especificar que una garantía real sobre los bienes del deudor encaminada a garantizar la financiación posterior a la apertura del procedimiento no tendrá prelación 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 los acreedores garantizados beneficiarios de la garantía o siga el procedimiento enunciado en la recomendación 67.

67. 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 las garantías preexistentes, siempre que se satisfagan determinadas condiciones, a saber, que:

a) Se notifique al acreedor garantizado ya 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; y

c) Se protejan los intereses del acreedor garantizado ya existente.

Efecto del cambio de procedimiento en los créditos posteriores a la apertura (párrafo 107)

68. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el procedimiento de reorganización pase a ser uno de liquidación, toda prelación concedida a la financiación posterior a la apertura del procedimiento en la reorganización deberá seguir reconociéndose en la liquidación.

Parte segunda, capítulo II, sección B

Protección y conservación de la masa de la insolvencia

5. Inicio de la paralización

i) Medidas cautelares

47. En algunos regímenes de la insolvencia que no prevén el inicio automático del procedimiento cuando se presente una solicitud, la paralización en el momento de la apertura se complementa con medidas cautelares que pueden dictarse entre la solicitud y la apertura, a fin de proteger los bienes del deudor que posiblemente constituirán la masa de la insolvencia 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 el caso de 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 esas medidas.

48. 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 esas 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 las medidas previstas para el momento de la apertura. No obstante, si las medidas 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. Éstas 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.

ii) Tipos de medidas cautelares

49. 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 la empresa 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; y las medidas para evitar la apertura o continuación de acciones individuales de los acreedores para la ejecución de sus créditos.

50. 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 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 los 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 provisional de la insolvencia y el deudor en lo que respecta a la gestión de la empresa del deudor, teniendo presente que no se habrá adoptado ninguna decisión sobre la apertura de un procedimiento de insolvencia. Como en las situaciones en que el tribunal decide al final desestimar la solicitud, el negocio del deudor o los derechos de los acreedores pueden resultar seriamente perjudicados, es conveniente que el tribunal sólo ejerza la facultad de dictar medidas cautelares si está convencido de que los bienes del deudor corren peligro. 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

51. 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 bienes del deudor o para evitar su dispersión. 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 de insolvencia 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

52. 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 efectivas, y que especifique a qué

partes deben notificarse. Como principio general, deberá notificarse al deudor toda solicitud de medidas cautelares y deberá dársele la oportunidad de impugnarla. Solo 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. 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, tal vez sea necesario que la orden de medidas cautelares se notifique únicamente a las partes a las que afecte directamente. La notificación deberá darse también a otras partes cuando sus intereses se vean afectados por las medidas cautelares recabadas.

v) Excepción o exención de la aplicación de medidas cautelares

53. 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. Los ejemplos podrían incluir los casos en que se tratara de bienes perecederos o de acciones encaminadas a preservar y cuantificar un crédito frente al deudor y, en algunas situaciones, los acreedores garantizados. 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 podría 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 las personas afectadas por la modificación o revocación y la posibilidad de ser oídas. Cuando se impugne con éxito una orden de medidas cautelares, éstas serán revocadas o modificadas por el tribunal.

8. Protección de los acreedores garantizados

b) Protección del valor

63. Algunos regímenes de la insolvencia prevén disposiciones especialmente concebidas para contrarrestar los efectos negativos que la paralización pudiera tener para los acreedores garantizados y para salvaguardar el valor económico de sus créditos durante el período de la paralización (en algunos ordenamientos esto se denomina “protección adecuada”). Cuando la masa puede mantener el valor de los bienes gravados, la cuestión puede enfocarse de diversas maneras.

i) Protección del valor del bien gravado

64. Uno de los enfoques consiste en proteger el valor del propio bien gravado en la inteligencia 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.

65. Es posible que el bien gravado pierda valor durante el período de 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 solo 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 Estados 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 una garantía real que cubra suficientemente el valor de sus créditos.

Valoración de los bienes gravados

66. Para proteger el valor de los bienes gravados, reviste una importancia primordial el hecho de que exista un mecanismo para determinar el valor de esos bienes, a fin de que el tribunal pueda examinar la cuestión de si procede otorgar a los acreedores garantizados medidas para contrarrestar la disminución del valor, durante el procedimiento, de los bienes gravados 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, 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 aun 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 las cuestiones de la protección relacionadas con toda disminución de ese valor. 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 un plan aprobado de reorganización 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.

67. 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 calificados. El régimen de la insolvencia podría enunciar principios claros como base para 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 como a la enajenación de los bienes de la masa por el representante de la insolvencia.

68. En algunos casos de liquidación, el representante de la insolvencia puede juzgar necesario vender o gravar ciertos bienes (véanse los párrafos 83 a 86 *infra*) 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 maximizar el 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 para obtener el capital necesario para realizar operaciones. Por ello, puede ser conveniente que, cuando se ampare a los acreedores garantizados preservando el valor de los bienes gravados, el régimen de la insolvencia permita al representante de la insolvencia ofrecer a dichos acreedores una garantía real 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 centran en el criterio de la utilización del producto de la venta de los bienes gravados (véanse los párrafos 92 y 93 *infra*). 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 susceptible de exención de pago.

ii) Protección del valor de la parte garantizada de un crédito

69. Un segundo criterio para 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. Este criterio

evita algunas de las complejas cuestiones ligadas a la valoración continua de los bienes gravados que podrá requerirse en virtud del primer criterio expuesto más arriba.

Recomendaciones 39 a 45 y 50

Medidas cautelares (párrafos 47 a 53)

39. 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 el momento de la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la apertura del procedimiento, concretamente:

a) Paralizando la ejecución de medidas contra los bienes del deudor, incluidas 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 ordinario de los negocios, a un representante de la insolvencia o a otra persona designada por el tribunal;

c) Encomendando la materialización 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) Imponiendo cualquier otra limitación aplicable o prevista en el momento de la apertura del procedimiento en virtud de las recomendaciones 46 y 48.

Indemnización por los efectos de las medidas cautelares (párrafo 51)

40. El régimen de la insolvencia 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; o

b) Imponer sanciones en relación con una solicitud de medidas cautelares.

Equilibrio entre los derechos del deudor y los del representante de la insolvencia (párrafos 50 y 70 a 73)

41. 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 presentación de una 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 (párrafo 52)

42. 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, habrá que notificar debidamente 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); y

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.

Medidas cautelares a instancia de parte (párrafo 52)

43. 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 u otra parte interesada que se vea afectada por la medida cautelar tendrá derecho, previa solicitud urgente, a ser oído con la mayor prontitud para que exponga sus argumentos antes de que el tribunal decida si debe mantenerse o no la dispensa de notificación.

Modificación o revocación de medidas cautelares (párrafo 53)

44. 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 éstas.

Revocación de medidas cautelares (párrafo 53 y cap. I, párrafo 63)

45. El régimen de la insolvencia debería especificar que quedarán revocadas las medidas cautelares cuando:

a) Se desestime una solicitud de apertura de procedimiento;

b) Se impugne con éxito, en virtud de la recomendación 43, una orden de adopción de tales medidas; y

c) Entren en efecto las medidas aplicables en el momento de la apertura del procedimiento, salvo si el tribunal opta por mantenerlas.

Protección frente a una disminución del valor de bienes gravados (párrafos 63 a 69)

50. 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) Pagos en efectivo con cargo de la masa;

b) La aportación de garantías reales suplementarias; o

c) Otras medidas que el tribunal considere apropiadas.

A/CN.9/582/Add.6

Posible labor futura en materia de régimen de la insolvencia: Propuesta del Comité de Responsabilidades de las Empresas y Cargos Profesionales del International Insolvency Institute (III)

ADICIÓN

Responsabilidades y obligaciones de los directores y altos cargos en los casos de insolvencia y preinsolvencia

Antecedentes

1. La gran mayoría de las naciones reconocen y aceptan las ventajas de un régimen de la insolvencia con efectividad práctica, como demuestran los esfuerzos realizados por muchas de ellas en los últimos años para actualizar sus disposiciones legales en esa materia de forma que respondan a las circunstancias financieras y empresariales modernas. Además de constituir el medio principal de mantener la disciplina financiera y garantizar una asignación racional de los recursos en una economía, ofreciendo un procediendo judicial previsible para abordar las dificultades financieras de las empresas en apuros ante la acumulación de esas dificultades así como el marco necesario para su reestructuración eficaz o liquidación ordenada, un régimen adecuado de la insolvencia permite también analizar las circunstancias que la originan y la conducta de los cargos de una empresa cuando fracasa la misma, revelando tal vez un comportamiento culposo por parte de los responsables de ese fracaso así como una disposición abusiva de activos o bienes que posiblemente sean recuperables.

2. Últimamente ha aumentado la atención prestada a las responsabilidades y obligaciones de los directores y altos cargos en los procedimientos de insolvencia y preinsolvencia, estimulada en parte por los casos ampliamente divulgados de WorldCom, Parmalat y Enron, que pusieron de manifiesto presuntos incidentes de fraude y operaciones empresariales en beneficio propio. El aumento considerable de las acciones incoadas contra altos cargos y directores por supuesto incumplimiento de diversas obligaciones indica la necesidad urgente de crear directrices que establezcan las responsabilidades de los altos cargos y directores cuando una empresa esté cercana a la insolvencia o resulte insolvente. Tales directrices ofrecerían un medio de prevención y de gestión de las crisis. La necesidad de las mismas no se limita a los grandes casos de insolvencia. También se hace notar en casos muchos más modestos -siempre que una empresa tenga activos en más de un país, existe el riesgo de que los directivos tengan que afrontar leyes o reglamentos en pugna en cuanto a la forma de usar esos activos para pagar a los acreedores, o qué acreedores tienen prioridad, o muchas otras cuestiones.

3. La solidez y credibilidad de las leyes sobre insolvencia y prácticas de los directores y altos cargos son de importancia capital en la labor de los gobiernos y reglamentadores dirigida a mejorar el funcionamiento del sistema financiero mundial. La existencia de directrices poco prácticas, anticuadas e incongruentes sobre las obligaciones de los directores y altos cargos cuando una empresa está

próxima a la insolvencia puede menoscabar las ventajas perseguidas con la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia. Además, las disposiciones legales deficientemente concebidas o desarrolladas en materia de responsabilidades y obligaciones de los directores y altos cargos, con resultados inciertos, caprichosos, injustos o de cariz clientelar, son una amenaza para las ventajas de la globalización. Pueden ser un impedimento serio para la liberalización del comercio y una disuasión para la circulación internacional de capitales.

4. La armonización de las responsabilidades de los altos cargos y directores es problemática por varias razones. Tales responsabilidades y obligaciones figuran por lo general insertas en leyes sobre las empresas y la insolvencia que a menudo repercuten en otras leyes y políticas nacionales. La aplicación de las leyes que regulan las responsabilidades y obligaciones de los altos cargos y directores está estrechamente relacionada con otras normas y disposiciones legales de un país sobre buena gestión de las empresas. En algunos sistemas jurídicos dichas leyes forman parte esencial de otras normativas, por ejemplo referentes a la protección de los depositantes en instituciones financieras, la recaudación de contribuciones, la priorización de ciertas categorías de acreedores con respecto a otras (concretamente de los empleados), etc. Tienen que estar en armonía con los correspondientes contextos jurídicos, empresariales y culturales a nivel local.

5. De todas formas, debería ser posible precisar, a partir de regímenes de la insolvencia prácticamente efectivos, principios básicos que deben dar expresión a los deberes de altos cargos y directores en caso de insolvencia. El III estima posible dar un paso más y esbozar las características particulares que mejor permiten llevar a efecto los objetivos de política públicos e internacionales que los países tratan de alcanzar por medio de esas leyes. El establecimiento de un conjunto de directrices sobre las responsabilidades y obligaciones de los directores y altos cargos flexible en su aplicación sería un valioso complemento de otros factores que impulsan a las naciones a fomentar las reformas en esta esfera.

Características de las directrices propuestas

6. El conjunto de directrices no pretendería armonizar las disposiciones legales sobre altos cargos y directores en todos los países ni establecer planteamientos uniformes o un conjunto “fijo” de disposiciones. Contendría más bien una serie de directrices sugeridas sobre diversos asuntos (por ejemplo a quién se deben derechos de aduana antes y después de la insolvencia, qué actuaciones pudieran originar obligaciones personales, etc.) que los países podrían seleccionar y modificar para adaptarlas a sus circunstancias particulares. Un punto de partida para el establecimiento de un marco modelo podrían ser los principios y características esenciales determinados en la encuesta de asesores jurídicos de más de cincuenta países realizada por el III en 2004 sobre responsabilidades y obligaciones de altos cargos y directores, así como los trabajos en este terreno de otras organizaciones como la OCDE y la International Association of Restructuring, Insolvency and Banckruptcy Professionals. La CNUDMI podría contribuir impulsando el desarrollo de esos principios y características. En último término, el III propondría disponer de opciones concretas sobre medidas legislativas y de otra naturaleza que, si se adoptaran, contribuirían probablemente al establecimiento de directrices prácticas

sobre las obligaciones de los directores y altos cargos cuando una empresa está próxima a la insolvencia.

Función de la CNUDMI en la elaboración de las directrices

7. El III estima que la CNUDMI está bien situada para participar en un proyecto de esta complejidad e importancia trascendental, dada su reconocida ejecutoria por lo que respecta a su Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza y su Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia. El momento para un proyecto dirigido a establecer esas directrices es propicio, dada la reciente finalización de dicha guía. Para el uso y aplicación bien fundados de los principios contenidos en la Guía Legislativa es fundamental un conjunto de directrices a las que deben ajustar su conducta los altos cargos y directores.

8. Al elaborar esos textos, la CNUDMI estableció vínculos con otros participantes importantes pertenecientes a la colectividad dedicada al tema de la insolvencia, consultando ampliamente con especialistas y celebrando coloquios con jueces y funcionarios nacionales. Los participantes representaban una amplia muestra de países con culturas y ordenamientos jurídicos diferentes. Por tanto la Secretaría y los miembros componentes de la CNUDMI están familiarizados ya con muchas de las cuestiones de política nacionales relacionadas con las responsabilidades y obligaciones de los directores y altos cargos. Esos factores tenderían a ser de ayuda a la CNUDMI para elaborar un conjunto de normas aplicables a los directores y altos cargos cuando una empresa está próxima a la insolvencia.

9. La participación de la CNUDMI en este terreno daría también un útil relieve internacional a las responsabilidades y obligaciones de los directores y altos cargos en relación con la aplicación de las leyes sobre la insolvencia basadas en la Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia. Tales aspectos en conjunto podrían llegar a ser el punto de referencia en cuanto a transparencia de la información y supervisión a nivel multilateral e impulsar así el progreso internacional hacia una mejor práctica en materia de insolvencia.

10. EL III exhorta a la CNUDMI a establecer directrices modelo sobre las responsabilidades y obligaciones de los directores y altos cargos en los casos de insolvencia y preinsolvencia.

A/CN.9/582/Add.7

Posible labor futura en materia de régimen de la insolvencia: Propuesta del International Insolvency Institute (III), Committee on Commercial Fraud

ADICIÓN

Propuesta de realización de estudio y de formulación de recomendaciones en materia de fraude comercial

Antecedentes

1. La magnitud de los daños causados por el fraude comercial es incalculable, pero cabe estimar que, como mínimo, las pérdidas ocasionadas por el fraude comercial y por sus consecuencias ascienden sin duda alguna a billones de euros y de dólares al año.

2. Nunca podrá eliminarse totalmente el fraude comercial, pero es posible plantearse la creación de estructuras y sistemas que reduzcan las oportunidades de cometer fraude comercial, mermen los beneficios potenciales de las operaciones fraudulentas y atenúen las consecuencias negativas de las actividades fraudulentas.

3. Se da a menudo el caso que el fraude comercial culmina en la insolvencia o en importantes reestructuraciones empresariales, y uno de los ámbitos en que cabría establecer con éxito sistemas y procedimientos contra el fraude son el de la insolvencia y el de las reorganizaciones. El hecho de que se centre la búsqueda de soluciones frente al fraude comercial en el campo de la insolvencia tiene ciertas ventajas, como las siguientes:

- Muchos países disponen ya de procedimientos y de sistemas para hacer frente a los casos de insolvencia y varios países están elaborando procedimientos de este tipo o están actualizando de forma notable los que ya tienen;
- La insolvencia es una materia muy específica y coherente y su utilización para la introducción de reformas encaminadas a reducir los efectos del fraude comercial recibiría un apoyo universal;
- El marco de la legislación sobre la insolvencia es idóneo para abordar las consecuencias del fraude comercial. De hecho, la mayoría de los regímenes de la insolvencia prevén ya medidas para limitar las consecuencias del fraude comercial;
- Sería fácil que las recomendaciones que se formularan para introducir cambios en la legislación sobre la insolvencia que desalentaran el fraude comercial y redujeran los beneficios de esa práctica fraudulenta en el contexto de la insolvencia se basaran en la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, o que se incorporaran o se adjuntaran como anexo a dicha Guía;

- La CNUDMI ya ha registrado un éxito considerable en la labor que ha realizado en el campo de la insolvencia, concretamente con dos importantes proyectos que se han finalizado con éxito en un período muy breve;
- El Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia constituye un foro ejemplar en cuyo ámbito docenas de Estados han colaborado con éxito durante varios años en la redacción de importantes proyectos y todos esos Estados coinciden en la necesidad de mejorar los sistemas y los procedimientos internacionales. El hecho de que ya exista un grupo de trabajo con tales antecedentes y con tal nivel de participación reduciría el período de "iniciación" cuando la CNUDMI abordara algún nuevo proyecto en este ámbito.

4. La propuesta del International Insolvency Institute se centra en dos temas: el de la insolvencia y el de los recursos de los acreedores. Su finalidad es que se establezcan sistemas y procedimientos que desalienten las prácticas fraudulentas en las operaciones comerciales. Esta labor no duplicaría ni coincidiría con la valiosa labor que sobre el tema del fraude realiza la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODD), que se centra en actividades de ámbito penal o cuasipenal o en prácticas que van en contra del orden público. No obstante, los procesos penales entablados contra quienes realizan prácticas fraudulentas tienen a menudo notables repercusiones en el proceso de la insolvencia. Por ejemplo, no son pocas las veces que deben suspenderse total o parcialmente los procedimientos de insolvencia hasta que se resuelven investigaciones penales. Evidentemente, la protección del proceso penal y las necesidades de las autoridades públicas son factores de suma importancia; sin embargo, las repercusiones de esas actuaciones sobre los acreedores y sobre el proceso de la insolvencia pueden ser notables. Si la CNUDMI analizara este tema, podría facilitarse la introducción de cambios para tener en cuenta las necesidades de las fiscalías o procuradurías y, al mismo tiempo, se incrementaría al máximo el valor de la entidad insolvente en beneficio de los empleados, de los acreedores y de otras partes interesadas.

5. El International Insolvency Institute sugiere que la CNUDMI estudie los medios por los que pueda enmendarse la legislación sobre la insolvencia de modo que se resten incentivos a las prácticas fraudulentas y a la utilización de estratagemas fraudulentas y de modo que se reduzcan las repercusiones de toda actividad fraudulenta para los acreedores y otras partes interesadas. En opinión del International Insolvency Institute, este resultado puede lograrse enfocando el problema simultáneamente con varios criterios. En primer lugar, en el contexto de la insolvencia, la CNUDMI debería analizar la mejor forma de adoptar medidas en virtud de las cuales los acreedores que participaran en operaciones fraudulentas o que las facilitaran fueran tratados de forma que quedaran subordinados a los acreedores ordinarios o en virtud de las cuales se restaran incentivos a aquéllos de modo que las actividades fraudulentas en el comercio ya no les resultaran atractivas. Por otra parte, habría que proteger las actividades comerciales realizadas con criterios de responsabilidad y a las correspondientes partes, de toda consecuencia negativa injustificada que fuera resultado de operaciones realizadas con personas o empresas que llevaran a cabo prácticas fraudulentas.

6. En segundo lugar, la CNUDMI debería estudiar los posibles recursos que cabría prever en los procedimientos y en las prácticas de insolvencia y formular recomendaciones al respecto. A estos recursos podrían acogerse el administrador de la insolvencia o los acreedores que estuvieran dispuestos a entablar, a efectos de cobro, acciones contra las partes que hubieran participado en operaciones anulables en virtud de la legislación nacional en materia de insolvencia. Si los regímenes de la insolvencia previeran sanciones contra las operaciones de personas allegadas, los pagos indebidos efectuados por deudores ya insolventes y las transferencias infravaloradas o sobrevaloradas, se desalentaría a quienes trataran de sacar provecho de ellas. Convendría examinar y aclarar las obligaciones de descubrir y prevenir los fraudes por parte de quienes llevaran a cabo actividades comerciales ordinarias con personas o empresas que realizaran prácticas fraudulentas. Si bien habría que desalentar la participación activa en prácticas fraudulentas, no habría que condenar las operaciones comerciales ordinarias por la mera razón de que otras partes en dichas operaciones realizaran actividades fraudulentas. Habría que ponderar ambos factores. Hasta la fecha no se han efectuado muchos análisis sobre el fenómeno, que cada vez es más frecuente en relación con las insolvencias internacionales fraudulentas. Todo ello sería compatible con la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia,* con arreglo a la cual los regímenes de la insolvencia deberían desalentar toda conducta por la que se diera preferencia a un determinado acreedor sobre otros (véase la segunda parte, II, párrafos 148 y ss, en particular el párrafo 151). En la *Guía Legislativa de la CNUDMI* no se recomiendan medidas concretas de esta índole, pero, de adoptarse, constituirían un tema de suma utilidad para la labor futura sobre el régimen de la insolvencia y complementarían valiosamente la *Guía Legislativa*.

7. En tercer lugar, a fin de contribuir a desalentar las actividades comerciales de carácter fraudulento, la CNUDMI debería plantearse estudiar los medios a través de los cuales los administradores de la insolvencia pudieran utilizar mejores procedimientos de cobro y recursos más rápidos que resultaran eficaces contra las partes involucradas en actividades fraudulentas. También en ese aspecto, casi todos los regímenes de la insolvencia prevén ya disposiciones encaminadas a facilitar que el administrador de la insolvencia pueda cobrar de las partes que hayan llevado a cabo operaciones indebidas con el deudor antes de declararse éste insolvente; no obstante, muchas de estas disposiciones son difíciles de ejecutar en las insolvencias plurinacionales. Además, éstas y otras facultades de ejecución deben ajustarse a los objetivos del proceso de insolvencia y no deben obstaculizar los objetivos comerciales de incrementar al máximo el valor de la masa y de facilitar los cobros. Deben analizarse detenidamente las cargas y los gastos administrativos indebidos.

8. Otro aspecto de interés es la clasificación adecuada de los créditos y de los derechos de las autoridades normativas y de ejecución penal en los procedimientos de insolvencia en que haya habido fraude y la utilización apropiada del proceso penal cuando estén en juego los derechos de los acreedores y de otras partes.

9. Una ventaja específica que tiene la labor en el campo de la insolvencia es que cubre todos los tipos de actividades fraudulentas y se aplica a todas ellas. Para ilustrar esa ventaja, cabe decir que podría regularse la utilización fraudulenta de letras de cambio o de créditos documentales incorporando procedimientos a los regímenes aplicables a esos instrumentos. Ese mismo tipo de reglamentación podría hacerse literalmente en docenas de ámbitos comerciales, con lo cual se preverían

varias docenas de soluciones específicas e individualizadas para varias docenas de ámbitos independientes y diferenciados, con distintos procedimientos, distintas reglas y distintos recursos. Si bien esos procedimientos pueden resultar apropiados para cada ámbito entre entidades solventes, puede ocurrir que entren en conflicto con otros procedimientos en caso de insolvencia. A fin de resolver adecuadamente los derechos de todas las partes afectadas, es preciso prever la insolvencia de una o más de las partes involucradas en un fraude comercial. La ventaja de centrarse en los ordenamientos en el campo de la insolvencia radica en que, en última instancia, este ámbito cubre *todas* las actividades cuando se produce una insolvencia o se entabla una reorganización. Si bien el fraude comercial no se limita a las situaciones en que hay insolvencia, es juicioso destinar los recursos disponibles, relativamente escasos, al ámbito más idóneo para propiciar el mayor mejoramiento en el plazo más breve, y este ámbito es el de la insolvencia.

10. El International Insolvency Institute presenta esta propuesta a la CNUDMI por considerar que la Comisión está en una posición idónea e inigualable para examinar con detenimiento los temas que revisten la mayor importancia en este ámbito y para formular un conjunto de principios o de directrices a través de los cuales la comunidad mercantil mundial adquiriría conciencia de la necesidad de reformar y de mejorar las disposiciones de los regímenes de la insolvencia que regulan la prevención y la impugnación de las actividades comerciales de carácter fraudulento y a través de los cuales se dispondría de un instrumento básico de aceptación internacional para lograr esos fines.

C. Nota de la Secretaría sobre la labor en curso de otras organizaciones internacionales en la esfera del comercio electrónico

(A/CN.9/579) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Labor en curso de otras organizaciones internacionales en la esfera del comercio electrónico	3-56
	a) Órganos y organismos especializados de las Naciones Unidas	3-21
	b) Otras organizaciones intergubernamentales	22-52
	c) Organizaciones no gubernamentales internacionales	53-56

I. Introducción

1. En el presente documento se reseña la labor relativa al comercio electrónico realizada por varias organizaciones internacionales en 2004, o que esas organizaciones habían previsto realizar ese año o han previsto emprender en un futuro próximo. El documento no es de carácter exhaustivo, sino que más bien está centrado en las actividades de esas organizaciones que pueden repercutir en la labor del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. Tiene por objeto proporcionar información a la Comisión a fin de estudiar los aspectos que podría abordar el Grupo de Trabajo en el futuro y un posible marco de cooperación con otras organizaciones internacionales y complementa el informe relativo a las actividades en curso de las organizaciones internacionales (A/CN.9/584).

2. A partir de información de dominio público, se reseña la labor de las siguientes organizaciones:

a) Órganos y organismos especializados de las Naciones Unidas

UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
CEPE	Comisión Económica para Europa
CESPAP	Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico
UIT	Unión Internacional de Telecomunicaciones
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

b) Otras organizaciones intergubernamentales

APEC	Asociación de Cooperación Económica en Asia y el Pacífico
Secretaría del Commonwealth	
Consejo de Europa	
CE	Comisión Europea
Conferencia de La Haya	Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado
OEA	Organización de los Estados Americanos
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OMA	Organización Mundial de Aduanas

c) Organizaciones no gubernamentales internacionales

CCI	Cámara de Comercio Internacional

II. Labor en curso de otras organizaciones internacionales en la esfera del comercio electrónico

a) Órganos y organismos especializados de las Naciones Unidas

UNCTAD[1]

3. En su noveno período de sesiones, celebrado en Ginebra del 22 al 25 de febrero de 2005, la Junta de Comercio y Desarrollo aprobó recomendaciones con respecto a las estrategias de comercio electrónico para el desarrollo. Recomendó que la UNCTAD realizara investigaciones y análisis orientados a la política sobre las repercusiones en el comercio y el desarrollo de los diferentes aspectos de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) y de la empresa electrónica comprendidos en su mandato, centrando la atención en los sectores que revistieran interés principal para los países en desarrollo. Recomendó también que la UNCTAD prosiguiera la labor, entre otras cosas, en la esfera de la medición de las TIC, incluido el desarrollo de la capacidad estadística, para que los países en desarrollo pudieran medir el acceso, la utilización y los efectos de las TIC y vigilar los progresos que se realizaran en ese campo, y que contribuyera al fomento de la capacidad en la esfera de las TIC para el desarrollo, particularmente en los sectores comerciales de interés especial para los países en desarrollo o en los sectores que pudieran potenciarse más a fondo mediante el uso de las TIC, como el turismo, el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas (PYME) y la mitigación de la pobreza[2].

---

[1] www.unctad.org.

[2] TD/B/COM.3/L.31, de 1º de marzo de 2005.

4. La UNCTAD participa en proyectos interregionales y por países encaminados a aumentar la eficiencia del sector comercial de los países en desarrollo y los países con economía en transición mediante la reducción de los costos operacionales vinculados a los problemas que se plantean en materia de procedimientos aduaneros y de transporte de tránsito. Se procura aumentar la eficacia de las aduanas de esos países perfeccionando los Sistemas Aduaneros Automatizados (SIDUNEA) lo que entraña elaborar instrumentos de tecnología de la información para la supervisión de los acuerdos de transporte de tránsito y los proyectos de asistencia técnica, proporcionar servicios de expertos y capacitación y facilitar la coordinación de los proyectos[3].

5. La UNCTAD también publica su Informe anual sobre el comercio electrónico y el desarrollo, centrado especialmente en las tendencias en materia de tecnologías de la información y las comunicaciones, entre ellas, el comercio electrónico y la empresa electrónica, y en la política nacional e internacional y las opciones estratégicas para aumentar las repercusiones de esas tecnologías en los países en desarrollo[4].

CEPE[5]

6. Por conducto del Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y el Comercio Electrónico, la CEPE presta apoyo a actividades encaminadas a aumentar la capacidad de las organizaciones empresariales, comerciales y administrativas de los países desarrollados, en desarrollo y con economía en transición para intercambiar eficazmente los productos y servicios pertinentes. Se dedica principalmente a facilitar las operaciones comerciales nacionales e internacionales simplificando y armonizando los procesos, procedimientos y corrientes de información, con lo que contribuye a la expansión del comercio mundial.

7. El Centro ha iniciado un proyecto para la facilitación del comercio con objeto de revisar su Recomendación 6, relativa a la facturación en el comercio internacional, a efectos de adaptarla a los requisitos comerciales y reglamentarios de la facturación electrónica[6]. En la versión revisada de la Recomendación se procura salvar los obstáculos que existen para la facturación electrónica y ofrecer una solución que puedan aplicar fácilmente tanto las empresas pequeñas y medianas como las grandes empresas. El proyecto se presentará durante un foro internacional sobre el comercio sin papel que celebrará el Centro en Ginebra los días 20 y 21 de junio de 2005, en el cual varias entidades reguladoras y empresariales presentarán propuestas pertinentes y procurarán llegar a un acuerdo acerca de su ejecución (los objetivos del foro se examinan en el párrafo 11 *infra* y la labor conexa emprendida por la Comisión Europea se indica en el párrafo 38 *infra*).

---

[3] La lista completa de los proyectos conexos del SIDUNEA figura en http://www.unctad.org/Templates/Projects.asp?mode=showprojects&status=subject&intItemID=1451&intSubjectID=23&value=ASYCUDA.

[4] El texto del Informe sobre el comercio electrónico y el desarrollo, 2004 se puede consultar en línea en http://www.unctad.org/en/docs/ecdr2004_en.pdf.

[5] http://www.unece.org/Welcome.html.

[6] Véase, además, http://www.unece.org/cefact/forum_grps/tbg/projects.htm.

8. En el marco del proyecto de facilitación del comercio se procurará precisar la información necesaria para lograr la conciliación automática de las facturas y su procesamiento efectivo por parte de las instituciones financieras. Se abordarán desde el punto de vista jurídico los requisitos de autenticidad del origen e integridad del contenido de las facturas y el foro analizará los requisitos relativos al contenido de la información desde el punto de vista del impuesto sobre el valor añadido (o sobre las ventas). Varios organismos (entre ellos la Asociación de Transporte Aéreo Internacional) han expresado interés en esta labor y en las posibilidades que ofrece la facturación electrónica en lo que respecta a aumentar la eficiencia de las operaciones. El Centro procura obtener recursos y apoyo de entidades comerciales y públicas para el proyecto y, con ese fin, viene trabajando conjuntamente con departamentos y programas pertinentes de la Comisión Europea.

9. La CEPE y la UNCTAD patrocinaron al Grupo de Trabajo sobre facilitación de los procedimientos comerciales internacionales, encargado de elaborar el Reglamento para el intercambio electrónico de datos para la administración, el comercio y el transporte (UN/EDIFACT), que comprende normas, guías y directrices convenidas a nivel internacional para el intercambio electrónico de datos estructurados, en particular los relativos al intercambio comercial de bienes y servicios entre sistemas computarizados de información independientes[7].

10. La CEPE también estableció un grupo de tareas encargado de elaborar un método uniforme aplicable a los documentos comerciales electrónicos, lo que abarca el proyecto relativo a los documentos electrónicos normalizados sobre el comercio (UNeDocs)[8], que cuenta con el apoyo de la Comisión Técnica 154 de la Organización Internacional de Normalización (ISO)[9]. El proyecto UNeDocs es una iniciativa de la CEPE encaminada a facilitar la transición al comercio sin papel proporcionando versiones electrónicas de los principales documentos utilizados en la cadena de suministro mundial. El Centro estableció un nuevo grupo de trabajo (el Grupo de Trabajo 2 del proyecto UneDocs)[10] con objeto de determinar los documentos básicos utilizados en el comercio internacional y de formular los requisitos que han de reunir los documentos impresos y los electrónicos, así como requisitos documentarios adaptados a necesidades individuales en apoyo de proyectos nacionales, regionales e internacionales para la adopción de un sistema de ventanilla única[11] y de comercio sin papel[12].

11. Los días 20 y 21 de junio de 2005 se celebrará un foro ejecutivo patrocinado por la CEPE sobre el comercio sin papel en las cadenas de suministro internacional con objeto de que todos los países, empresas y organizaciones no gubernamentales se comprometan a cumplir las etapas necesarias para que el comercio sin papel se haga realidad, lo que incluye determinar los principales obstáculos que hasta el momento han impedido la aplicación a gran escala del comercio sin papel en la cadena de suministro mundial y un marco y un plan de acción para el intercambio

---

[7] http://www.unece.org/trade/untdid/texts/d100_d.htm.

[8] Figura información detallada sobre los UNeDocs en http://www.unece.org/etrades/unedocs/.

[9] http://www.iso.org/iso/en/ISOOnline.frontpage.

[10] Grupo 2 sobre Procesos Comerciales y Empresariales Internacionales (PDG2). Figura más información al respecto en http://www.unece.org/cefact/forum_grps/tbg/tbg2_edocs/tbg2_edocs.htm.

[11] Por el cual los documentos sólo tienen que presentarse en un punto de entrada.

[12] Figura más información en http://www.unece.org/cefact/prs/pr05_trd_04e.pdf.

de información que garantice la seguridad y la eficiencia de las cadenas de suministro[13].

CESPAP[14]

12. Recientemente la CESPAP emprendió la primera etapa de un proyecto encomendado por el Banco Mundial[15] para la armonización de los regímenes jurídicos del comercio electrónico en la región de Asia y el Pacífico. Con ese fin, del 7 al 9 de julio de 2004 la CESPAP celebró en Tailandia una conferencia regional de expertos sobre el tema[16] en la que, a partir de una recopilación de documentos, se examinaron a fondo las leyes y reglamentaciones relativas al comercio electrónico que se aplican en algunas subregiones de las islas de Asia y el Pacífico, así como el marco jurídico del comercio electrónico establecido por la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN)[17]. En los documentos se examinaban las condiciones y los problemas que existen para el desarrollo de un régimen jurídico del comercio electrónico en Asia y el Pacífico y las necesidades en materia de creación de capacidad para el desarrollo armonizado de los regímenes jurídicos del comercio electrónico en esa región. En una reunión celebrada al final de la conferencia regional de expertos con objeto de determinar las necesidades en materia de creación de capacidad[18] se recomendó que la CESPAP, en su calidad de organismo regional de las Naciones Unidas, coordinara su labor con otras organizaciones competentes que actúan en ese sector, en particular la CNUDMI, el Centro de Comercio Internacional, la Organización Mundial del Comercio (OMC), la UNCTAD, la UIT, la OMPI y el Banco Mundial, a fin de ejecutar actividades regionales encaminadas a crear capacidad en los planos regional o subregional. Las siguientes etapas del proyecto comprenden un curso práctico de capacitación a nivel subregional que se celebrará en 2005, destinado a los encargados de elaborar legislación y reglamentaciones, sobre la formulación de un enfoque regional para la creación de regímenes armonizados del comercio electrónico, y programas de formación de instructores para magistrados y juristas. En una etapa posterior, prevista para 2006, se prestará asistencia técnica por países y regiones y se impartirá formación en los países con objeto de garantizar el desarrollo y la aplicación armonizados del régimen del comercio electrónico por parte de los juristas, los magistrados y las autoridades públicas de los países participantes.

---

[13] Se dispone de más información relativa al foro en http://www.unece.org/forums/forum05/welcome.htm.

[14] http://www.unescap.org/.

[15] http://www.worldbank.org/.

[16] El texto completo de los documentos presentados en la conferencia regional y los documentos conexos figuran en el sitio web de la División de Comercio e Inversiones de la CESPAP (www.unescap.org/tid/).

[17] Los líderes de la ASEAN hicieron suya la iniciativa de la Asociación durante la Cumbre Anual que celebraron en Manila el 28 de noviembre de 1999. La iniciativa tiene por objeto establecer un enfoque regional en lo que respecta a generalizar el uso de la tecnología de la información y las comunicaciones en los negocios, la sociedad y el gobierno.

[18] La reunión se celebró el 9 de julio de 2004; la lista de participantes (entre los que figuraban más de 50 expertos y altos funcionarios públicos) y el plan para la creación de capacidad a nivel regional que formaba parte de las conclusiones y recomendaciones de la Conferencia Regional de Expertos figuran en www.unescap.org/tid/projects/ecom04_conf.asp.

UIT[19]

13. La UIT, organismo especializado de las Naciones Unidas, desempeña la función rectora en la organización de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI)[20], que tiene como principal objetivo el desarrollo de una sociedad de la información inclusiva y equitativa. La primera de las dos etapas de la Cumbre tuvo lugar en Ginebra del 10 al 12 de diciembre de 2003, ocasión en que se llegó a un acuerdo sobre la Declaración de Principios[21] (en la que se establecen los principios en virtud de los cuales se ha de desarrollar la sociedad mundial de la información) y un Plan de Acción[22] (en el que se establecen líneas de acción concretas para promover los objetivos de desarrollo convenidos a nivel internacional, entre ellos, los que figuran en la Declaración del Milenio[23], promoviendo la utilización de productos, redes, servicios y aplicaciones basados en las tecnologías de la información y las comunicaciones y ayudando a los países a salvar la brecha digital). La segunda etapa de la CMSI tendrá lugar en Túnez del 16 al 18 de noviembre de 2005 y se centrará en la aplicación del programa encaminado a establecer objetivos viables para el año 2015 y en la formación de consenso en relación con asuntos pendientes como el de la gobernanza de la Internet[24].

14. La UIT viene ejecutando una serie de actividades encaminadas a combatir el bombardeo de mensajes electrónicos a corto y a largo plazo, promover la cooperación internacional, elaborar marcos normativos armonizados y fomentar el intercambio de información y las mejores prácticas, así como a prestar apoyo a los países en desarrollo en esa esfera[25]. El primer día de la reunión temática de la CMSI sobre seguridades de las redes que celebrará la UIT el 28 de junio de 2005 se

---

[19] http://www.itu.int/home/.

[20] Conforme a una propuesta presentada por el Gobierno de Túnez, en la Conferencia de Plenipotenciarios celebrada en Minneápolis en 1998 la Unión Internacional de Telecomunicaciones aprobó una resolución relativa a la celebración de una Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI) en el marco del programa de trabajo de las Naciones Unidas. En 2001 el Consejo de la UIT decidió que la Cumbre se celebrara en dos etapas, la primera en Ginebra (Suiza) del 10 al 12 de diciembre de 2003 y la segunda en Túnez (Túnez) del 16 al 18 de noviembre de 2005. La Asamblea General de las Naciones Unidas hizo suya esa decisión en su resolución 56/183, en la que encomendó la función principal del proceso preparatorio a la UIT en colaboración con otras organizaciones y entidades interesadas.

[21] http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop.html.

[22] http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/poa.html.

[23] Resolución 55/2, de 8 de septiembre de 2000. La declaración figura en http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm.

[24] Los párrafos de la Declaración de Principios relacionados con la gobernanza de la Internet se pueden consultar en http://www.wgig.org/docs/Paragraphs_Internet_Governance.doc. Se estableció un Grupo de Trabajo sobre gobernanza de la Internet para que se encargara de las siguientes cuestiones: elaborar una definición de trabajo acerca de la gobernanza de la Internet. Determinar las cuestiones de política oficial pertinentes para la gobernanza de la Internet, y propiciar una visión común de las respectivas funciones y responsabilidades de los gobiernos, las organizaciones internacionales y demás foros, así como del sector privado y la sociedad civil de los países en desarrollo y los países desarrollados. Para obtener más información acerca del Grupo de Trabajo, véase http://www.wgig.org/.

[25] Para obtener información sobre las iniciativas de la UIT encaminadas a combatir el bombardeo de mensajes electrónicos, véase http://www.itu.int/osg/spu/spam/intcoop.html.

dedicará al examen de la cuestión del bombardeo de mensajes electrónicos no solicitados[26].

15. En noviembre de 2004 se celebró en Dubai (Emiratos Árabes Unidos) un simposio de la UIT sobre el gobierno electrónico y el Protocolo Internet (IP) para los países árabes con objeto de examinar los problemas prácticos que plantea la aplicación de iniciativas relacionadas con el gobierno electrónico y aspectos normativos de la gestión del Sistema de Nombre de Dominio (DNS) y las direcciones IP. Todo esto forma parte de un proyecto de la UIT relativo al gobierno electrónico mundial, encaminado a aumentar la eficiencia de los gobiernos de los países en desarrollo al proporcionar a los ciudadanos servicios y aplicaciones de la Internet[27]. En 2004 la UIT también publicó un informe sobre las actividades que realiza en relación con las redes del IP[28].

OMPI[29]

16. La OMPI preparó dos estudios completos centrados en cuestiones relativas a la interfaz entre el sistema de nombre de dominio y la propiedad intelectual, uno en 1999[30] y otro en 2001[31]. En el informe de 1999 se recomendaba establecer un procedimiento uniforme para dirimir las controversias planteadas por el presunto registro de mala fe y uso abusivo deliberado de marcas como nombres de dominio, o "ciberocupación". En el informe de 2001 se mencionaba una variedad de identificadores distintos de las marcas[32] y un volumen considerable de pruebas del registro y uso "engañosos" de esos identificadores como nombres de dominio. Con respecto a los nombres y siglas de organizaciones intergubernamentales internacionales, en el informe de 2001 se recomendaba a los Estados que procuraran elaborar un procedimiento administrativo de solución de controversias análogo a la Política Uniforme de Solución de Controversias sobre Nombres de Dominio, administrada en parte por el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Las actividades de ese Centro en lo que respecta a las controversias relativas a los nombres de dominio han contribuido a lograr una aceptación más amplia del uso de procedimientos en línea para resolver las controversias que surgen en torno a las redes informáticas.

17. En cuanto al régimen de la propiedad intelectual, habida cuenta del alcance mundial de la Internet y de la rápida expansión del comercio electrónico, han

---

26 http://www.itu.int/osg/spu/spam/.

27 Para obtener más información acerca de éste y otros proyectos conexos, véase http://www.itu.int/ITU-D/e-strategy/e-applications/E-government/index.html.

28 http://www.itu.int/osg/spu/ip/chapter_five.html.

29 http://www.wipo.int/.

30 "La gestión de los nombres y direcciones de Internet: Cuestiones de propiedad intelectual", informe del Proceso de la OMPI relativo a los nombres de dominio de Internet (http://wipo2.wipo.int).

31 "El reconocimiento de los derechos y el uso de nombres en el sistema de nombre de dominio de Internet", informe del Segundo Proceso de la OMPI relativo a los nombres de dominio de Internet (http://wipo2.wipo.int).

32 Por ejemplo: denominaciones comunes internacionales (DCI) para las sustancias farmacéuticas; nombres y siglas de organizaciones intergubernamentales internacionales; nombres de persona e identificadores geográficos, por ejemplo, las indicaciones de procedencia de los productos, indicaciones geográficas y otros términos geográficos, y nombres comerciales utilizados por las empresas para identificarse.

surgido problemas en relación con la competencia judicial, la ejecución de fallos y la ley aplicable. Por ejemplo, la cuestión de la ley aplicable reviste prioridad en lo que respecta a los derechos de autor en el ciberespacio debido a la facilidad y rapidez con que es posible transmitir en forma digital copias perfectas de material protegido por derechos de autor desde y hacia cualquier parte del mundo, con o sin la autorización del titular de esos derechos. En el contexto de un mercado de alcance mundial, el problema de la elección de la ley aplicable a los derechos de propiedad industrial se ha agravado considerablemente. En enero de 2001 la OMPI celebró un foro para abordar estas cuestiones en relación con los diferentes aspectos de la propiedad intelectual[33]. En él se examinaron aspectos conexos del anteproyecto de convenio relativo a la competencia judicial y el reconocimiento de fallos extranjeros en materia civil y mercantil, preparado con los auspicios de la Conferencia de La Haya, en particular, las disposiciones que incidían en la solución de controversias en la esfera de la propiedad intelectual. También se consideraron las controversias que surgen en el contexto del comercio electrónico y el papel de los métodos alternativos de solución de controversias.

18. La OMPI siguió abordando diversos puntos de la Agenda Digital, programa encaminado a formular respuestas apropiadas con respecto a la influencia de la Internet y la tecnología digital en el régimen de la propiedad intelectual y, en particular, a garantizar el amparo de los derechos de propiedad intelectual en la Internet[34]. El programa abarca las siguientes cuestiones: la aplicación del régimen de la propiedad intelectual en las operaciones que se realizan por medio de la Internet y las repercusiones de ésta y de la tecnología digital en general en los derechos de autor y otros derechos conexos, las marcas y los nombres de dominio y las patentes, así como en la solución de controversias. La Agenda Digital de la OMPI también promueve la participación de los países en desarrollo mediante el uso de la WIPONET y de otros medios para acceder a información sobre la propiedad intelectual y ampliar sus posibilidades de utilizar los bienes de propiedad intelectual de que disponen en el comercio electrónico; el ajuste del marco legislativo internacional con objeto de facilitar el comercio electrónico extendiendo los principios del Tratado sobre Derecho de Autor[35] y del Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas[36] a fin de amparar también las obras audiovisuales; la adaptación de los derechos de las radiodifusoras y teledifusoras a

---

[33] http://www.wipo.int/pil-forum/en/.

[34] La Agenda Digital de la OMPI fue presentada en septiembre de 1999 por el Director General de la OMPI en la Conferencia Internacional sobre el Comercio Electrónico y la Propiedad Intelectual y aprobada ese mismo mes por los Estados miembros de la OMPI en su Asamblea General. Con objeto de mantener al público plenamente al corriente de las actividades que realiza en el marco de la Agenda Digital, la OMPI creó un sitio web dedicado a las cuestiones relativas al comercio electrónico. En ese sitio, que figura en español, francés e inglés, se facilita información exhaustiva con respecto a los programas de la OMPI en las esferas pertinentes, los documentos de antecedentes sobre las cuestiones sustantivas y un calendario completo de reuniones. La dirección del sitio es http://ecommerce.wipo.int.

[35] Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (aprobado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996); entrada en vigor: 6 de marzo de 2002; Fuente: Oficina Internacional de la OMPI, http://www.wipo.int/.

[36] Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (aprobado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996); entrada en vigor: 20 de mayo de 2002; fuente: Oficina Internacional de la OMPI, http://www.wipo.int/.

la era digital, y la posible elaboración de un instrumento internacional sobre la protección de las bases de datos.

19. Además, la Agenda Digital de la OMPI abarca los siguientes aspectos: el establecimiento de normas internacionales para determinar la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea en cuanto a la propiedad intelectual; la promoción de un marco institucional para facilitar la explotación de la propiedad intelectual, por ejemplo, mediante la gestión en línea de las controversias que surgen en esa esfera, y la introducción de procedimientos en línea para archivar y gestionar las solicitudes internacionales relacionadas con el Tratado de cooperación en materia de patentes[37], el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas[38] y los Sistemas de La Haya[39].

20. El Sector de Desarrollo Económico de la OMPI se ocupa de los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el desarrollo ejecutando programas encaminados a prestar asistencia técnica a los países en desarrollo y a promover los derechos de propiedad intelectual como ayuda para el desarrollo social y cultural, el crecimiento económico y la creación de riqueza[40]. Se emprenden programas de asistencia técnica en respuesta a solicitudes concretas de los países a título individual. Los programas de asistencia técnica del Sector del Desarrollo Económico para los países en desarrollo se han centrado en establecer la infraestructura jurídica y administrativa necesaria para proteger los derechos de propiedad intelectual, lo que comprende asistencia en materia de capacitación y modernización de las instituciones y del régimen de la propiedad intelectual, campañas de sensibilización y asesoramiento de expertos sobre legislación en la materia. Cada vez más países en desarrollo también solicitan asistencia a la OMPI para la siguiente etapa de optimización del valor económico y cultural de los bienes de propiedad intelectual y de la transferencia de tecnología.

21. La OMPI también se dedica a estudiar y abordar en forma oportuna y eficaz los siguientes aspectos: la necesidad de adoptar medidas prácticas para mejorar la gestión de los bienes culturales y otros bienes digitales a nivel internacional, investigando, entre otras cosas, cuestiones relacionadas con la certificación por notario de los documentos electrónicos y la introducción de un procedimiento para certificar que los sitios web cumplen las normas y los procedimientos correspondientes en relación con la propiedad intelectual; el estudio de otras cuestiones incipientes relacionadas con la propiedad intelectual en el marco del comercio electrónico, y, de ser necesario, la elaboración de normas pertinentes y la coordinación con otras organizaciones internacionales en lo que respecta a la

---

37 Tratado de cooperación en materia de patentes, aprobado en 1970, enmendado en 1979 y modificado en 1984 y 2001. Fuente: Oficina Internacional de la OMPI, http://www.wipo.int/.

38 Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, de 14 de abril de 1891, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Niza el 15 de junio de 1957 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967, y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

39 Que comprenden el Arreglo de La Haya relativo al depósito internacional de dibujos y modelos industriales (la Ley de 1999, el reglamento común de la Ley de 1999, la Ley de 1960 y la Ley de 1934 del Arreglo de La Haya).

40 El enfoque de OMPI para el desarrollo económico está inspirado en la Declaración del Milenio y sus ocho objetivos de desarrollo, encaminados a reducir la pobreza en todo el mundo y a crear un entorno propicio para el desarrollo.

formulación de posiciones internacionales sobre cuestiones que afectan a la propiedad intelectual, en particular, la validez de los contratos electrónicos y la competencia judicial.

b) Otras organizaciones intergubernamentales

APEC[41]

22. Las actividades de la APEC en materia de comercio electrónico son coordinadas por el Grupo Directivo sobre el Comercio Electrónico. Sobre la base de los principios establecidos en el Plan General de Acción de 1998 de la APEC sobre el Comercio Electrónico[42], el Grupo Directivo promueve el desarrollo y la utilización del comercio electrónico creando entornos jurídicos, reglamentarios y normativos previsibles, transparentes y compatibles en la región de la APEC[43].

23. En 2004 el Grupo Directivo prosiguió su labor en relación con la privacidad de los datos, la protección del consumidor, la seguridad del ciberespacio, el comercio sin papel, la facilitación del comercio y las iniciativas encaminadas a combatir el bombardeo de mensajes electrónicos. Los países miembros de la APEC hicieron suyo el Marco de Privacidad de la Información formulado por la Asociación[44], que promueve la protección de la información y garantiza la libre circulación de información en la región de Asia y el Pacífico. Dieciséis países prepararon planes individuales de acción sobre el comercio sin papel en los que se establecen las medidas que han de adoptar los miembros de la APEC para cumplir la meta fijada por ésta en lo que respecta a reducir o eliminar la documentación aduanera y de comercio transfronterizo y demás documentación relativa al transporte internacional por tierra, mar y aire[45]. Para 2020 se habrá establecido un entorno comercial sin papel que facilitará la transmisión electrónica de información comercial en toda la región de la APEC. El Grupo Directivo también convino en proseguir las actividades que realiza para combatir el bombardeo de mensajes electrónicos. Al respecto, emprendió un estudio sobre los criterios que utilizan los países para abordar ese problema y consideró la posibilidad de cooperar con el Grupo de Trabajo sobre Telecomunicaciones e Información de la APEC en 2005.

24. Como parte de la labor encaminada a fomentar la confianza en el comercio electrónico, el Grupo Directivo viene estudiando medios y arbitrios para proteger más a los consumidores de las prácticas fraudulentas y engañosas de que pueden caer víctimas al adquirir bienes y servicios en línea. Se procura ayudar a los países a aplicar las Directrices voluntarias de la APEC para la protección de los consumidores en las redes electrónicas[46], que abarcan aspectos de cooperación internacional, educación y sensibilización, liderazgo del sector privado, publicidad y comercialización en línea y solución de controversias con los consumidores.

---

41 www.apec.org.

42 El Plan General figura en http://www.export.gov/apececommerce/blueprint.html.

43 Se dispone de más información en el sitio web del Grupo Directivo sobre el Comercio Electrónico: http://www.apec.org/apec/apec_groups/som_special_task_groups/electronic_commerce.html.

44 El Marco de Privacidad de la Información de la APEC promueve un enfoque uniforme para la protección de la información en todos sus países miembros y también evita la creación de obstáculos innecesarios a las corrientes de información.

45 Los planes individuales de acción figuran en http://www.apec-iap.org/.

46 El texto de las directrices figura en http://www.export.gov/apececommerce/cp/guidelines.htm.

25. En 2005 el Grupo Directivo seguirá abordando iniciativas en relación con la protección de la información, el bombardeo de mensajes electrónicos, el comercio sin papel y la economía digital, y estudiará el formato de la Guía de Actividades de Comercio Electrónico, inventario práctico de las actividades de comercio electrónico que vienen preparando los foros de la APEC[47].

26. En el párrafo 37 del documento A/CN.9/WG.I/WP.31 se reseña la labor de la APEC relativa a la contratación pública por vía electrónica.

Secretaría del Commonwealth[48]

27. En 1999 los Ministros de Justicia del Commonwealth encomendaron a la Secretaría que estudiara las consecuencias jurídicas del uso de la tecnología a fin de ayudar a los países miembros a aprovechar plenamente las posibilidades que les brindaba el desarrollo tecnológico. La Secretaría convocó varios grupos de expertos y, sobre la base de sus deliberaciones, preparó instrucciones para la redacción de instrumentos jurídicos. Se redactaron proyectos de ley modelo sobre los siguientes aspectos relacionados con la tecnología: operaciones electrónicas[49]; pruebas electrónicas[50]; libertad de información[51]; privacidad[52], y delitos informáticos y delitos conexos[53]. Los proyectos se sometieron a la consideración de los Ministros de Justicia en su reunión de 2002. Se pidió a la Secretaría que prosiguiera su labor en esas esferas, conjuntamente con altos funcionarios, a fin de garantizar que las leyes se mantuvieran actualizadas y reflejaran los intereses de los países miembros, especialmente los países pequeños y los países en desarrollo. La Sección de

---

47 La Guía figura en línea en http://www.apec.org/apec/apec_groups/som_special_task_groups/electronic_commerce.html.

48 http://www.thecommonwealth.org/HomePage.asp?NodeID=20593.

49 El proyecto de ley modelo sobre el comercio electrónico se presenta como base sólida para la promulgación de leyes en los países miembros del Commonwealth que procuran contar con legislación para abordar las principales cuestiones previstas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y está formulado de modo que se pueda utilizar en los países en que rige el derecho anglosajón. Se puede consultar en http://www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/{1072058F-7B90-4A11-A5DF-E33AACEF4000}_E-commerce.pdf.

50 El proyecto de ley modelo sobre las pruebas electrónicas contiene disposiciones sobre admisibilidad en general, el ámbito de aplicación de la Ley Modelo, autenticación, aplicación de la norma de la mejor prueba, presunción de integridad, normas, la prueba presentada por medio de declaración jurada, repregunta, el acuerdo sobre la admisibilidad de los documentos electrónicos y admisibilidad de la firma electrónica. Se puede consultar en http://www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/{E9B3DEBD-1E36-4551-BE75-B941D6931D0F}_E-evidence.pdf.

51 El proyecto de ley modelo sobre la libertad de información, que puede consultarse en: http://www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/{AC090445-A8AB-490B-8D4B-F110BD2F3AB1}_Freedom%20of%20Information.pdf, contiene disposiciones relativas al derecho de acceso a la información.

52 El proyecto de ley modelo sobre privacidad, que puede consultarse en http://www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/{82BDA409-2C88-4AB5-9E32-797FE623DFB8}_protection%20of%20privacy.pdf, aborda la reunión, utilización, revelación y retención de información personal y el establecimiento de un cargo de Comisionado de la Privacidad y de un sistema de investigación de denuncias sobre violación de la privacidad.

53 El proyecto de ley modelo sobre delitos informáticos y delitos conexos, que puede consultarse en http://www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/{DA109CD2-5204-4FAB-AA77-86970A639B05}_Computer%20Crime.pdf, tipifica como delitos determinados actos relacionados con las computadoras, entre ellos el acceso ilegal, la injerencia en la información o en un sistema de computadoras, la interceptación ilícita de datos, los dispositivos ilícitos y la pornografía infantil.

Desarrollo del Derecho de la Secretaría prosiguió su labor en relación con la promoción de las leyes modelo del Commonwealth.

Consejo de Europa[54]

28. En septiembre de 2004 el Consejo patrocinó una conferencia titulada "El desafío del delito cibernético" con objeto de promover la amplia y pronta ratificación de la Convención sobre el delito cibernético[55] y su Protocolo[56] y la adhesión a esos instrumentos.

29. En abril de 2005 el Comité Especial Multidisciplinario de Expertos del Consejo de Europa sobre la Sociedad de la Información aprobó el "proyecto de declaración política sobre los principios y directrices para garantizar el respeto de los derechos humanos y el imperio de la ley en la sociedad de la información"[57].

30. Como complemento del Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas en relación con el proceso automático de datos personales[58], el Grupo del Proyecto sobre Protección de los Datos Personales preparó un informe para el Comité Europeo de Cooperación Jurídica acerca de las repercusiones de los principios relativos a la protección de los datos en la utilización de datos biométricos (por ejemplo, huellas dactilares o reconocimiento del iris o del rostro) y observó que cuando se aplicaba un sistema biométrico se debía promover un procedimiento de certificación, supervisión y control, administrado, de ser posible, por un órgano independiente, particularmente en el caso de la aplicación en masa, con respecto a las normas de calidad de los programas informáticos, del soporte físico y de la capacitación del personal encargado del registro y cotejo de los datos. También se sugirió la conveniencia de llevar a cabo inspecciones periódicas del funcionamiento del sistema[59].

31. El Consejo también ejecuta varios proyectos relativos a la gobernanza electrónica, es decir, en lo que respecta a la utilización de tecnología de la información para mejorar la calidad de los servicios que prestan los gobiernos a sus ciudadanos y al sector comercial. Con ese fin, en septiembre de 2004 el Comité de Ministros aprobó una recomendación sobre el voto electrónico, primer instrumento

---

[54] http://www.coe.int/DefaultEN.asp.

[55] La Convención sobre el delito cibernético, ETS 185, entró en vigor el 1º de julio de 2004 y tiene por objeto desarrollar una política común en materia penal, encaminada a proteger a la sociedad contra la delincuencia cibernética, entre otras cosas, mediante la promulgación de legislación penal apropiada y el fomento de la cooperación internacional. Fuente: Oficina de Tratados del Consejo de Europa, http://conventions.coe.int/.

[56] El Protocolo Adicional de la Convención sobre el delito cibernético, relativo a la penalización de actos de carácter racista y xenofóbico, complementa las disposiciones de la Convención, entre las partes en el Protocolo, en lo que respecta a la penalización de actos de carácter racista y xenofóbico cometidos mediante sistemas de computadoras (ETS 189). Fue abierto a la firma en Estrasburgo el 28 de enero de 2003. Fuente: Oficina de Tratados del Consejo de Europa, http://conventions.coe.int/.

[57] http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Steering_Committees/CDCJ/Documents/2005/cahsi%20_2005_7%20en%20final-2.pdf.

[58] El Convenio CETS núm. 108 entró en vigor el 1º de octubre de 1985. Fuente: Oficina de Tratados del Consejo de Europa, http://conventions.coe.int/.

[59] http://www.coe.int/T/E/Legal_affairs/Legal_co-operation/Data_protection/Documents/Reports/O-report%20BIOM%202005.asp#P42_6028.

jurídico internacional en la materia, y a fines de 2004 también aprobó una recomendación sobre la gobernanza electrónica. A partir de 2005, en el marco de un proyecto complementario titulado "Buena gobernanza en la sociedad de la información", se estudiará la manera en que las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones influyen en las prácticas democráticas, los derechos humanos y el imperio de la ley en los Estados miembros del Consejo de Europa.

Comisión Europea[60]

32. Como parte de su objetivo de establecer un entorno dinámico para el negocio electrónico en 2005, la Comisión Europea emprendió varios proyectos: la creación del futuro dominio .eu en 2003; la revisión de la legislación europea pertinente que obstaculizara la negociación electrónica; la convocación de una cumbre importante sobre el negocio electrónico en febrero de 2004, en la que participarían altos representantes empresariales; el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias en línea con objeto de fomentar la confianza en el negocio electrónico; apoyo a la elaboración de soluciones interoperables en materia de operaciones, seguridad, firmas, adquisiciones y pagos móviles, el establecimiento de una red de apoyo al negocio electrónico con objeto de fortalecer y coordinar las medidas de apoyo a las pequeñas y medianas empresas en esa esfera, y la financiación de la función de vigilancia del negocio electrónico a fin de facilitar más información sobre las repercusiones de éste a nivel sectorial en toda la Unión Europea.

33. La Comisión Europea ya ha preparado varios instrumentos legislativos que regulan el comercio electrónico. La Directiva de la Unión Europea sobre el comercio electrónico[61] tiene por objeto establecer un marco jurídico que facilite la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros. Crea un marco jurídico flexible para el comercio electrónico y aborda únicamente los elementos que son estrictamente necesarios para garantizar el debido funcionamiento del mercado interior en el comercio electrónico. Está redactada en términos neutrales desde el punto de vista tecnológico a fin de evitar la necesidad de adaptar el marco jurídico continuamente a los nuevos acontecimientos. Las medidas previstas en la Directiva abarcan una prohibición general de los requisitos de autorización previa para actuar como proveedor de servicios de la sociedad de la información, la obligación del proveedor de servicios de facilitar información general a los receptores y a las autoridades públicas y la obligación de los Estados miembros de garantizar que su ordenamiento jurídico permita celebrar contratos por medios electrónicos[62]. En el primer informe sobre la aplicación de la Directiva (publicado en noviembre de 2003) se indicaba que 12 Estados miembros habrían promulgado legislación con miras a aplicarla y que los tres Estados miembros

---

[60] http://europa.eu.int/comm/index_en.htm.

[61] Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico, en el mercado interior, Diario Oficial núm. L 178, de 17/07/2000, págs. 0001 a 0016.

[62] Para obtener más información acerca de la Directiva 2000/31/CE, véase http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/00/442&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en.

restantes habían avanzado considerablemente en la labor de transposición de la Directiva[63]. En el informe se concluía que hasta ese momento no se había considerado necesario adaptar la Directiva y que, habida cuenta de la falta de experiencia práctica, sería prematuro revisarla. La Comisión Europea inició una consulta abierta sobre los problemas jurídicos en la esfera de los negocios electrónicos con miras a reunir observaciones y la experiencia del mercado y determinar los obstáculos prácticos que aún existían o los nuevos problemas jurídicos a que hacían frente las empresas al concertar un negocio por vía electrónica. Los resultados de la consulta servirán de base para un segundo informe sobre la aplicación de la Directiva que deberá presentarse en 2005, en el que también se abordará la posible necesidad de adaptarla.

34. La Directiva de la Unión Europea sobre la firma electrónica[64] facilita el uso de las firmas electrónicas y contribuye a su reconocimiento jurídico. No regula los aspectos relacionados con la celebración y la validez de los contratos ni de otras obligaciones jurídicas cuando existen requisitos al respecto en las legislaciones nacionales o comunitaria que regulan la utilización de documentos, ni afecta a las normas y los límites establecidos en esas legislaciones. El principal objetivo de la Directiva es garantizar que los productos avalados por una firma electrónica que cumplan sus disposiciones puedan circular libremente en el mercado interior. Se pide a los Estados Miembros que garanticen que las firmas electrónicas avanzadas basadas en un certificado reconocido y creadas mediante un dispositivo seguro se consideren jurídicamente equivalentes a las firmas manuscritas y sean admisibles como prueba en procedimientos judiciales. Por solicitud de la Comisión Europea, el Centro Interdisciplinario de Derecho y Tecnología de la Información realizó un estudio sobre las cuestiones jurídicas y prácticas relativas a la aplicación de la Directiva que se presentó a la Comisión en octubre de 2003[65]. En el informe se indicó que la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea habían transpuesto la Directiva de manera más o menos uniforme a la legislación nacional y se concluyó que no era preciso enmendarla, ya que cumplía los fines para los que se había establecido, y que las divergencias que habían surgido en su aplicación podían abordarse formulando una interpretación comunitaria no vinculante de la Directiva, acompañada de medidas de apoyo a corto plazo.

35. La Directiva de la Unión Europea relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia[66] dispone las mismas medidas de protección de los consumidores en todo el territorio de la Unión Europea en relación con los contratos a distancia. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Directiva, la Comisión Europea emprendió un estudio encaminado a considerar la posibilidad de establecer medios eficaces para atender a las reclamaciones de los

---

[63] El informe se puede consultar en http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/en/com/2003/com2003_0702en01.doc, que contiene un anexo con la lista de las medidas adoptadas por los países para transponer la Directiva.

[64] Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, Diario Oficial núm. L 013, de 19/01/2000, págs. 0012 a 0020.

[65] http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2005/all_about/security/electronic_sig_report.pdf.

[66] Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. El texto de esta Directiva se publicó en el Diario Oficial núm. 144, de 4 de junio de 1997.

consumidores con respecto a las ventas a distancia[67]. En el informe correspondiente la Comisión expresó su intención de seguir de cerca la situación en lo que respecta a esas reclamaciones, como parte de la labor que se viene realizando en relación con el acceso de los consumidores, y de prestarles especial atención en futuros informes y propuestas de nueva legislación, en el marco reglamentario del comercio electrónico.

36. En relación con las medidas contra el bombardeo de mensajes electrónicos, la Directiva europea sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (2002/58/CE)[68], que entró en vigor en octubre de 2003, regula el envío de comunicaciones no solicitadas por correo electrónico, SMS o teléfono en todos los Estados miembros de la Unión Europea.

37. En el Informe sobre la competitividad 2004 de la Comisión se destacó la importancia de la gobernanza de las redes electrónicas para la eficiencia del sector público. Una de las prioridades del plan de acción llamado e-Europe 2005 fue ofrecer servicios públicos básicos en línea para 2005, objetivo éste que en general se viene haciendo realidad. En un estudio sobre la disponibilidad en línea y el perfeccionamiento de 20 servicios públicos, realizado en el marco del programa e-Europe 2005 se determinó que se habían realizado progresos considerables. La Comisión procurará supervisar la utilización de los servicios con objeto de determinar e intercambiar prácticas acertadas y también examinará la manera en que los servicios de gestión se han integrado para optimizar la eficiencia adquirida y, de esa forma, impulsar la productividad del sector público.

38. La Comisión Europea abordó la cuestión de la normalización de la facturación electrónica en la Unión Europea en dos sectores. En primer lugar, con miras a cumplir los objetivos de la Directiva 2001/115/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2001, en la que se reconoce la validez jurídica de las facturas electrónicas en lo que respecta al impuesto sobre el valor añadido y se determinan las condiciones técnicas correspondientes necesarias, la Comisión Europea pidió al Comité Europeo de Normalización (CEN)[69] que, de conformidad con el Sistema de Normalización de la Sociedad de la Información[70], abordara la cuestión de la normalización por medio de acuerdos oficiales de los talleres del CEN (CWA) en relación con la facturación electrónica, especialmente en lo que respecta a la firma electrónica, el archivo o almacenamiento electrónico y el formato de las transmisiones de facturas electrónicas, es decir, el intercambio electrónico de

---

[67] http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52000DC0127:EN:HTML.

[68] http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2002/l_201/l_20120020731en00370047.pdf.

[69] El CEN fue fundado en 1961 por los órganos nacionales de normalización de la Comunidad Económica Europea y los países de la Asociación Europea de Libre Intercambio (AELI) y contribuye a la consecución de los objetivos de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo con normas técnicas voluntarias que promueven el libre comercio, la seguridad de los trabajadores y los consumidores, la interoperabilidad de las redes, la protección del medio ambiente, la explotación de programas de investigación y desarrollo y la contratación pública. Para obtener más información al respecto, véase http://www.cenorm.be/cenorm/aboutus/index.asp.

[70] El Sistema de Normalización de la Sociedad de la Información del CEN es el "punto de acceso europeo" a las actividades de las Naciones Unidas en materia de normalización de los negocios electrónicos y proporciona una lista completa e integrada de servicios de normalización y productos para facilitar los negocios electrónicos.

datos[71]. Se ha previsto concluir ese proyecto en enero de 2006 (en cuanto a la labor de la CEPE en materia de facturación electrónica, véanse los párrafos 7 y 8 *supra*).

39. En segundo lugar, el programa de intercambio de datos entre administraciones (IDA) de la Comisión Europea, en colaboración con otros servicios de la Comisión, estableció un proyecto encaminado a facilitar la introducción de soluciones electrónicas interoperables acertadas en materia de contratación, en cumplimiento del nuevo marco europeo de reglamentación de la contratación pública. El programa abarca la elaboración de modelos de etapas del proceso de contratación electrónica, por ejemplo, la presentación de ofertas, la adjudicación de contratos, la presentación de pedidos, la facturación y los catálogos electrónicos. A fin de contribuir a la definición de normas y de tener en cuenta los requisitos europeos, los modelos de IDA se sometieron al examen de organismos de normalización como el Comité Europeo de Normalización y su Sistema de Normalización de la Sociedad de la Información, el Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y el Comercio Electrónico y OASIS, consorcio internacional sin fines de lucro que crea especificaciones industriales interoperables basadas en normas públicas como el Lenguaje Extensible de Marcado (XML), que posibilita la definición, transmisión, validación e interpretación de datos, y el anterior lenguaje conexo, llamado Lenguaje Estandarizado de Marcado General (SGML)[72]. En cuanto a la labor de la Unión Europea en relación con la contratación electrónica, véase el párrafo 35 del documento A/CN.9/WG.I/WP.31).

Conferencia de La Haya[73]

40. Uno de los instrumentos de la Conferencia de La Haya es el Convenio de 5 de octubre de 1961 por el que se suprime el requisito de legalización de los documentos públicos extranjeros (el Convenio de la apostilla)[74], tratado multilateral que tiene como principal objetivo facilitar la circulación de los documentos públicos expedidos por un Estado Parte en el Convenio para presentarlos en otro Estado Parte en el Convenio, simplificando las formalidades que complicaban la utilización de documentos públicos fuera de los países que los expedían. En la Recomendación Nº 24 de la Comisión Especial de la Conferencia de La Haya relativa a la aplicación práctica del Convenio de la apostilla, entre otros instrumentos, se dispone que los Estados Parte y la Oficina Permanente "procuren elaborar técnicas para la generación de apostillas electrónicas". Con ese fin, la Conferencia de La Haya y la Unión Internacional del Notariado Latino vienen organizando el Foro Internacional sobre la Notarización y las Apostillas Electrónicas, que se celebrará los días 30 y 31 de mayo de 2005 en Las Vegas, Nevada (Estados Unidos de América).

41. El Foro emprenderá un estudio internacional representativo de las tecnologías de notarización electrónica de que se dispone actualmente, o que se vienen elaborando, con una perspectiva neutral desde el punto de vista tecnológico. El Foro

---

[71] Los objetivos, el programa de trabajo y los progresos realizados quedaron documentados en: http://comelec.afnor.fr/cen/wsei.

[72] Véase, además, http://europa.eu.int/idabc/eprocurement.

[73] http://www.hcch.net/index_en.php.

[74] http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=41&zoek=apostille. El Convenio de la apostilla entró en vigor el 24 de enero de 1965.

constituirá una oportunidad propicia para el análisis jurídico de las principales cuestiones planteadas por la utilización de esas tecnologías en el contexto de la notarización y del Convenio de la apostilla. El análisis se centrará, en particular en los posibles requisitos jurídicos y normas reglamentarias de la notarización electrónica, la cuestión de determinar si los documentos públicos electrónicos (en particular los actos notariales y los certificados oficiales) quedan comprendidos en el ámbito del Convenio de la apostilla y si el marco actual de ese Convenio permite la emisión y circulación de apostillas electrónicas.

OEA[75]

42. La Asamblea General de la OEA ha previsto encomendar trabajos en la esfera del comercio electrónico y la protección del consumidor para someter a examen en la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Esa labor abarca la posibilidad de preparar los siguientes instrumentos: una convención sobre aspectos específicos del comercio electrónico que se refieren directamente a cuestiones jurisdiccionales vinculadas a la protección del consumidor[76] y una convención sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo[77].

OCDE[78]

Autenticación

43. En los últimos años los Estados miembros de la OCDE iniciaron la elaboración y aplicación de políticas y leyes relacionadas con la autenticación y las firmas electrónicas. La OCDE proporciona un foro para el intercambio de opiniones y la creación de consenso acerca de determinadas cuestiones normativas y reglamentarias relacionadas con las redes y tecnologías de la información y las comunicaciones, entre ellas, la autenticación por vía electrónica.

44. El Grupo de Trabajo de la OCDE sobre la seguridad de la información y la protección de la vida privada[79], integrado por representantes de los sectores público y privado de los países miembros de la OCDE, ha venido trabajando en cuestiones relacionadas con la autenticación durante varios años. Tanto en las Directrices de la OCDE de 1992 relativas a la seguridad de los sistemas de información[80] como en sus Directrices de 1997 relativas a la política de criptografía[81] se señala la importancia de la integridad de los datos y la seguridad de las redes y los sistemas de información y comunicaciones. En el repertorio de métodos de autenticación y

---

75 http://www.oas.org.

76 Propuesta presentada por el Canadá que se puede consultar en http://www.oas.org/dil/CIDIP-VII_topics_cidip_vii_proposal_canada_10dec2004.htm.

77 Propuesta presentada por el Brasil que se puede consultar en http://www.oas.org/dil/CIDIP-VII_topics_cidip_vii_proposal_consumerprotection_applicablelaw_brazil_17dec2004.htm.

78 http://www.oecd.org/home/.

79 Se dispone de más información acerca de este Grupo de Trabajo en http://www.oecd.org/department/0,2688,en_2649_34255_1_1_1_1_1,00.html.

80 El Consejo de la OCDE aprobó una recomendación con respecto a estas directrices el 26 de noviembre de 1992. Posteriormente, éstas fueron sustituidas por las Directrices de 2002 tituladas "OECD Guidelines for the Security of Information Systems and Networks: Towards a Culture of Security".

81 El Consejo de la OCDE aprobó estas directrices sobre criptografía el 27 de marzo de 1997.

certificación en las redes mundiales elaborado por la OCDE se examinan las actividades de sus países miembros en materia de autenticación y certificación en las redes mundiales, incluidas las leyes, políticas e iniciativas correspondientes de los sectores público y privado en los planos nacional e internacional. En una declaración sobre la autenticación en el comercio electrónico aprobada por la Conferencia Ministerial de Ottawa de octubre de 1998[82] se reconoció la importancia de la autenticación en el comercio electrónico y se esbozaron varias medidas encaminadas a promover la elaboración y utilización de tecnologías y mecanismos de autenticación, entre ellas, la continuación de la labor que se realizaba a nivel internacional conjuntamente con representantes de las empresas, la industria y los usuarios. Los ministros declararon su voluntad de no discriminar contra los métodos de autenticación adoptados por otros países y de enmendar, cuando procediera, las leyes o políticas vigentes en que se establecieran requisitos relativos a la tecnología o a los medios de información que pudieran obstaculizar el comercio electrónico.

45. En 2000 se preparó un repertorio de métodos de autenticación y certificación. En agosto de 2004 la OCDE publicó un informe en que se resumen las respuestas a una encuesta sobre los marcos jurídicos y normativos de los servicios de autenticación electrónica y de la firma electrónica de sus países miembros[83]. La encuesta, formulada en los términos de un estudio análogo de la APEC con objeto de disponer de más elementos de juicio para la comparación, proporcionó información sobre los marcos jurídicos y normativos establecidos por los países miembros de la OCDE en relación con la autenticación electrónica y sobre la reglamentación aplicable a las entidades que prestan servicios de autenticación. Tuvo por objeto determinar los obstáculos jurídicos y reglamentarios que podían impedir la aceptación de los servicios de autenticación electrónica y el reconocimiento de las firmas electrónicas en los diversos países en forma no discriminatoria. En el informe se indicaba que la labor que realizara la OCDE en materia de autenticación debía basarse en los conocimientos especializados adquiridos por la CNUDMI al elaborar la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas y que se debían tener en cuenta las deliberaciones y los trabajos en curso en otros foros internacionales en relación con cuestiones vinculadas a la autenticación (por ejemplo, la APEC) con objeto de evitar la superposición y duplicación de tareas y de hacer que la OCDE se enriqueciera con la experiencia adquirida en otros foros. Otras etapas posteriores previstas en el informe son la determinación y apreciación de las deficiencias de los métodos técnicos y operacionales, por ejemplo, de directrices, prácticas y normas de seguridad.

46. En noviembre de 2004 la OCDE envió un nuevo cuestionario a sus países miembros con objeto de recoger información sobre la utilización de métodos de autenticación en las operaciones transfronterizas. En la próxima reunión del Grupo de Trabajo sobre la seguridad de la información y la protección de la vida privada, que se celebrará en mayo de 2005, se examinará un informe sintetizado con objeto de determinar los servicios de autenticación que se ofrecen y ejemplos de aplicación efectiva de métodos de autenticación en las operaciones transfronterizas, determinar

---

[82] La declaración fue aprobada por los ministros de la OCDE en la conferencia titulada “A Borderless World: Realising the Potential of Global Electronic Commerce”, celebrada en Ottawa (Canadá) del 7 al 9 de octubre de 1998.

[83] El texto del informe figura en http://www.olis.oecd.org/olis/2003doc.nsf/LinkTo/dsti-iccp-reg(2003)9-final.

los obstáculos que existen o pueden existir para la utilización de la firma digital en operaciones transfronterizas desde el punto de vista del proveedor y del usuario e investigar en qué medida los servicios de autenticación que se ofrecen atienden a las necesidades de los usuarios. En el informe también se intentará determinar si el marco jurídico e institucional de los países miembros de la OCDE incorpora un marco internacional o transnacional existente (por ejemplo, la Directiva europea 1999/93/CE, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas).

Bombardeo de mensajes electrónicos

47. Si bien los países de la OCDE han adoptado una serie de medidas e iniciativas para abordar el problema del bombardeo de mensajes electrónicos, en general se reconoce que no hay ningún método que pueda tener éxito sin una estrecha coordinación internacional. En marzo de 2005 la Comisión de Política de Información, Computadores y Comunicaciones de la OCDE celebró una sesión especial de medio día de duración con objeto de examinar nuevas cuestiones pertinentes, como complemento de la iniciación del Anti-Spam "Toolkit", considerado como primer paso en una iniciativa más amplia encaminada a ayudar a los encargados de formular políticas y reglamentaciones y al sector comercial a restablecer la confianza en la Internet y el correo electrónico[84]. En 2004 la OCDE también inició un estudio con objeto de reunir información acerca de la legislación en la materia y sobre las autoridades de los países miembros encargadas de aplicarlas y alentó a los países que no son miembros de la OCDE a que proporcionaran información al respecto. A partir de esa información se elaboró una lista con las señas de los organismos competentes que se puede consultar en línea[85].

Repercusiones del comercio electrónico en el desarrollo

48. La OCDE procura determinar la manera en que las posibilidades que abre el comercio electrónico repercuten en las perspectivas de desarrollo de los países de economía incipiente. Ha publicado varios informes relacionados con el comercio electrónico, entre ellos un documento titulado "Policies and Institutions For E-Commerce Readiness: What Can Developing Countries Learn From OECD Experience?"[86], en el que se examinan los elementos fundamentales de la política y el marco institucional del comercio electrónico de sus países miembros y se intenta determinar su aplicabilidad y adaptabilidad a los países en desarrollo[87]. La OCDE ha publicado otros informes, entre ellos un resumen del informe del taller del panel de expertos en contenido digital en banda ancha[88], y otro titulado "ICT, E-Business and Small and Medium Enterprises", en el que se imparte orientación sobre directrices normativas encaminadas a promover entornos comerciales apropiados para emprender negocios electrónicos y utilizar tecnologías de la información y las

---

[84] La labor de la OCDE en relación con el bombardeo de mensajes electrónicos se puede consultar en línea en http://www.oecd.org/department/0,2688,en_2649_22555297_1_1_1_1_1,00.html.

[85] http://www.oecd.org/document/3/0,2340,en_2649_22555297_34409283_1_1_1_1,00.html.

[86] http://www.oecd.org/dataoecd/17/38/2081349.pdf.

[87] Los elementos fundamentales comprenden los siguientes aspectos: mejorar el acceso a los servicios de telecomunicaciones y de la Internet; inspirar confianza en el comercio electrónico a los usuarios y los consumidores, y establecer normas básicas para el mercado digital.

[88] http://www.oecd.org/dataoecd/53/39/34579763.pdf.

comunicaciones y programas indicativos para subsanar las deficiencias del mercado, en la medida en que sean necesarios en determinadas zonas[89].

La tributación y la determinación del lugar en que están situadas las partes

49. La OCDE también viene examinando la relación entre el comercio electrónico y la tributación. En las Condiciones Marco de Ottawa de 1998 sobre la Tributación se prevé que las normas que regulan el impuesto sobre el consumo en el comercio electrónico transfronterizo darán lugar a tributación en el país en que se consuma el producto[90]. En enero de 2004 la OCDE publicó un proyecto de documento de debate relativo a la idoneidad de las normas tributarias convencionales vigentes que regulan el impuesto sobre las utilidades de las empresas en relación con el comercio electrónico[91].

50. En el marco de su labor sobre los aspectos internacionales de la tributación, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE introdujo modificaciones en el comentario relativo al artículo 5 del Convenio Modelo sobre la doble tributación por concepto de ingresos o de capital (el Convenio Modelo de la OCDE sobre Tributación) con objeto de abordar la cuestión de la aplicación de la definición de establecimiento permanente, en el sentido que se le da en el Convenio Modelo, al comercio electrónico. En la recomendación se distinguía entre un sitio web y los servidores mediante los cuales se almacenan y utilizan los sitios web y se concluía que, en determinadas circunstancias, un servidor podía constituir un establecimiento permanente a efectos de la tributación. Esa información se examina más a fondo en los párrafos 13 a 17 del documento A/CN.9/WG.IV/WP.104.

51. El programa de trabajo futuro del Subgrupo de la OCDE sobre Comercio Electrónico (WP9)[92] abarca los siguientes aspectos: la verificación de la jurisdicción declarada de la residencia del cliente en las operaciones en línea de la empresa con el consumidor; la verificación de la condición del cliente; los umbrales de registro; los mecanismos de reunión de información por medio de tecnología o con apoyo tecnológico y la cooperación administrativa internacional en esa esfera, y las estrategias a largo plazo para explotar el potencial de los mecanismos basados en tecnología. En lo que respecta a la verificación de los establecimientos comerciales, el WP9 procura elaborar un conjunto de normas prácticas para definir el establecimiento comercial del receptor que se deberán tener en cuenta en las operaciones realizadas entre empresas en que la empresa cliente tiene varios establecimientos (por ejemplo, la sede en un país y las filiales en otros), e investigar y evaluar opciones que faciliten y promuevan la utilización de material electrónico,

---

[89] http://www.oecd.org/dataoecd/17/38/2081349.pdf.

[90] La aplicación de este principio suele plantear dificultades en la práctica. Por ejemplo, la dirección impositiva del país en que está situado el cliente puede tener problemas para recaudar y remitir los impuestos correspondientes, ya que tal vez no exista una relación jurisdiccional entre esa entidad y el proveedor. De modo análogo, el proveedor puede tener problemas para cumplir las normas fiscales del país en que está situado el cliente. Para obtener más información al respecto, véase el informe de la OCDE titulado "Electronic Commerce: Facilitating Collection of Consumption Taxes on Business to Consumer Cross-Border Electronic Commerce Transactions".

[91] http://www.oecd.org/dataoecd/2/38/20655083.pdf.

[92] El informe figura en http://www.oecd.org/document/46/0,2340,en_2649_37441_1834414_1_1_1_37441,00.html.

entre otras cosas, facturas, informes y registros. En el artículo 6 del proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales se ha abordado la cuestión de determinar el lugar en que está situado el establecimiento de las partes en una operación electrónica (véase el documento A/CN.9/577).

OMA

52. La OMA promueve y administra la armonización de las normas y los procedimientos aduaneros de sus miembros[93]. Habida cuenta de la expansión del transporte internacional, la tecnología de la información y el comercio electrónico, se consideró que las prácticas y los sistemas adoptados en cumplimiento del Convenio de Kyoto[94] eran incompatibles con las prácticas comerciales modernas. En el Convenio de Kyoto revisado[95] se estableció una nueva estructura mediante la cual pueden aplicarse y regularse las prácticas comerciales modernas, entre ellas el comercio electrónico[96], ya que se tienen en cuenta y se adoptan métodos y sistemas flexibles para adaptarse a los cambios que se producen en el comercio internacional. Además, en 2001 el Consejo de la OMA aprobó una declaración sobre el comercio electrónico (la Declaración de Bakú) en la que se reconocen las posibles consecuencias sociales y económicas del comercio electrónico para los países, en particular los países en desarrollo. En la Declaración se invitaba a los miembros de la OMA a que adoptaran determinadas medidas y se solicitaba a la OMA que elaborara una política estratégica y un plan de acción coherentes sobre el comercio electrónico[97]. En diciembre de 2004 la Comisión de Política de la OMA aceptó el proyecto de marco de normas destinadas a proteger y a facilitar el comercio mundial. Uno de los elementos principales del proyecto de marco es armonizar la información del manifiesto electrónico anticipado a fin de poder evaluar los riesgos. En la Conferencia de la OMA que se celebrará en mayo de 2005[98] se complementarán las deliberaciones de la Conferencia anterior, celebrada en 2003[99], con objeto de examinar, entre otras cosas, la función de las aduanas en el sistema comercial mundial y la forma en que las prácticas aduaneras pueden beneficiar a las actividades comerciales. La Conferencia de la OMA sobre tecnología de la información celebrada en abril de 2005[100] constituyó un foro propicio para que los

---

93 http://www.wcoomd.org/ie/En/AboutUs/aboutus.html.

94 El Convenio internacional para la simplificación y armonización de los procedimientos aduaneros (el Convenio de Kyoto), que entró en vigor el 25 de septiembre de 1974, fue el principal instrumento utilizado por la OMA para ejercer sus funciones y por sus miembros para regular y aplicar las políticas aduaneras.

95 En junio de 1999 el Consejo de la OMA aprobó el Convenio Internacional revisado para la simplificación y armonización de los procedimientos aduaneros (el Convenio de Kyoto revisado) como plan maestro actualizado de procedimientos aduaneros modernos y eficientes para el mundo actual: http://www.wcoomd.org/ie/En/AboutUs/aboutus.html: "The Kyoto Convention: Customs contributing to the development of international trade."

96 El Convenio de Kyoto revisado entrará en vigor una vez que el Protocolo de Enmienda cuente con la ratificación o adhesión de 40 Partes Contratantes.

97 http://www.wcoomd.org/ie/En/Topics_Issues/topics_issues.html:"WCO Strategy Paper: Customs and E- Commerce", pág. 2.

98 Conferencia de la OMA, Bakú (Azerbaiyán), 19 a 21 de mayo de 2005.

99 En Budapest (Hungría).

100 En Estambul (Turquía), del 27 al 29 de abril de 2005.

expertos en cuestiones comerciales y aduaneras examinaran las mejores prácticas en materia de tecnología de la información.

c) Organizaciones no gubernamentales internacionales

Cámara de Comercio Internacional

53. La Comisión de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) para el comercio electrónico y la tecnología de la información y las telecomunicaciones es el órgano rector de los siguientes grupos de tareas especiales: el Grupo de Tareas sobre la Privacidad y la Protección de los Datos Personales[101]; el Grupo de Tareas sobre la Internet y los Servicios de Tecnología de la Información[102]; el Grupo de Tareas sobre la Competencia Judicial y la Ley Aplicable (conjuntamente con la Comisión de Derecho y Práctica Comercial)[103]; el Grupo de Tareas sobre la Política del Consumidor en el Comercio Electrónico; el Grupo de Tareas sobre Seguridad y Autenticación[104] y el Grupo de Tareas sobre Contratación Electrónica (conjuntamente con la Comisión de Derecho y Práctica Comercial)[105].

---

[101] Este Grupo de Tareas analiza las repercusiones de los marcos reglamentarios en la esfera de la privacidad y la protección de la información y formula las posiciones de las empresas al respecto. Ha hecho aportes detallados al examen realizado por la Unión Europea de la Directiva General de1995 relativa a la protección de los datos personales y actualmente viene elaborando una declaración sobre la política de protección de la información y los recursos humanos. También elabora instrumentos prácticos para que utilicen las empresas de todo el mundo a efectos de aplicar la reglamentación pertinente, por ejemplo, las cláusulas contractuales opcionales sobre las corrientes de información a través de las fronteras, y ha emprendido trabajos sobre la utilización de códigos de conducta para facilitar las corrientes de información entre las regiones que poseen regímenes diferentes en materia de privacidad.

[102] Este Grupo de Tareas, integrado por miembros de la Comisión de la CCI sobre la Propiedad Intelectual, aborda cuestiones de gobernanza de la Internet relacionadas con la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) y otras cuestiones relativas a la gestión técnica de la Internet. También procura establecer un entorno comercial para los servicios de tecnología de la información en apoyo de la innovación.

[103] Este Grupo de Tareas, en el que participan expertos de la Comisión de la CCI sobre Derecho y Práctica Comercial (CLP), aborda importantes iniciativas jurídicas mundiales y regionales que afectan al comercio electrónico, especialmente a la luz de las cuestiones críticas relativas a la competencia judicial y la ley aplicable que plantea su carácter transfronterizo. La labor examinada abarca el proyecto de convenio mundial de La Haya sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil y los intentos de la Comisión Europea por modificar el Convenio de Roma. La posición de las empresas al respecto se refleja en la Declaración de política de la CCI titulada “La competencia y la ley aplicable en el comercio electrónico”, formulada por el ex Comité Especial del Proyecto sobre el Comercio electrónico en junio de 2001. El Grupo también ha elaborado una guía sobre competencia y ley aplicable en términos claros y comprensibles para las personas que no son juristas.

[104] Este Grupo de Tareas se encarga de examinar cuestiones relacionadas con la seguridad y la reglamentación de la política de autenticación que revisten importancia para las empresas usuarias. El Grupo de Tareas está por finalizar un conjunto de instrumentos de seguridad de la información encaminado a dar a conocer y priorizar los principios de la seguridad de la información entre las empresas más pequeñas y las empresas de los países en desarrollo. También ha puesto a disposición de las empresas usuarias de todo el mundo instrumentos prácticos como las directrices sobre uso general en el comercio internacional asegurado digitalmente (GUIDEC), encaminadas a garantizar la fiabilidad de las transacciones digitales por la Internet, en que se indica la manera de utilizar la firma digital.

[105] Este Grupo de Tareas participa en el Grupo de Trabajo IV (Comercio electrónico) de la CNUDMI, en

54. La Comisión de Derecho y Práctica Comercial (CLP) de la CCI procura facilitar el comercio internacional y promover un marco reglamentario y autorreglamentario equitativo y equilibrado para las operaciones internacionales entre empresas[106]. La CLP preparó un proyecto de principios de contratación electrónica y prestó asistencia a la iniciativa de la Comisión Europea encaminada a armonizar el derecho contractual europeo mediante la revisión del Convenio de Roma.

55. En coordinación con un grupo amplio denominado Alliance for Global Business (AGB)[107], la CCI actualiza anualmente el Plan de Acción Mundial para el negocio electrónico (GAP), documento de referencia mundial en el que consta la política básica de muchos grupos empresariales y que sirve, entre otras cosas, para vincular todas las cuestiones de política relativas al negocio electrónico que se abordan en los planos nacional e intergubernamental. La tercera edición del Plan de Acción Mundial para el negocio electrónico se distribuyó y se incorporó al sitio web de la CCI a fines de julio de 2002[108].

56. La Comisión para el comercio electrónico y la tecnología de la información y las telecomunicaciones también prepara todos los años el compendio de la CCI sobre política y práctica en materia de tecnología de la información y las comunicaciones y los negocios electrónicos a fin de presentarlo a la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI)[109]. En el compendio se consignan declaraciones sobre la política de la CCI con respecto a temas mundiales como la reglamentación de la banda ancha, la privacidad y el contenido. También se enuncian las respuestas de la CCI a iniciativas concretas en materia de política sobre la tecnología de la información y las comunicaciones y los negocios electrónicos, entre ellas las directivas europeas, se indican las repercusiones en esas tecnologías de los compromisos comerciales internacionales y también se proporciona información sobre los instrumentos pertinentes de la CCI y las mejores prácticas que alientan a las empresas, en particular a las pequeñas y medianas empresas, a desarrollar eficazmente sus relaciones con los consumidores en línea. Por último, el compendio abarca las cláusulas contractuales modelo de la CCI para la transferencia transfronteriza de datos personales, presentadas a la Comisión Europea en septiembre de 2003 para someterlas a la aprobación del Grupo de Trabajo sobre protección de los datos, establecido en virtud del artículo 29 de la Directiva europea 95/46/CE. Las cláusulas tienen por objeto proporcionar opciones a las empresas para que puedan transferir datos personales de la Unión Europea a otros países cumpliendo los requisitos de protección de información establecidos en esa Directiva.

---

particular en su labor actual relativa a la contratación electrónica.

[106] Figura más información sobre la CLP en http://www.iccwbo.org/law/commission/.

[107] La Alliance for Global Business está integrada por el Comité Asesor de la OCDE sobre el Comercio y la Industria (BIAC), la Comisión de la Infraestructura Mundial de la Información, la Cámara de Comercio International (CCI), el Grupo de Usuarios de Telecomunicaciones Internacionales y la Alianza Mundial de Tecnología de la Información y Servicios Conexos (WITSA).

[108] http://www.iccwbo.org/home/e_business/word_documents/3rd%20Edition%20Global%20Action%20Plan.pdf.

[109] El compendio figura en el sitio web de la CCI: http://www.iccwbo.org/home/e_business/policy/ICC%20compendium%20on%20ICT%20and%20E-Business%20policy%20and%20practice.pdf.

Tercera parte

I. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

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

II. ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL DEDICADAS A LA PREPARACIÓN DEL PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Acta resumida de la 794ª sesión, celebrada en el Centro Internacional de Viena, el lunes 4 de julio de 2005, a las 10.00 horas

[A/CN.9/SR.794]

Presidente provisional: Sr. Sekolec (Secretario de la Comisión)

Presidente: Sr. Chan (Singapur), (Vicepresidente)

Se declara abierta la sesión a las 10.25 horas.

Apertura del período de sesiones

1. **El Presidente provisional** declara abierto el 38º período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, en adelante, la Comisión).

Elección de la Mesa

2. **El Sr. Hidalgo Castellanos** (México) propone la candidatura del Sr. Pinzón Sánchez (Colombia) para el cargo de Presidente.

3. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) apoya la candidatura.

4. *El Sr. Pinzón Sánchez (Colombia) es elegido Presidente por aclamación.*

5. **El Presidente provisional**, señalando que el Presidente ha sido elegido sin estar presente, dice que la Comisión debe proceder de inmediato a elegir un Vicepresidente que dirija los debates sobre el tema 4 del programa. Más adelante se elegirán otros dos vicepresidentes y un relator.

6. **El Sr. Meena** (India) propone la candidatura del Sr. Chan (Singapur) para el cargo de Vicepresidente.

7. **El Sr. Esfahaninezhad** (República Islámica del Irán) apoya la candidatura.

8. *El Sr. Chan (Singapur) es elegido Vicepresidente por aclamación y ocupa la Presidencia.*

Aprobación del programa (A/CN. 9/567)

9. *Queda aprobado el programa.*

Conclusión y aprobación de un proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (A/CN.9/571, 573, 577 y Add.1, 578 y Add.1 a 17)

10. **El Presidente** dice que el proyecto de convención que figura en el anexo al documento A/CN.9/577 es el resultado de los debates que ha celebrado el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) durante un período de casi tres años. El Grupo de Trabajo ha recomendado la versión actual del proyecto a la Comisión para que la examine y, si lo considera oportuno, la apruebe. Si la Comisión aprueba el proyecto de convención, tendrá que decidir si recomienda que sea la propia Asamblea General la que la apruebe como convención de las Naciones Unidas, o que se apruebe en el marco de

una conferencia diplomática convocada por la Asamblea General.

11. El Grupo de Trabajo se ha ocupado de los aspectos técnicos del proyecto de convención. La labor de la Comisión consiste en examinar el texto desde una perspectiva jurídica. Las cuestiones que se han debatido en el Grupo de Trabajo no tienen que volver a plantearse ante la Comisión a menos que estén directamente relacionadas con posiciones políticas en relación con el texto. Tampoco es necesario volver a examinar en detalle las observaciones que se han presentado por escrito (A/CN.9/578 y adiciones).

12. **El Presidente** propone que la Comisión examine los artículos sustantivos del proyecto de convención (capítulos I a III) y las disposiciones finales (capítulo IV) antes de examinar el proyecto de preámbulo.

13. *Así queda acordado*.

Observaciones generales

14. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que el proyecto de convención incluye algunas de las soluciones comprendidas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (Nueva York, 1996). Con miras a eliminar los obstáculos jurídicos al comercio electrónico, reconoce la equivalencia funcional entre los documentos electrónicos y los documentos en papel siempre que se garantice debidamente su archivo. Aunque cabe felicitarse por ello, otro problema que ha surgido recientemente es la necesidad de garantizar la confianza en las comunicaciones electrónicas. Lamentablemente, el contenido normativo del proyecto de convención, especialmente por lo que respecta al concepto de establecimiento, que desempeña un papel fundamental a la hora de generar confianza en las comunicaciones electrónicas, es deficiente. Aparentemente, el Grupo de Trabajo se ha dejado influir por los argumentos que alegan que los operadores pueden tener un "domicilio virtual".

15. Aunque existe algún precedente, el ámbito de aplicación territorial del proyecto de convención es mucho más amplio que el de la mayoría del resto de las convenciones internacionales de derecho mercantil. En su forma actual, el proyecto de convención sería aplicable a Estados que no la hayan firmado ni ratificado y solo se requerirá un pequeño número de ratificaciones para que el texto sea de aplicación universal. El precedente que ello sentaría sería preocupante: una de las reglas de oro del derecho internacional es que las convenciones solo se deben aplicar a los Estados que las han ratificado. Por lo tanto, considera necesario revisar el ámbito de aplicación del proyecto de convención a fin de limitarlo. Lamentablemente, su delegación no puede garantizar que esté en condiciones de apoyar el proyecto de convención en su forma actual.

16. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que, en general, su delegación apoya el texto presentado por considerar que supone un destilado eficaz de la legislación pertinente que facilitará el desarrollo económico de todas la regiones y de países que se encuentran en distintas etapas del desarrollo. Además, el texto es lo suficientemente flexible como para dar cabida a los cambios que se produzcan en las prácticas, las tecnologías y las aplicaciones económicas de las nuevas metodologías comerciales del comercio electrónico.

17. Su delegación apoya el amplio ámbito de aplicación del proyecto de convención, que permitirá aplicar unas normas sólidas al comercio electrónico en muchas esferas de actividad. Al propio tiempo, apoya los proyectos de artículos 18 y 19, que permiten a los Estados limitar la aplicación del proyecto de convención si así lo consideran oportuno. El proyecto de convención no será aplicable en ningún Estado que no haya ratificado el instrumento o que no aplique sus disposiciones de alguna otra forma.

Capítulo I. Esfera de aplicación

Artículo 1. Ámbito de aplicación

18. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que la Comisión debe tener en cuenta la relación lógica entre los proyectos de artículos 1, 18 y 19.

19. El artículo 1 del proyecto de convención en su forma actual refleja el acuerdo final alcanzado por el Grupo de Trabajo en su 44º período de sesiones. La versión original del artículo era similar al artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena, 1980) ("la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa") en el sentido

de que, para que se aplique el proyecto de convención, los establecimientos de ambas partes deben estar ubicados en Estados Contratantes. En el proyecto de convención se estipula también, como en la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa, que sus disposiciones se aplicarán si las normas del derecho internacional privado entrañan la aplicación de la legislación de un Estado Contratante aunque una de las partes no esté ubicada en un Estado Contratante. Una tercera posibilidad, no contemplada en la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa, es que el proyecto de convención se aplique si ambas partes están de acuerdo.

20. Tras prolongados debates, el Grupo de Trabajo decidió, en su último período de sesiones, que no era necesario que el ámbito de aplicación del proyecto de convención fuera similar al de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa. Su ámbito de aplicación se limitaría innecesariamente en si se requería que ambas partes estuvieran establecidas en Estados Contratantes. Además, la finalidad de la disposición de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa es permitir a las partes en un contrato determinar de antemano si se aplica o no la Convención. Prevé la aplicación autónoma, lo que significa que cuando los tribunales de un Estado Contratante de la Convención sobre compraventa tengan que emitir un dictamen en una diferencia sobre un contrato de compraventa aplicarán automáticamente la Convención si ambas partes en el contrato están establecidas en Estados Contratantes, sin tener que determinar primero si la legislación de esos Estados Contratantes es aplicable al contrato en cuestión. La finalidad de la disposición es garantizar una mayor seguridad jurídica.

21. Ello no es necesariamente deseable en el presente contexto. Por su propia naturaleza, el proyecto de convención no requiere la aplicación autónoma. En varios proyectos de artículos se hace referencia a disposiciones jurídicas que tendrían que aplicar los tribunales de Estado de la jurisdicción, y el razonamiento que ha conducido a la versión definitiva del proyecto de artículo 1 es que el proyecto de convención es aplicable siempre que el Estado de la jurisdicción sea un Estado Contratante. La formulación actual del proyecto de artículo 18 permite alegar exclusiones, lo que es preferible a limitar el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 1.

22. Por lo tanto, el proyecto de convención es aplicable si se trata de un contrato internacional, es decir, si las partes están establecidas en distintos Estados. Existen algunos precedentes. La Ley Uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías, aprobada en virtud de una Convención (La Haya, 1964), que ha sido ratificada por varios Estados europeos, contiene una disposición similar: la Convención se aplica a todos los contratos internacionales de compraventa sin que sea necesario que ambas partes estén establecidas en Estados que hayan ratificado la Convención.

23. Un punto que tal vez debiera aclarar la Comisión, como ha señalado con razón la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (A/CN.9/578/Add.6), es que la redacción del artículo 1 da a entender que el ámbito de aplicación es autónomo en la medida de que, cuando el Estado de la jurisdicción sea un Estado Contratante y las partes en un contrato concertado por medios electrónicos estén establecidas en dos Estados distintos, el proyecto de convención se aplicaría automáticamente y el tribunal del Estado de la jurisdicción no tendría que determinar primero si se aplica su propia legislación. Esa interpretación parece confirmarse en el enunciado actual del artículo 18, dado que la posibilidad de excluir un contrato del ámbito de aplicación del proyecto de convención de conformidad con el apartado b) del párrafo 1 del proyecto de artículo 18 no tendría sentido si en el proyecto de artículo 1 se requiriera que la legislación aplicable fuera la del Estado de la jurisdicción. La Comisión debería aclarar si el proyecto de artículo 1 requiere que se determine previamente si se aplica la legislación del Estado de la jurisdicción, en cuyo caso habría que revisar el proyecto de artículo 18, o si en el proyecto de artículo 1 se establece un ámbito de aplicación autónomo, en cuyo caso no sería preciso modificar el proyecto de artículo 18.

24. En el párrafo 1 del proyecto de artículo 1 se han añadido las palabras “o acuerdo” entre corchetes porque la lista de instrumentos que figura en el párrafo 1 del proyecto de artículo 19 incluye la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras

(Nueva York, 1958) ("la Convención de Nueva York"), en la que se utiliza el término "acuerdo" en vez del término "contrato" para referirse a los acuerdos de arbitraje.

25. Los párrafos 2 y 3 del artículo 19 no han sufrido prácticamente ningún cambio.

26. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que el ámbito de aplicación del proyecto de convención es muy amplio porque se aplica a los Estados sin tener en cuenta si se han adherido a ella. De acuerdo con las normas del derecho internacional privado, en virtud de instrumentos como el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma, 1980), las partes gozan de libertad considerable para elegir qué legislación se debe aplicar. Por lo tanto, considera que, en la práctica, el que el ámbito de aplicación del proyecto de convención fuera más limitado, como el previsto para la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa, no resultaría restrictivo.

27. En su forma actual, el proyecto de artículo 1 sentaría un precedente negativo porque parece impugnar el principio básico del derecho internacional en virtud del cual una convención solo debe aplicarse a los Estados que son partes en ella. El ámbito de aplicación propuesto no está en conformidad con los de los instrumentos del derecho mercantil internacional vigentes. La Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la formación de contratos para la compraventa internacional de mercaderías mencionada por la Secretaría todavía no ha entrado en vigor. La Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa se aplica a los contratos entre partes establecidas en distintos Estados cuando éstos son Estados Contratantes o cuando las normas del derecho internacional privado dan lugar a la aplicación de la legislación de un Estado Contratante; la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995) se aplica a las promesas internacionales si el establecimiento del garante/emisor en el que se haya emitido la promesa se encuentra en un Estado Contratante; la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 2001) se aplica a las cesiones de créditos si, en el momento de concluir el contrato de cesión, el cedente estaba establecido en un Estado Contratante; la Convención relativa al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (Ginebra, 956) se aplica a los contratos cuando, según se especifica en el contrato, el lugar en el que se cargan las mercancías y el lugar de entrega previsto se encuentran en dos países distintos, de los que al menos uno es un Estado Contratante. Ninguna de esas convenciones se aplica a Estados que no tengan ninguna vinculación con ellas. Tanto por motivos técnicos como de política, es importante regresar a las normas establecidas del derecho mercantil internacional y del derecho internacional en general.

28. **El Sr. Yamamoto** (Japón) dice que su delegación apoya, en general, la formulación del artículo 1 leído conjuntamente con los artículos 18 y 19 del proyecto de convención. Sin embargo, parecería que existen dos interpretaciones. La primera, recogida en el párrafo 32 de la nota de la Secretaría sobre información de antecedentes (A/CN.9/577/Add.1), es que el proyecto de convención sólo es aplicable cuando las normas del derecho internacional privado del Estado de la jurisdicción dan lugar a la aplicación de la legislación de un Estado Contratante. La segunda, sugerida por la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (A/CN.9/578/Add.6), es que el proyecto de convención también es aplicable en los casos en los que el Estado de la jurisdicción es un Estado Contratante, cualquiera que sea la legislación aplicable.

29. Es importante determinar claramente cuál es la intención de la Comisión por lo que respecta al ámbito de aplicación y reflejarla debidamente en el comentario oficial, ya que, de no ser así, cada Estado Contratante podría aplicar su propia interpretación, lo que socavaría la predecibilidad comercial. Su delegación considera que ambas interpretaciones presentan ventajas. La opinión de la Secretaría de que, a diferencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa, el proyecto de convención no se aplica de manera autónoma coincide con la opinión manifestada por el Grupo de Trabajo en su 44º período de sesiones. Esa interpretación respeta en mayor medida la intención de los Estados Contratantes que han formulado declaraciones en relación con los proyectos de artículos 18 y 19, dado que el tribunal del Estado de

la jurisdicción sólo estaría obligado a aplicar la convención si las normas del derecho internacional privado del Estado en cuestión dieran lugar a la aplicación de la legislación del Estado Contratante. Sin embargo, si la Comisión opta por la segunda interpretación, el tribunal del Estado de la jurisdicción, en caso de que éste sea Estado Contratante, no tendrá que determinar qué legislación es la aplicable. Ese enfoque tiene la ventaja de que garantiza la seguridad jurídica.

30. Por otra parte, no sería adecuado determinar de antemano cómo proceder en los casos en los que el Estado de la jurisdicción no sea un Estado Contratante, habida cuenta de que el proyecto de convención no es vinculante para esos Estados. La legislación aplicable sólo podría determinarse en virtud de las normas del derecho internacional privado del Estado no contratante.

31. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que el Grupo de Trabajo ha examinado en profundidad los problemas que plantea el proyecto de artículo 1. Su delegación apoya la conclusión a la que ha llegado el Grupo de que el ámbito de aplicación del proyecto de convención debería ser lo más amplio posible con el fin de mejorar la aplicación general de las normas del comercio electrónico, a la vez que se tienen en cuenta preocupaciones como las manifestadas por la delegación de Francia. El apartado a) del párrafo 1 del proyecto de artículo 18 pone a disposición de los Estados la opción de limitar el ámbito de aplicación como ha sugerido Francia. El párrafo 2 del artículo 18 y los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 19 también comprenden disposiciones amplias en materia de exclusión. Por otra parte, establecer de entrada la posibilidad de exclusiones privaría a muchos Estados de los beneficios del proyecto de convención en muchas esferas de actividad.

32. Propone que se supriman las palabras “o acuerdo” que figuran entre corchetes en el proyecto de artículo 1 porque la diferencia entre el término “acuerdo” en la Convención de Nueva York y el término “contrato” en el proyecto de convención se puede explicar fácilmente en el comentario. Podría interpretarse equivocadamente que las palabras “o acuerdo” significan “acuerdo internacional”.

33. Por último, su delegación está de acuerdo con la recomendación de la Secretaría sobre la cuestión planteada por la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

34. **El Sr. Mitrovic** (Serbia y Montenegro) dice que la manera en que los Estados Contratantes apliquen el proyecto de convención en la práctica dependerá de las distintas posibilidades que se prevén en el proyecto de artículo 18. La primera de esas posibilidades es que ambas partes estén establecidas en Estados Contratantes. La segunda es que las normas del derecho internacional privado den lugar a la aplicación de la legislación de un Estado Contratante. Se supone que las normas establecidas en virtud del proyecto de convención pasarán a formar parte de la legislación nacional del Estado Contratante y, como tales, serán aplicables en caso de conflicto entre las disposiciones jurídicas. La tercera posibilidad es que las partes acuerden que el proyecto de convención se aplique tanto si se ha ratificado como si no.

35. Si un Estado no hace una declaración al amparo del proyecto de artículo 18, no estará claro si pueden darse las tres posibilidades. A su entender, desde un punto de vista jurídico, sería más lógico que en el proyecto de artículo 1 se pidiera a los Estados Contratantes que aplicaran la convención cuando ambas partes estuvieran establecidas en Estados Contratantes, dejando abierta la posibilidad de que un Estado formulara una declaración sobre las circunstancias descritas en los apartados b) y c) del párrafo 1 del proyecto de artículo 18.

36. **El Presidente** dice que el argumento a favor de limitar el ámbito de aplicación del proyecto de convención a las partes que están establecidas en Estados Contratantes se basa en una norma del derecho internacional en el sentido de que no se debe limitar en modo alguno la soberanía de los Estados sin su consentimiento previo. Pregunta a la Secretaría si el texto incluye alguna disposición que obligue a un Estado no contratante a adoptar medidas en aplicación del proyecto de convención.

37. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que no puede alegarse que la formulación del proyecto de convención requiera que un Estado no contratante aplique ninguna disposición. La cuestión de los posibles efectos de la convención en un Estado que

no la haya ratificado solo se plantearía en el caso de que una diferencia se sometiera al tribunal de un Estado no contratante que, al aplicar sus propias normas de derecho internacional privado, llegara a la conclusión de que la legislación aplicable a una transacción determinada es la legislación de un Estado Contratante de la convención. En ese caso, el tribunal podría aplicar la convención, no porque tenga la obligación internacional de hacerlo sino porque la convención habrá pasado a formar parte de la legislación del país extranjero, como ya ha sucedido, por ejemplo, en virtud del apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa.

38. El argumento de que el proyecto de artículo 1 tiene el efecto de hacer que el proyecto de convención sea aplicable a Estados que no lo han aprobado sería quizás más pertinente en el contexto de convenciones que se ocupan de la colaboración judicial o de las normas del derecho internacional público. Sin embargo, en el ámbito del derecho internacional privado, un tribunal puede estar obligado por la propia legislación nacional a aplicar una ley extranjera, lo que entraña la aplicación de leyes que el Estado en cuestión no ha aprobado ni aceptado. En ese contexto, el proyecto de convención tendría rango de ley que un Estado extranjero ha tomado la decisión soberana de incluir en su ordenamiento jurídico nacional. Como resultado de ello, los interlocutores comerciales serán conscientes de que existen disposiciones similares aplicables en gran número de Estados, lo que mejorará la seguridad jurídica, coincidiendo con el objetivo del proyecto de convención.

39. **El Presidente**, hablando desde su experiencia como Presidente del Grupo de Trabajo, confirma que la intención de éste era que la convención solo se aplicara a los Estados Contratantes.

40. **La Sra. Schulz** (Observadora de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado) está de acuerdo en que el único caso en que el proyecto de convención podría tener que aplicarse a un Estado no contratante sería que la legislación nacional de ese Estado así lo requiriera.

41. **El Sr. Meena** (India) propone que se supriman las palabras “o acuerdo” que figuran entre corchetes en el párrafo 1 del proyecto de artículo 1, o que se añada un comentario explicativo para aclarar su finalidad.

42. **El Sr. Buttimore** (Observador de Irlanda) dice que está a favor del párrafo 1 del artículo 1 en su forma revisada porque no solo proporciona seguridad jurídica sino también flexibilidad a los Estados que deseen limitar el alcance del proyecto de convención. Las preocupaciones manifestadas por el representante de Francia se resuelven mediante la vinculación del proyecto de artículo 1 al proyecto de artículo 18. El único riesgo para un Estado no contratante es que puede verse obligado a aplicar la convención a una transacción o diferencia concretas. Apoya la propuesta de que se supriman las palabras “o acuerdo”.

43. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que de los distintos puntos de vista manifestados se desprende claramente que el proyecto de artículo 1 se puede interpretar de varias maneras. Si el ámbito de aplicación del proyecto de convención es el mismo que el de la Convención sobre compraventa, que parecería ser la interpretación que goza de más aceptación, no considera que exista ninguna razón para incluir una cláusula tan inhabitual. Advierte del peligro de sentar un precedente que pueda hacer que la convención sea aplicable a un Estado que no la haya aprobado o incluso que sea de aplicación universal aunque solo la haya ratificado un pequeño número de Estados.

44. **El Sr. D’Allaire** (Canadá) dice que el proyecto de artículo 1 no debe examinarse de manera aislada sino conjuntamente con los proyectos de artículos 18 y 19. Se trata de determinar si las disposiciones del proyecto de convención podrían acabar aplicándose en caso de que una diferencia relacionada con un contrato concertado entre dos partes establecidas en Estados no contratantes se rigiera, por algún motivo, por la legislación de un tercer Estado que sí hubiera ratificado el proyecto de convención. Afirma que esos casos no son inhabituales en el contexto del derecho contractual. Por consiguiente, su delegación está en condiciones de aceptar el proyecto de artículo 1.

45. Es partidario de que se supriman las palabras “o acuerdo” por considerar que pueden inducir a error.

46. Por último, no considera oportuno que se establezcan analogías con la Convención sobre

compraventa porque el proyecto de convención es un instrumento interpretativo y no hay por qué temer apartarse del molde establecido en convenciones anteriores.

47. **El Sr. Yang Lixin** (China) dice que su delegación es partidaria de que se incluyan las palabras "o acuerdo" por mor de una mayor coherencia con el proyecto de artículo 19. Sin embargo, cree que se podría lograr el mismo objetivo si se incluyera un comentario en el que se definiera el término "contrato".

48. **El Sr. Sandoval** (Chile) señala que los Estados que deseen limitar el ámbito de aplicación del proyecto de convención podrán hacerlo en virtud de los proyectos de artículos 18 y 19. Apoya la supresión de las palabras "o acuerdo".

49. **El Sr. Chong** (Singapur) apoya las observaciones formuladas por el observador de Irlanda, el representante de los Estados Unidos y la Secretaría sobre el ámbito de aplicación previsto para el proyecto de artículo 1, leído conjuntamente con los proyectos de artículos 18 y 19. La inquietud manifestada por la delegación de Francia con respecto a una posible antigüedad en la formulación podría solucionarse incluyendo un comentario. Apoya la propuesta de que se supriman las palabras "o acuerdo" y de que se hagan las aclaraciones pertinentes en el comentario.

50. **El Sr. Boulet** (Bélgica) subraya que, dada su condición de instrumento interpretativo, el proyecto de convención no sería un instrumento aislado sino que se aplicaría conjuntamente con la legislación nacional declarada aplicable al asunto en cuestión o con una convención internacional cuyo ámbito de aplicación podría verse afectado negativamente por un enfoque innecesariamente restrictivo. Por lo tanto, apoya la formulación actual del proyecto de artículo 1. El proyecto de convención no establece normas sustantivas sino que ofrece orientación sobre la forma de interpretar las normas vigentes. Su carácter sui generis le confiere un ámbito de aplicación distinto.

51. **El Sr. Madrid Parra** (España) dice que está de acuerdo con la explicación de la Secretaría y apoya la propuesta de incluir una aclaración en el comentario para tranquilizar a los que están preocupados por que el ámbito de aplicación pueda socavar la soberanía de Estados no contratantes. Coincide con el representante de Bélgica en que el proyecto de convención solo se aplicará conjuntamente con la legislación sustantiva aplicable.

52. Aunque anteriormente su delegación apoyaba la propuesta de que se incluyeran las palabras "o acuerdo" en el proyecto de artículo 1, no tendría inconveniente en que, en vez de ello, se incluyera una aclaración en el comentario.

53. **El Sr. Lavalle** (Guatemala) propone que se incluya en el proyecto de artículo 1 la siguiente frase introductoria que mitigaría en la inquietud manifestada por la delegación de Francia: "En el entendimiento de que la presente Convención no tiene por objeto imponer a Estados que no son partes en ella ninguna obligación de actuar o abstenerse de hacerlo".

54. De la referencia a las partes en un contrato se deduce claramente que las palabras "o acuerdo" no pueden referirse a un acuerdo entre Estados. Sin embargo, para evitar esa ambigüedad, "o acuerdo" podría sustituirse por "o cualquier otro acuerdo pertinente".

55. **El Sr. Nordlander** (Suecia) dice que podría aceptar la redacción actual del proyecto de artículo 1. Si las palabras "o acuerdo" pueden inducir a error, se deben suprimir y se debe incluir una aclaración en el comentario.

56. **El Sr. Martens** (Alemania) dice que el proyecto de artículo 1 se debe leer conjuntamente con los proyectos de artículos 18 y 19. Está de acuerdo con la Secretaría y con la observadora de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en que aceptar la formulación aprobada por el Grupo de Trabajo no entraña ningún riesgo material.

57. Por lo que respecta a la adición de "o acuerdo", está de acuerdo con el representante de Guatemala en que no cabe interpretar en modo alguno que la palabra acuerdo, leída conjuntamente con una referencia al "establecimiento" de las partes, signifique un acuerdo de derecho internacional público.

58. **El Sr. Chung Wan-yong** (República de Corea) dice que se debería dejar claro si el proyecto de convención sería aplicable a Estados no contratantes

si éstos no hicieran la declaración correspondiente de conformidad con el proyecto de artículo 18.

59. Apoya la inclusión de las palabras “o acuerdo” a fin de alinear la formulación con la utilizada en el proyecto de artículo 19.

60. **El Sr. Chikanda** (Zimbabwe) no considera que la redacción del párrafo 1 del proyecto de artículo 1 sea ambigua.

61. **El Presidente** observa que la mayoría es partidaria de mantener el ámbito de aplicación del proyecto de convención tal y como se formula actualmente en el proyecto de artículo 1.

62. Aunque la abrumadora mayoría de los oradores no apoya la inclusión de las palabras “o acuerdo”, todos coinciden en que en el comentario de ese artículo se debería aclarar el sentido de la palabra “contrato”.

63. Se plantea la cuestión de si la preocupación manifestada por la observadora de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se debe tener en cuenta en el contexto del proyecto de artículo 1 o del proyecto de artículo 18.

64. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el Grupo de Trabajo reformuló el proyecto de artículo 1 suponiendo que el proyecto de convención se aplicaría en todos los casos en los que la legislación de un Estado Contratante fuera aplicable a una transacción realizada mediante comunicaciones electrónicas. Las condiciones que limitan el ámbito de aplicación del proyecto de convención se han trasladado del proyecto de artículo 1 al proyecto de artículo 18, pero se ha mantenido la lista de condiciones. Suponiendo que las normas del derecho internacional privado estén implícitas en el proyecto de artículo 1, la observadora de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha pedido que se aclare la disposición que figura en el apartado b) del párrafo 1 del proyecto de artículo 18 en el sentido de que un Estado podrá declarar que solo aplicará la Convención cuando las normas de derecho internacional privado declaren aplicable la ley de un Estado Contratante. Una fórmula sencilla para eliminar la posibilidad de establecer un ámbito de aplicación autónomo sería suprimir el apartado b) del párrafo 1 del proyecto de artículo 18. En caso de necesidad, en el comentario se podría aclarar que el proyecto de artículo 1 se aplicaría si el Estado de la jurisdicción fuera un Estado Contratante y si las normas de derecho internacional privado aplicadas por el Estado de la jurisdicción dieran lugar a la aplicación de su propia legislación o a la de otro Estado Contratante.

65. **El Presidente** propone que la Comisión se tome un tiempo para reflexionar sobre la recomendación de la Secretaría y aplace el examen de la cuestión hasta que llegue el momento de examinar el artículo 18 del proyecto de convención.

66. *Así queda acordado*.

67. **El Presidente** señala que no hay observaciones sobre los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo 1. Por lo tanto, entiende que la Comisión desea aprobar el proyecto de artículo 1 sin incluir las palabras “o acuerdo” en el párrafo 1.

68. *Así queda acordado*.

69. *Queda aprobado el contenido del proyecto de artículo 1, en su forma modificada, y el texto se remite al grupo de redacción*.

Artículo 2. Exclusiones

70. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el proyecto de artículo 2 ha sido objeto de largos debates en el Grupo de Trabajo. El apartado a) del proyecto de párrafo 1 prevé la exclusión de los contratos con consumidores, utilizando la misma formulación que la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa, y el apartado b) del proyecto de párrafo 1 prevé la exclusión de las transacciones en las que se considera que la aplicación de la convención podría alterar el funcionamiento de los mercados, especialmente los financieros, que han establecido sus propias normas.

71. El proyecto de párrafo 2 se refiere a la exclusión de determinados instrumentos negociables por considerarse que las normas incluidas en el proyecto de convención no podrían garantizar el carácter único u original necesario para el reconocimiento jurídico de los equivalentes electrónicos de esos instrumentos. Además, en la presente etapa de desarrollo tecnológico, sería prematuro tratar de establecer normas permanentes aplicables a esos instrumentos mediante una convención internacional.

72. **La Sra. Schulz** (Observadora de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado) dice que la Conferencia de La Haya ha examinado todas las convenciones de La Haya a fin de determinar cuándo se precisan comunicaciones por escrito y cuándo sustituirlas por comunicaciones electrónicas podría ser incompatible con el espíritu y la finalidad de la Convención. La cuestión solo se plantea en relación con el Convenio sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales (La Haya, 1978). En el proyecto de convención nada limita explícitamente su ámbito de aplicación a las transacciones relacionadas con el comercio internacional o a las transacciones comerciales. Teme que se interprete que la exclusión del ámbito de aplicación del proyecto de convención de las comunicaciones electrónicas relacionadas con contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos que figura en el apartado a) del párrafo 1 del proyecto de artículo 2 se aplica exclusivamente a las transacciones con consumidores, como en la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa. Para evitar esa ambigüedad, agradecería que en el comentario se aclarara explícitamente que el proyecto de convención solo se refiere a conceptos comerciales o relacionados con el comercio.

73. **El Sr. Madrid Parra** (España) dice que sería más oportuno que el comentario solicitado por la observadora de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se aplicara al párrafo 3 del proyecto de artículo 1.

74. **La Sra. Gurbanova** (Observadora de Azerbaiyán) propone que se incluya en el proyecto de artículo 2 un nuevo párrafo que diga lo siguiente:

> "La Convención no se aplicará a los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, de las autoridades públicas o de profesionales que ejerzan una autoridad pública, de notarios o de miembros de profesiones equivalentes, en la medida en que entrañen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública, la representación de un cliente y la defensa de sus intereses ante los tribunales."

75. **El Presidente** dice que corresponde a la Comisión decidir si en la presente etapa se debe discutir una propuesta de tanto alcance.

76. **El Sr. Boulet** (Bélgica) dice que los instrumentos negociables plantean un problema especial porque es preciso garantizar su carácter único. Su delegación presentó una observación (A/CN.9/578/Add.12) sobre los párrafos 4 y 6 del proyecto de artículo 9 por considerar que, en esos párrafos, la noción de "un original" se debería asociar a la garantía del carácter único.

77. Por lo que respecta a la propuesta de la observadora de Azerbaiyán, considera preferible adherirse al enfoque acordado por el Grupo de Trabajo, a saber, establecer un número limitado de exclusiones explícitas que los Estados puedan complementar, en caso de necesidad, mediante la formulación de declaraciones al amparo de lo dispuesto en el párrafo 2 del proyecto de artículo 18, hasta que consideren que pueden retirar sin riesgo las declaraciones en cuestión. Posiblemente, cualquier lista exhaustiva quedaría obsoleta en un breve espacio de tiempo.

78. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que le preocupa que se vaya a reabrir el debate sobre cuestiones que el Grupo de Trabajo ya ha examinado en profundidad. El proyecto de artículo 18 prevé un mecanismo que permite a los países que deseen hacerlo limitar la aplicación del proyecto de convención, pero la decisión del Grupo de Trabajo de no incluir restricciones desde el principio goza de amplio apoyo. Su delegación está de acuerdo con la formulación actual del proyecto de artículo.

Se levanta la sesión a las 12.35 horas.

Acta resumida de la 795ª sesión, celebrada en el Centro Internacional de Viena, el lunes 4 de julio de 2005, a las 14.00 horas

[A/CN.9/SR.795]

Presidente: Sr. Chan (Singapur), (Vicepresidente)

En ausencia del Sr. Pinzón Sánchez (Colombia), el Sr. Chan (Singapur), Vicepresidente, asume la Presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 14.10 horas.

Conclusión y aprobación de un proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (*continuación*) (A/CN.9/571, 573, 577 y Add.1, 578 y Add.1-17)

Artículo 2. Exclusiones (continuación)

1. **El Presidente** recuerda a la Comisión que en la 794ª sesión (A/CN.9/SR.794) la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado pidió que el comentario al proyecto de artículo 2 incluyera una declaración a los efectos de señalar que el proyecto de convención no es aplicable a los contratos relativos a la partición de los bienes conyugales.

2. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que el Grupo de Trabajo, tras amplias deliberaciones, ha decidido suprimir algunas posibles esferas de exclusión del proyecto de artículo 2, entre ellas, cuestiones relativas al derecho matrimonial y al derecho de sucesiones, para que los Estados que deseen aplicar el proyecto de convención a tales cuestiones puedan hacerlo. Los Estados que deseen excluirlas pueden formular una declaración a esos efectos en el marco del proyecto de artículo 18. No es apropiado incluir en el comentario una declaración que contravenga esa decisión.

3. **La Sra. Schmidt** (Alemania) propone disipar las inquietudes de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado mediante la inclusión en el comentario de una declaración a los efectos de señalar que el proyecto de convención aborda esencialmente asuntos relacionados con el comercio.

4. **El Presidente** dice que el Grupo de Trabajo ha adoptado deliberadamente la decisión de que el alcance del proyecto de convención sea lo más amplio posible y de evitar toda exclusión que pueda reducir su flexibilidad. Al no recibir un apoyo firme para la propuesta de aclaración entiende que la Comisión no está de acuerdo en incluirla en el comentario y desea aprobar el proyecto de artículo en su versión actual.

5. *Así queda decidido*.

6. *La Comisión aprueba el contenido del proyecto de artículo 2 y remite su texto al grupo de redacción*.

Artículo 3. Autonomía de las partes

7. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que la inclusión de un artículo sobre la autonomía de las partes es una disposición habitual en los instrumentos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Las dos cuestiones que se han planteado durante las reuniones del Grupo de Trabajo son las siguientes: determinar si las excepciones deben ser explícitas o pueden también quedar implícitas al pactar las partes términos contractuales que se aparten de las disposiciones del proyecto de convención; y determinar si algunas disposiciones no admiten excepciones. Algunos Estados han opinado que las partes no debían disponer de medios para hacer excepciones a las prescripciones normativas mínimas establecidas en los proyectos de artículo 8 y 9, aunque otros han llegado a la conclusión de que, en cualquier caso, ninguna de las disposiciones del proyecto de convención permitiría que las partes hicieran excepciones a disposiciones imperativas del derecho interno.

8. **La Sra. Schmidt** (Alemania) señala a la atención la observación de Alemania, presentada por

escrito (A/CN.9/578/Add.8), y dice que su delegación considera que el alcance de la autonomía de las partes debe circunscribirse a los proyectos de artículo 10 a 14, y que debe quedar claro que los artículos restantes del proyecto de convención no quedan incluidos en el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 3.

9. **El Sr. Bellenger** (Francia), apoya la propuesta de la delegación de Alemania y dice que se socavaría la credibilidad del proyecto de convención si éste no incluyera al menos algunas disposiciones que no pudieran ser objeto de excepciones por las partes. Dado que el concepto de excepción implícita quedaba supeditado a la interpretación de los tribunales, se generaría una considerable incertidumbre jurídica. Las excepciones debían ser explícitas a fin de que quedara demostrada claramente la intención de formularlas.

10. **El Sr. Field** (Estados Unidos de América), señala a la atención la observación de los Estados Unidos sobre el proyecto de articulo 3, presentada por escrito (A/CN.9/578/Add.13), y dice que comprende que el Grupo de Trabajo haya llegado a la conclusión de que el alcance de la autonomía de las partes debe hacerse extensivo a las excepciones implícitas y explícitas. No obstante, su delegación, tras mantener consultas en el ámbito nacional, ha llegado a la conclusión de que el proyecto de artículo en su versión actual no deja suficientemente clara esa posibilidad. Aunque estaría dispuesto a incluir las palabras "implícitamente o explícitamente" en el propio proyecto de artículo, propone, en cambio, que se incluya una declaración en el comentario a los efectos de señalar que se tiene el propósito de autorizar las excepciones implícitas.

11. El orador considera asimismo innecesario especificar los artículos que no pueden ser objeto de excepciones. En ausencia de un propósito legislativo, el derecho privado no derogaría las disposiciones del derecho público respecto de esos artículos. No obstante, si la Comisión desea imponer nuevas limitaciones a la autonomía de las partes, propone que se conceda a las partes el derecho a hacer excepciones a cualquiera de los artículos del capítulo III, incluidos los proyectos de artículo 8 y 9. Podría haber motivos válidos, por ejemplo, para modificar algunas de las normas incluidas en el artículo 9 sobre aplicaciones específicas. En su opinión, esa posibilidad favorecería también los intereses del comercio electrónico.

12. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) dice que la autonomía de las partes es un principio fundamental de las transacciones contractuales. Por consiguiente, debe autorizarse a las partes a hacer excepciones a la mayor parte de las disposiciones. Su delegación no se opone a que se mantenga el proyecto de artículo 3 en su versión actual. No obstante, si ha de limitarse el alcance de la autonomía de las partes, debe estipularse que las disposiciones finales del capítulo IV no puedan ser objeto de excepción, ya que no sería apropiado facultar a las partes para hacer excepciones a cuestiones que en realidad son normas de carácter público.

13. **El Sr. Madrid Parra** (España) expresa su firme apoyo al texto del proyecto, que no limita la autonomía de las partes y permite hacer exenciones tanto implícitas como explícitas. Las partes podrían simplemente convenir en no aplicar la totalidad o una parte del proyecto de convención a un contrato determinado.

14. **La Sra. Lahelma** (Observadora de Finlandia) dice que su delegación acepta el proyecto de artículo 3 en su versión actual y cree que se plantearían dificultades si algunos artículos, por ejemplo, el proyecto de artículo 9 en la versión propuesta por la delegación de Alemania, pudieran ser objeto de excepciones. La Secretaría ha confirmado que la autonomía de las partes no significa que el proyecto de convención faculte a las partes para dejar de lado las prescripciones normativas.

15. **El Sr. Yamamoto** (Japón) y **el Sr. Sandoval** (Chile) expresan su apoyo al principio de la excepción implícita.

16. **El Sr. Nordlander** (Suecia) dice que acepta el texto del proyecto de artículo 3 en su versión actual, pero desearía recibir más aclaraciones sobre la cuestión de las excepciones explícitas e implícitas.

17. **El Sr. Boulet** (Bélgica) dice que en su opinión no hay motivos para incluir excepciones si las partes establecen una clara distinción entre los términos pactados y las disposiciones del proyecto de convención. No obstante, como en otras convenciones se ha utilizado la misma cláusula, la

inclusión de una declaración en el comentario a los efectos de que se interprete que el texto del proyecto de artículo 3 autoriza las excepciones implícitas podía entenderse en el sentido de que otras convenciones, incluidos instrumentos sustantivos, donde figurara una cláusula similar debían interpretarse de la misma manera. Habida cuenta de que el proyecto de convención es un instrumento de carácter interpretativo el orador se pregunta si es indispensable incluir el proyecto de artículo 3.

18. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que si la Comisión tiene el propósito de autorizar las excepciones implícitas, en el comentario se puede dejar claro ese entendimiento pero agregar que las cláusulas similares que figuren en otros instrumentos no deben interpretarse necesariamente de la misma manera.

19. Aunque muchas de las disposiciones del proyecto de convención, por ejemplo, una parte del proyecto de artículo 8 y la mayor parte del proyecto de artículo 9, son de carácter interpretativo, algunos artículos, en particular, el proyecto de artículo 10 sobre el tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas, y el proyecto de artículo 14 sobre el error en las comunicaciones electrónicas, tienen consecuencias prácticas en lo que respecta a especificar una disposición supletoria cuando no existen disposiciones contractuales. En su opinión, el objetivo del Grupo de Trabajo ha sido estipular que las partes no pueden rebajar las normas aplicables a las firmas electrónicas, según lo dispuesto en el texto del proyecto de artículo 9, ya que se trata de disposiciones legales y representan unas normas mínimas, pero pueden aplicar criterios de fiabilidad más estrictos que los previstos en el proyecto de artículo 9. El texto del proyecto de artículo 3 se ha redactado para reflejar ese objetivo. Por consiguiente, si el propósito de las disposiciones es establecer una equivalencia funcional para los medios electrónicos a fin de cumplir una prescripción normativa, por ejemplo, estampar una firma escrita, las partes pueden aceptar un criterio más estricto que el previsto en el proyecto de convención, pero no pueden modificar las prescripciones normativas ya que no dimanan del propio proyecto de convención sino de la legislación aplicable.

20. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que no está familiarizado con el concepto de convención “de carácter interpretativo” y desea saber qué texto debía interpretar el proyecto de convención. Si se trata de un instrumento meramente interpretativo, se pregunta cuál es su finalidad.

21. En su opinión, todas las convenciones internacionales deben contener como mínimo algunas disposiciones a las que las partes no puedan hacer excepciones; por tanto, la propuesta del representante de Alemania es claramente apropiada. El proyecto de artículo 9 sobre los requisitos de forma, por ejemplo, establece una serie de condiciones esenciales para la equivalencia funcional entre las comunicaciones electrónicas y los documentos en papel.

22. **El Presidente** entiende que la Comisión conviene en que las excepciones pueden ser explícitas e implícitas y que ese acuerdo se refleje en el comentario.

23. *Así queda decidido*.

24. **El Presidente** invita a que se formulen nuevas observaciones sobre las posibles limitaciones al alcance de la autonomía de las partes.

25. **El Sr. Chung Wan-yong** (República de Corea) dice que considera totalmente innecesario limitar la autonomía de las partes en el marco del proyecto del artículo 3, dado que el párrafo 2 del proyecto de artículo 18 ya faculta a los Estados a hacer exclusiones mediante declaraciones. Es partidario de que se mantenga el texto del proyecto de artículo 3 sin modificaciones. En particular, la adición de la palabra “implícitamente” en el proyecto de artículo 3 generaría incertidumbre jurídica.

26. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que parece haber un consenso a favor de mantener el proyecto de artículo sin modificaciones. En la práctica de los tratados queda implícito que las disposiciones de una convención sobre el derecho privado no derogan las disposiciones imperativas del derecho público. No es indispensable especificar ese principio en el texto del proyecto de artículo y simplemente puede mencionarse en el comentario.

27. **El Sr. Minihan** (Australia) expresa su apoyo al texto en su versión actual que, a su juicio, indica que las partes no pueden hacer excepciones a las disposiciones finales del capítulo IV, ya que se dirigen a los Estados y no a las partes. Apoya el derecho a hacer excepciones a todos los proyectos de

artículo del capítulo III. Si las partes optan por hacer excepciones a las disposiciones del proyecto de convención sobre los requisitos de forma, deben estar facultadas para hacerlo, ya que las prescripciones normativas subyacentes quedarían establecidas en la legislación interna. También apoya el derecho a hacer excepciones al proyecto de artículo 6, ya que estima que las partes tal vez deseen llegar a un acuerdo separado respecto de su ubicación.

28. **El Sr. Chikanda** (Zimbabwe) dice que desea sumarse al consenso para mantener el proyecto de artículo 3 en su versión actual.

29. **El Presidente** pregunta si la Comisión desea que en el comentario se indique que la práctica de los tratados excluye toda excepción a elementos del texto que se refieran a normas de carácter público determinadas por los gobiernos, en particular, las disposiciones finales del capítulo IV.

30. *Así queda decidido*.

31. **La Sra. Schmidt** (Alemania) propone que en el comentario también se deje claro, como sugiere el representante de los Estados Unidos, que las partes no pueden hacer excepciones a las disposiciones imperativas del derecho interno.

32. *Así queda decidido*.

33. *La Comisión aprueba el contenido del proyecto de artículo 3 y remite su texto al grupo de redacción*.

Capítulo II. Disposiciones generales

Artículo 4. Definiciones

34. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que cuando el texto de las definiciones que figuran en el proyecto de artículo 4 se ha basado en las definiciones contenidas en la Ley Modelo de la CNUDNI sobre Comercio Electrónico, el Grupo de Trabajo lo ha adoptado tras breves debates. Las definiciones que han suscitado mayor controversia son: f), "sistema de información", y h), "establecimiento". No obstante, el Grupo de Trabajo ha vuelto a redactar el proyecto de artículo 10 y ha resultado más fácil llegar a un acuerdo sobre la definición de sistema de información. Algunas de las observaciones presentadas por escrito a la Comisión trataban de armonizar el texto con las definiciones de la Organización Internacional de Normalización (ISO), que probablemente no existían cuando se redactó la Ley Modelo. La Comisión debe decidir si es necesario armonizar las definiciones con las de la ISO que, a su juicio, en el fondo no son tan diferentes.

35. **El Presidente** insta a la Comisión a tener presente que toda modificación de las definiciones contenidas en el proyecto de artículo 4 requerirá las correspondientes enmiendas en otras partes del proyecto de convención.

36. **El Sr. Madrid Parra** (España) señala la importancia de la normalización internacional, y pregunta si en otros contextos internacionales se han utilizado los términos que figuran en las definiciones u otros términos.

37. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que la Organización Internacional de Normalización prefiere las definiciones de "datos" y "sistema de información" que figuran en la observación del Gobierno de Belarús presentada por escrito (A/CN.9/578/Add.3). Las definiciones se utilizan con fines técnicos en la práctica del comercio internacional; el orador no tiene conocimiento de que se hayan utilizado en instrumentos comparables al proyecto de convención.

38. **La Sra. Gurbanova** (Observadora de Azerbaiyán) señala a la atención la propuesta de su Gobierno de incorporar dos nuevas definiciones en el proyecto de artículo 4, a saber, "comunicación comercial" e "intermediario". La propuesta se presentó mediante una observación formulada por escrito (A/CN.9/578/Add.17) que no se ha distribuido todavía.

39. **El Presidente** invita a la Comisión a examinar cada una de las definiciones.

Definición a), "Comunicación"

40. *La Comisión aprueba el contenido de la definición a) y remite su texto al grupo de redacción*.

Definición b), "Comunicación electrónica"

41. *La Comisión aprueba el contenido de la definición b) y remite su texto al grupo de redacción*.

Definición c), "Mensaje de datos"

42. **El Sr. Lavalle** (Guatemala) pone en tela de juicio la necesidad de incluir la abreviatura "EDI" entre paréntesis después de "intercambio electrónico de datos", dado que esa expresión no aparece en otros lugares del texto.

43. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) explica que la abreviatura se ha incluido para que los lectores puedan vincular inmediatamente la expresión "intercambio electrónico de datos", que tal vez no les resulte familiar, a su abreviatura de uso más común "EDI".

44. **El Sr. Boulet** (Bélgica) dice que la palabra "información" es muy amplia, ya que una llamada telefónica podría considerarse también información enviada por medios electrónicos. No propone que se enmiende la definición, pero solicita que se haga hincapié en que la palabra "información" no debe interpretarse de forma que amplíe el concepto de "mensaje de datos".

45. **El Presidente** dice que el Grupo de Trabajo ha debatido ampliamente el significado de la expresión "mensaje de datos" y ha llegado a la conclusión de que se tenía el propósito de que fuera amplio. Además, la palabra "información" estaba calificada por la expresión "generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares". Asegura a la delegación de Bélgica que, cuando la Secretaría redacte el comentario, tendrá en cuenta los informes del Grupo de Trabajo y las observaciones de la Comisión.

46. *La Comisión aprueba el contenido de la definición c) y remite su texto al grupo de redacción.*

Definición d), "Iniciador"

47. *La Comisión aprueba el contenido de la definición d) y remite su texto al grupo de redacción.*

Definición e), "Destinatario"

48. *La Comisión aprueba el contenido de la definición e) y remite su texto al grupo de redacción.*

Definición f), "Sistema de información"

49. *La Comisión aprueba el contenido de la definición f) y remite su texto al grupo de redacción.*

Definición g), "Sistema automatizado de mensajes"

50. *La Comisión aprueba el contenido de la definición g) y remite su texto al grupo de redacción.*

Definición h), "Establecimiento"

51. **El Sr. Silverman** (Observador de la Asociación Internacional de Abogados) dice que, tras leer la definición de establecimiento que figura en el proyecto de artículo 4 en el contexto del proyecto de artículo 1, no le queda claro qué sucedería si una de las partes tuviera diversos establecimientos. La definición no indica claramente que el establecimiento pertinente es el de la persona que concluye el acuerdo. Propone aclarar el texto mediante la inclusión de la palabra "respectivas" antes de la palabra "partes" en la primera línea del párrafo 2 del proyecto de artículo 1.

52. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que la cuestión de la pluralidad de emplazamientos podría abordarse de forma adecuada en el párrafo 2 del proyecto de artículo 6, que dispone que si una parte tiene más de un establecimiento, su establecimiento a efectos de la presente convención será el que tenga la relación más estrecha con el contrato pertinente. En la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa figura una disposición similar.

53. **El Sr. Silverman** (Observador de la Asociación Internacional de Abogados) dice que la observación de la Secretaría ha aclarado ampliamente su duda.

54. **El Sr. Hidalgo Castellanos** (México) dice que teme que la inclusión de una definición de "establecimiento" respecto de los contratos electrónicos pueda dar lugar a que se reconozcan para los contratos concertados con medios electrónicos establecimientos distintos de los que se reconocen para los contratos concertados de forma oral o mediante documentos.

55. **El Presidente** señala que la definición se ha incluido únicamente a los efectos de determinar la aplicabilidad del proyecto de convención, y no para afectar a los derechos sustantivos o la legislación sustantiva aplicables a la transacción.

56. **El Sr. Bellenger** (Francia) expresa su apoyo a la posición adoptada por la delegación de México. La noción de "establecimiento" es sobradamente conocida, y al dar una definición más de la expresión se corre el riesgo de fragmentar la legislación. Como el Grupo de Trabajo se ha opuesto ya a que se hagan

excepciones al derecho general de los contratos, propone que se suprima la definición de "establecimiento".

57. **El Presidente** toma nota de que la propuesta del representante de Francia no ha recibido apoyo, y entiende que la Comisión desea aprobar la definición de "establecimiento".

58. *La Comisión aprueba el contenido de la definición h) y remite su texto al grupo de redacción.*

Artículo 5. Interpretación

59. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que la inclusión de un artículo sobre la interpretación es una disposición habitual en todas las convenciones de la CNUDMI y no ha planteado objeciones en el Grupo de Trabajo.

60. *La Comisión aprueba el contenido del proyecto de artículo 5 y remite su texto al grupo de redacción.*

Artículo 6. Ubicación de las partes

61. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el proyecto del artículo 6 se ha debatido ampliamente en el Grupo de Trabajo y que en varias ocasiones se ha modificado. El proyecto de párrafo 1 establece la presunción, relativamente poco firme e *iuris tantum*, de que el establecimiento de una parte se halla en el lugar que ésta indica. Sin embargo, su propósito no es facultar a una parte para que indique un establecimiento ficticio. La otra parte en el contrato, o en realidad cualquier otra parte, puede demostrar que la primera parte no tiene un establecimiento en el lugar indicado. Una parte puede demostrar también que el establecimiento indicado en virtud del párrafo 1 del proyecto de artículo 6 no cumple los requisitos de la definición de "establecimiento" incluida en el proyecto de artículo 4. Esa posibilidad tal vez disipe la inquietud expresada por algunas delegaciones de que el proyecto de convención pueda reconocer o respaldar entidades o compañías "virtuales".

62. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa contiene una disposición similar a la que figura en el párrafo 2 del proyecto de artículo 6. Ese párrafo se refiere a los casos en que una parte tiene más de un establecimiento, y solo es aplicable cuando una parte no ha consignado un establecimiento según lo dispuesto en el párrafo 1. El Grupo de Trabajo ha acordado que, cuando una parte cuenta con varios establecimientos, debe estar facultada para indicar cuál de ellos debe considerarse que tiene la relación más estrecha con el contrato pertinente.

63. El proyecto de párrafo 3 se inspira asimismo en una disposición similar de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y se refiere a las personas físicas que no tienen un establecimiento en el sentido de la definición que figura en el párrafo del artículo 4.

64. El proyecto de párrafo 4, que se ha inspirado en una noción contenida en el preámbulo de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea relativa al comercio electrónico, dispone que el lugar donde esté ubicado un servidor o un sistema de información no constituye un establecimiento y que debe complementarse con otros factores materiales y sustantivos.

65. Asimismo, el proyecto de párrafo 5 dispone que el mero hecho de que una parte haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculada a cierto país no establece de por sí una presunción respecto de la ubicación de un establecimiento. Ese principio no impide que un tribunal atribuya un valor determinado a la relación existente entre el nombre de un dominio y un país determinado, pero únicamente cuando el vínculo esté apoyado por otras pruebas.

66. **El Sr. Field** (Estados Unidos de América) encomia al Grupo de Trabajo por redactar el proyecto de artículo de tal forma que no brinde apoyo a las empresas virtuales, principio reforzado por la mención a un centro de operaciones no temporal en la definición de "establecimiento" incluida en el proyecto de artículo 4.

67. Su delegación recomienda que se supriman las palabras "a reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo" que figuran entre corchetes en el párrafo 2 del proyecto de artículo 6. Además, propone que se suprima la frase "y tiene más de un establecimiento", puesto que si la parte no ha indicado un establecimiento, y solo tiene uno, ése sería automáticamente el que tuviera la relación más estrecha con el contrato pertinente.

Se suspende la sesión a las 15.40 horas y se reanuda a las 16.05 horas.

68. **El Sr. Yamamoto** (Japón) dice que al parecer el párrafo 2 del proyecto de artículo 6 no es aplicable al caso de una parte que tenga más de un establecimiento e indique un establecimiento que una tercera parte demuestre posteriormente que es ficticio. Por consiguiente, sería apropiado suprimir las palabras "no ha indicado un establecimiento y" de la primera línea del proyecto de párrafo 2. Si la Comisión considera que la versión actual del proyecto de párrafo 2 incluye ese caso, ese entendimiento debería expresarse en el comentario.

69. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que tiene reservas respecto del proyecto de artículo 6, porque no obliga a las partes a indicar su establecimiento sino que meramente les da la opción de hacerlo. Además, se establece la presunción de que el establecimiento es el lugar indicado por una parte, e incumbe a la otra, en muchos casos el comprador, demostrar lo contrario. En su opinión, debería darse la situación inversa. Se menoscabaría la certidumbre jurídica si un comprador no conociera la ubicación del establecimiento de un proveedor. El fraude comercial proliferaría si no hubiera normas efectivas para ponerle coto. La Comisión debe desempeñar una función en la promoción del comercio electrónico pero, al hacerlo, debe prestar la debida atención a cuestiones importantes como, por ejemplo, el uso de las comunicaciones electrónicas en el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Por tanto, el proyecto de artículo 6 debería modificarse para imponer la obligación positiva de dar a conocer el establecimiento de una parte.

70. **El Presidente** dice que el Grupo de Trabajo en un principio trató de alcanzar el ambicioso objetivo de redactar un proyecto de convención que incluyera disposiciones de derecho sustantivo, incluidas disposiciones de protección del consumidor. La obligación de que un proveedor dé a conocer su establecimiento sería una de esas disposiciones. No obstante, el Grupo de Trabajo ha reducido últimamente sus aspiraciones y trata meramente de lograr una equivalencia funcional para las comunicaciones electrónicas en las esferas a las que es aplicable el proyecto de convención. El Grupo de Trabajo ha sido consciente de la necesidad de tener presentes determinadas cuestiones como, por ejemplo, el fraude comercial, el blanqueo de capitales y otros delitos transnacionales. Sin embargo, ha prevalecido la opinión de que es preferible dejar esas cuestiones en manos de los legisladores nacionales. Las normas sustantivas, como las propuestas por el representante de Francia, requieren disposiciones para hacerlas cumplir, y no es probable que la Comisión disponga de tiempo para abordar esas importantes cuestiones en su actual período de sesiones.

71. **El Sr. Field** (Estados Unidos de América) dice que su delegación considera que el Grupo de Trabajo ha tomado una sabia decisión sobre esta cuestión. Una norma imperativa tendría que ir acompañada por una descripción de las consecuencias en caso de inobservancia. Ésta no es la función del proyecto de convención. En cualquier caso, los proyectos de artículo 7 y 13 dejan claro que ninguna disposición del proyecto de convención afectaría a ninguna norma del derecho interno de un país.

72. **El Sr. Madrid Parra** (España) dice que su delegación apoya el texto del proyecto de artículo 6 en su versión actual, suprimiendo el texto entre corchetes que figura en el párrafo 2.

73. **El Sr. Velázquez** (Paraguay) dice que se opone a la introducción de una norma imperativa de divulgación.

74. Propone enmendar el proyecto de párrafo 5 para incluir el uso de medios electrónicos distintos de los nombres de dominio o las direcciones de correo electrónico, por ejemplo, los servicios de mensajes breves (SMS). Las palabras "nombre de dominio o dirección de correo electrónico", por ejemplo, podían sustituirse por "nombre de dominio, dirección de correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica".

75. **La Sra. Schmidt** (Alemania) dice que está de acuerdo con el representante de Francia en que debe imponerse a las partes la obligación de dar a conocer su establecimiento. Esa disposición promovería la certidumbre jurídica respecto del alcance de la aplicación del proyecto de convención.

76. **El Sr. Lavalle** (Guatemala) dice que, al parecer, los proyectos de párrafo 1 y 2 no abarcan el caso de una parte que tenga un solo establecimiento y no indique ninguno. Por consiguiente, apoya la propuesta de los Estados Unidos de suprimir las

palabras “y tiene más de un establecimiento” que figuran en el proyecto de párrafo 2.

77. **El Sr. Silverman** (Observador de la Asociación Internacional de Abogados) propone que se sustituyan las palabras “nombre de dominio o dirección de correo electrónico”, que figuran en el proyecto de párrafo 5, por “nombre de dominio, dirección de correo electrónico u otros datos implícitos respecto de la ubicación”.

78. **El Sr. Bergevin** (Observador de la Comisión Europea) dice que está de acuerdo con los representantes de Francia y Alemania en que el proyecto de artículo impone a las partes la obligación de dar a conocer su establecimiento para no depender de una presunción. Como ha mencionado la Secretaría, una obligación fundamental en el marco de la Directiva de la Unión Europea es la divulgación de información.

79. **El Sr. Buttimore** (Observador de Irlanda) dice que su delegación apoya que se supriman las palabras entre corchetes que figuran en el proyecto de párrafo 2, pero aboga porque se retenga el resto del párrafo en su versión actual. También apoya la enmienda propuesta por el representante del Paraguay al proyecto de párrafo 5.

80. Aunque reconoce las inquietudes expresadas por los representantes de Francia, Alemania y la Comisión Europea, se opone a la propuesta que prevé imponer la obligación de divulgar información. El proyecto de artículo 6, leído conjuntamente con el proyecto de artículo 7, representa un compromiso aceptable a este respecto.

81. **El Sr. Madrid Parra** (España) expresa su apoyo a la propuesta presentada por el representante del Paraguay acerca del proyecto de párrafo 5, pues permitiría que la disposición fuera compatible con la definición de “mensajes de datos” que figura en el proyecto de artículo 4.

82. Se opone a que se debatan cuestiones de derecho sustantivo. En cualquier caso los proyectos de artículo 7 y 13 contienen amplias salvaguardias contra posibles abusos.

83. **El Sr. Chong** (Singapur) dice que su delegación se opone a que se incluya la obligación positiva de dar a conocer el establecimiento de una parte, porque una prescripción de esa índole debe ir acompañada por disposiciones que estipulen las consecuencias de su incumplimiento. Además, no considera que una obligación de ese tipo ayude a definir el ámbito de aplicación del proyecto de convención, como ha sugerido el representante de Alemania. La cuestión del ámbito de aplicación se aborda en el proyecto de artículo 1, y la inclusión de una obligación positiva en el proyecto de artículo 6 no guarda relación con esa cuestión.

84. El razonamiento en el que se basan los apartados 1 y 2 del proyecto de párrafo 6 es que si una parte indica un establecimiento, se aplica el párrafo 1, mientras que si una parte no hace indicación alguna, o bien tiene un solo establecimiento y la situación es clara, o bien tiene más de uno y se aplica el párrafo 2. Por consiguiente, no es necesario prever casos en los que una parte no haya consignado una indicación y tenga solo un establecimiento.

85. El orador apoya la modificación del proyecto de párrafo 5 propuesta por el representante del Paraguay.

86. **El Sr. Yamamoto** (Japón) dice que su delegación considera que el párrafo 2, en su versión actual, solo es aplicable a los casos en que una parte tiene más de un establecimiento. No está de acuerdo con la propuesta de los Estados Unidos de suprimir las palabras “y tiene más de un establecimiento”, ya que los casos en que una parte no hace indicación alguna y tiene más de un establecimiento quedan abarcados por la definición de establecimiento que figura en el proyecto de artículo 4.

87. Su delegación apoya la propuesta formulada por el representante del Paraguay respecto del proyecto de párrafo 5.

88. **El Sr. D’Allaire** (Canadá) dice que la obligación de divulgar la información no sería efectiva sin la inclusión de disposiciones relativas a las consecuencias de su incumplimiento. Si las partes desean beneficiarse de la presunción que figura en el proyecto de párrafo 1, tomarán las medidas necesarias para indicar su establecimiento.

89. El orador está de acuerdo con la propuesta de suprimir el texto entre corchetes que figura en el proyecto de párrafo 2, así como con la modificación

del proyecto de párrafo 5 propuesto por el representante del Paraguay.

90. **La Sra. Lahelma** (Observadora de Finlandia) dice que su delegación apoya las opiniones expresadas por los representantes de Irlanda, Singapur y el Canadá respecto de la obligación de divulgar la información. La solución de compromiso a la que ha llegado el Grupo de Trabajo, de que el proyecto de artículo 6 se lea conjuntamente con el proyecto de artículo 7, ha sido aceptada por todas las delegaciones asistentes al período de sesiones del Grupo de Trabajo.

91. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que no es lógico argumentar que el proyecto de convención no debe establecer normas sustantivas porque no contiene sanciones en caso de incumplimiento. Señala que algunos artículos, por ejemplo, el proyecto de artículo 9, establecen normas sustantivas pero no prevén sanciones, lo que plantea la cuestión de determinar cómo se logrará su observancia.

92. **El Sr. Boulet** (Bélgica) dice que su delegación apoya que se suprima el texto entre corchetes que figura en el párrafo 2, pero se opone a la propuesta de los Estados Unidos de suprimir la frase precedente, porque la norma establecida en el proyecto de párrafo 2 sólo tiene sentido si una parte tiene más de un establecimiento.

93. En cuanto a la obligación de divulgar información, es importante aclarar que el proyecto de artículo 6 no afecta a ninguna norma de un Estado contratante que imponga la obligación de facilitar información. Para suprimir toda posible ambigüedad, esa circunstancia debe enunciarse en el comentario e incluso incluirse en el propio artículo.

94. **El Presidente** señala que el proyecto de artículo 7 subraya esa cuestión. No obstante, tal vez podría reforzarse en el comentario al proyecto de artículo 6.

95. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el Grupo de Trabajo ha aceptado el texto inicial del párrafo 2 del proyecto de artículo 6, por los motivos enumerados en el párrafo 100 del documento A/CN.9/571. En el párrafo 2 queda implícito que esa disposición abarca únicamente los casos en que una parte tiene más de un establecimiento y no indica cuál es pertinente a los efectos del proyecto de convención. Cuando una parte tiene más de un establecimiento y no lo indica, la definición contenida en el proyecto de artículo 4 aclara la situación.

96. El Grupo de Trabajo sabe que el proyecto de artículo 6 se basa en una disposición similar de una Directiva de la Unión Europea. Los Estados miembros de la Unión han indicado que a ellos les incumbe tomar las disposiciones necesarias para hacer frente a las consecuencias del incumplimiento de la obligación de divulgar información. Cada país aplica un régimen distinto, que abarca desde la invalidación del contrato hasta la imposición de sanciones administrativas, medidas punitivas que no sería adecuado incluir en el proyecto de convención. El Grupo de Trabajo ha llegado a la conclusión de que, si bien desde el punto de vista de la transparencia es conveniente imponer la obligación de divulgar información, simplemente no es viable incluirla en el proyecto de convención.

97. **El Presidente** observa que parece haber consenso para suprimir el texto entre corchetes que figura en el proyecto de párrafo 2. También ha recibido un firme apoyo la propuesta de agregar al proyecto de párrafo 5 la referencia a “otros medios de comunicación electrónica”. No obstante, han recibido escaso apoyo la propuesta de los Estados Unidos de suprimir la frase “y tiene más de un establecimiento” del proyecto de párrafo 2, y la de Francia de imponer la obligación de dar a conocer el establecimiento de una parte. De no haber objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobar el proyecto de artículo 6 con las enmiendas propuestas a los proyectos de párrafo 2 y 5.

98. *Queda aprobado el contenido del proyecto de artículo 6, en su versión enmendada, y su texto se remite al grupo de redacción*.

99. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que la propuesta de su delegación se ha rechazado sin suficiente reflexión. El representante de Bélgica, por ejemplo, ha sugerido que en el comentario debería aclararse que el proyecto de convención no incursionaba en el derecho interno.

100. **El Presidente** asegura al representante de Francia que sus opiniones constan en acta y que el comentario indicaría claramente que el proyecto de convención no afectaría a ninguna disposición imperativa del derecho interno.

101. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) señala a la atención la propuesta del representante del Japón, de que se indique en el comentario que el párrafo 2 del proyecto de artículo 6 es aplicable cuando una parte indica un establecimiento pero esa indicación se rechaza con arreglo al párrafo 1. Su delegación apoya esa propuesta.

102. Aunque su delegación se opone a que se incluya la obligación de divulgar información en el proyecto de artículo 6, comparte la opinión de la delegación de Francia de que la cuestión no se ha resuelto de manera satisfactoria. Al orador le interesaría escuchar las opiniones de otras delegaciones sobre este asunto.

Se levanta la sesión a las 17.00 horas.

Acta resumida de la 796ª sesión, celebrada en el Centro Internacional de Viena, el martes 5 de julio de 2005, a las 9.30 horas

[A/CN.9/SR.796]

Presidente: Sr. Chan (Singapur), (Vicepresidente)

En ausencia del Sr. Pinzón Sánchez (Colombia), el Sr. Chan (Singapur), Vicepresidente, ocupa la Presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 9. 45 horas.

Conclusión y aprobación de un proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales) (*continuación*) (A/CN.9/571,573, 577 y Add. 1, 578 y Add.1 a 17)

Artículo 6. Ubicación de las partes (continuación)

1. **El Presidente** señala a la atención los posibles peligros de tratar de enmendar el proyecto de convención en una sesión. Un ejemplo que viene al caso es la decisión de la Comisión, adoptada en su 795ª sesión, de insertar la oración "u otro medio de comunicación electrónica" después de las palabras "dirección de correo electrónico" en el párrafo 5 del proyecto de artículo 6. El grupo de redacción estimó que el nuevo elemento propuesto se encontraba en una categoría diferente que los nombres de dominio y las direcciones de correo electrónico, y pronto publicará el documento A/CN.9/XXXVII/CRP.2 que contendrá tres variantes del proyecto de párrafo 5 entre corchetes para su examen por la Comisión. En cualquier caso, tal vez la Comisión decida que sería preferible omitir la referencia a" otros medios de comunicaciones electrónicas" para no descartar la posibilidad de que formas todavía no descubiertas de comunicación electrónica puedan crear apropiadamente una presunción de que el establecimiento de una parte se encuentra en un país determinado.

2. El Presidente sugiere que la Comisión suspenda el examen del proyecto de párrafo 5 hasta que se disponga de la propuesta del grupo de redacción.

3. *Así queda acordado.*

4. **El Presidente** recuerda a la Comisión que no se ha adoptado decisión sobre la propuesta de la delegación del Japón acerca de que el comentario sobre el párrafo 2 del proyecto de artículo 6 debería indicar que el párrafo 2 es aplicable cuando una parte ha indicado un establecimiento, dando pie a la presunción que se encuentra donde la parte dice, pero que la presunción se refuta en virtud del párrafo 1.

5. **La Sra. Schmidt** (Alemania) dice que la refutación de esta presunción se basaría en una demostración de la ubicación del establecimiento de una parte de acuerdo con la definición contenida en el proyecto de artículo 4. Por tanto, se pregunta si es necesario aplicar la regla de derecho supletorio contenida en el párrafo 2 del proyecto de artículo 6.

6. **El Sr. Yamamoto** (Japón) dice que el proyecto de convención debe dejar claro que si una parte tiene más de un establecimiento y se puede demostrar que ha indicado una ubicación incorrecta, se aplicaría el párrafo 2 del proyecto de artículo 6.

7. **La Sra. Schmidt** (Alemania) dice que a su juicio el establecimiento apropiado en esas circunstancias sería el establecimiento que tiene una relación más estrecha con el contrato pertinente.

8. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) sugiere que se podía responder a la preocupación de la delegación japonesa con una afirmación en el comentario a los efectos de que el párrafo 2 del artículo 6 sería aplicable en la ausencia de una indicación válida de un establecimiento. En ese caso no habría necesidad de cambiar el texto del proyecto de convención.

9. **Los Sres. Field** (Estados Unidos de América), **Yamamoto** (Japón) y **Yang Lixin** (China) expresan su apoyo a la formulación propuesta por la Secretaría.

10. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión acepta que en el comentario hay que incluir una aclaración apropiada.

11. *Así queda acordado.*

Articulo 7. Requisitos de información

12. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el texto del proyecto de artículo 7 es el resultado de una solución de avenencia dentro del Grupo de Trabajo, que decidió recomendar que los requisitos para revelar la identidad, la ubicación del establecimiento u otros datos deberían ser los que establece el derecho sustantivo que rige el contrato. El objetivo del proyecto de artículo es dejar sobradamente claro que nada en el proyecto de convención da Derecho a parte alguna a indicar un establecimiento ficticio para evadir las obligaciones que se desprenden del derecho aplicable.

13. **El Presidente** dice que el texto refleja el resultado de un prolongado debate en el Grupo de Trabajo sobre el grado en que el proyecto de convención debe prescribir normas sustantivas.

14. **El Sr. Boulet** (Bélgica) dice que su delegación apoya la idea general del proyecto de artículo. Sin embargo, según está el texto, no se hace referencia a una situación en la que una parte deja de hacer una revelación de tipo alguno, a diferencia de hacer una declaración falsa o inexacta. Ya que, en cualquier caso, hay poca diferencia de sentido entre "inexacto" y "falso", propone que las palabras "inexactas o falsas" se sustituyan por "inexactas o incompletas". Otra posibilidad es añadir la palabra "incompletas" a la disposición existente.

15. **El Sr. Madrid Parra** (España), apoyado por los **Sres. Bellenger** (Francia), **Houmann** (Observador de Dinamarca), **Sandoval** (Chile), **Velázquez** (Paraguay) y **Yang Lixin** (China) dicen que la enmienda propuesta resuelve satisfactoriamente una situación que no está cubierta por el proyecto de convención.

16. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión está de acuerdo con sustituir "inexactas o falsas" por "inexactas, incompletas o falsas".

17. *Así queda acordado.*

18. *Queda aprobada la sustancia del proyecto de artículo 7, en su forma enmendada, y el texto se remite al grupo de redacción.*

Artículo 8. Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas

19. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el proyecto de artículo 8 no es controversial. El proyecto de párrafo 1 refleja una disposición análoga en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. El proyecto de párrafo 2 no aparece en la Ley Modelo, pero ha sido incorporado en la legislación interna de varias jurisdicciones para equilibrar el principio general enunciado en el proyecto de párrafo 1.

20. *Queda aprobada la sustancia del proyecto de artículo 8 y el texto se remite al grupo de redacción.*

Artículo 9. Requisitos de forma

21. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que, en cambio, el proyecto de artículo 9 ha suscitado cierta controversia, como se refleja en la cantidad de comentarios sobre algunos de sus párrafos presentados por los gobiernos. Sin embargo, los proyectos de párrafos 1 y 2 son relativamente poco controversiales. El último está basado en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

22. El proyecto de párrafo 3 relativo a las firmas ha suscitado un amplio debate sobre las ventajas relativas de la disposición corta utilizada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y la disposición más larga que aparece en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firma Electrónica. Al menos dos presentaciones escritas por los Estados Miembros optan por la segunda formulación. Otro ámbito de preocupación es la prueba de fiabilidad contenida en el apartado b) del proyecto de párrafo 3. Al menos dos comentarios recibidos están a favor de eliminar totalmente la disposición debido a que, a diferencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, el proyecto de convención no contiene una disposición sobre la atribución de los mensajes de datos y la noción de fiabilidad lógicamente está vinculada a la atribución. Un argumento formulado en el Grupo de Trabajo para conservar el apartado es que, si se elimina el

requisito de fiabilidad, los tribunales pueden inclinarse a aplicar sus propias normas nacionales más exigentes para las firmas, independientemente del objetivo para el cual se ha generado o comunicado el mensaje. Algunas delegaciones estimaron que la noción de fiabilidad del método utilizado para el fin para el cual se ha generado o comunicado el mensaje proporciona cierto grado de confianza a las partes que quieren utilizar una variedad de métodos de identificación, pero que no quieren estar limitados por normas más exigentes. El Grupo de Trabajo ha decidido, por tanto, mantener la disposición por razones de equilibrio.

23. Los proyectos de párrafos 4 y 5, que están relacionados entre sí, se han añadido relativamente tarde en las actuaciones a consecuencia de la decisión del Grupo de Trabajo de incluir la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958) ("Convención de Nueva York"), siguiendo el consejo del Grupo de Trabajo II (Arbitraje), en la lista de convenciones en el párrafo 1 del proyecto de artículo 19. No tendría sentido aceptar que un acuerdo de arbitraje pudiera concluirse por medios electrónicos sin establecer los criterios para la equivalencia funcional entre el acuerdo y el documento original en papel, ya que la Convención de Nueva York requiere que una parte que exige la ejecución de una sentencia arbitral presente el original del acuerdo de arbitraje. Sin embargo, se han recibido comentarios de los Estados Miembros en el sentido de que la disposición no está justificada porque el proyecto de convención no abarca los instrumentos negociables.

24. El proyecto de párrafo 6 es una de las pocas disposiciones que permanecen entre corchetes. También se añadió relativamente tarde durante la labor del Grupo de Trabajo, a propuesta de los Estados Unidos. La intención es reconocer que las entidades financieras y los bancos deben retener el derecho de exigir que las pruebas documentales se presenten en su forma original y por escrito para el pago de una carta de crédito, incluso en el caso de que la carta de crédito esté en forma electrónica. Se consideró que esta disposición en virtud del proyecto de artículo 9 era preferible a una exclusión general en virtud del proyecto de artículo 2. Aunque la propuesta ha suscitado oposición, hay razones para esperar que la Comisión pueda encontrar una forma de reconciliar las opiniones en conflicto que existen sobre esta cuestión.

25. **El Presidente** invita a la Comisión a examinar el proyecto de artículo párrafo por párrafo.

Párrafo 1

26. *Queda aprobada la sustancia del proyecto de párrafo 1 y el texto se remite al grupo de redacción.*

Párrafo 2

27. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) dice que hay que aclarar el sentido de las palabras "la ley" tanto en el texto del proyecto de párrafo 2 como en el comentario.

28. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que está de acuerdo con que "la ley" es ambiguo y propone que el texto se enmiende para decir: "Cuando las normas jurídicas requieran".

29. **El Sr. Mazzoni** (Italia), con el apoyo del **Sr. Velázquez** (Paraguay) y el **Sr. Boulet** (Bélgica), proponen en lugar de ello la formulación "cualquier ley aplicable", lo cual, desde el punto de vista jurídico, es más preciso.

30. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que el sentido de la palabra "*loi*" en francés es más ilimitado que la palabra "*law*" en inglés, por lo cual ha propuesto utilizar el término "normas jurídicas". Como otra posibilidad, propone la formulación: "Cuando las convenciones internacionales o la ley aplicable lo requieran".

31. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) dice que las palabras "la ley requiera" se refiere claramente a los casos en que la ley de un determinado país requiere que una comunicación o un contrato consten por escrito. Por consiguiente, la formulación "la ley aplicable" sería apropiada, puesto que corresponde al tribunal o al arbitrador decidir qué ley es aplicable y si exige que el documento en cuestión conste por escrito.

32. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) propone que se enmiende la formulación para que diga: "Cuando las normas jurídicas aplicables requieran".

33. **El Sr. Gabriel** (Estados Unidos de América) propone que la cuestión se remita al grupo de redacción, ya que la Comisión está de acuerdo sobre

las cuestiones sustantivas. Las palabras "la ley" se tomaron de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y no ocasionaron dificultades en ese contexto. A su juicio, "la ley" implica, por definición, "la ley aplicable".

34. **El Sr. Boulet** (Bélgica) dice que la cuestión no es meramente terminológica, sino sustantiva. La aplicabilidad del proyecto de convención a las convenciones internacionales está regida por el proyecto de artículo 19. Por consiguiente, sería inapropiado referirse a estas convenciones separadamente en el proyecto de párrafo 9, que es aplicable únicamente a la ley interna, excepto en las circunstancias establecidas en el proyecto de artículo 19.

35. **El Sr. Mazzoni** (Italia) dice que apoya la posición de la delegación de Bélgica. Aunque la formulación de la Ley Modelo no ha generado dificultades, sería útil aclarar que el proyecto de párrafo 2 tiene por objeto referirse a reglas de conflicto de leyes y no a la ley en general o la ley mercantil. Puede aceptar la propuesta de la Secretaría que dice "las normas jurídicas".

36. **El Sr. Madrid Parra** (España), apoyado por el **Sr. Velázquez** (Paraguay) y el **Sr. Sandoval** (Chile), señalan a la atención la aclaración contenida en el párrafo 68 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo e insta a la Comisión a que tenga cuidado al introducir cambios en la formulación existente pues podría causar confusión.

37. **El Presidente** da lectura al párrafo correspondiente de la Guía, que dice que las palabras "la ley" en la primera oración del artículo 8 han de entenderse en el sentido que abarcan no solamente el derecho legal o reglamentario, sino también normas de índole jurisprudencial y procesal.

38. **La Sra. Cherif Chefchaouni** (Marruecos), con el apoyo del **Sr. Bellenger** (Francia), señala que puesto que la Ley Modelo tiene por objeto ser incorporada en la legislación nacional, las palabras "la ley" en ese contexto claramente se refieren a la ley interna. Por tanto, apoya la propuesta de hacer referencia a las "normas jurídicas aplicables" en el proyecto de párrafo 2.

39. **El Sr. Maiyegun** (Nigeria) dice que a su juicio las palabras "la ley" son suficientemente claras y no causan confusión.

40. **El Sr. Minihan** (Australia) dice que también está a favor de dejar el párrafo como está, aunque podría aceptar la formulación "normas jurídicas aplicables" puesto que no ve verdadera diferencia de sentido entre las dos opciones.

41. **El Sr. Buttimore** (Observador de Irlanda) está a favor de mantener el párrafo según está redactado. Cualquier problema lingüístico con la versión francesa puede resolverse en el grupo de redacción.

42. **Los Sres. Chong** (Singapur), **Yang Lixin** (China) y **Bouacha** (Argelia) están de acuerdo en que el proyecto de párrafo tiene que permanecer como está.

43. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) dice que si la cuestión se plantea en la práctica, corresponderá a un tribunal o a un árbitro decidir cuál es la ley aplicable; por esta razón ha propuesto la formulación "normas jurídicas aplicables".

44. **El Sr. Field** (Estados Unidos) sugiere que tal vez sea suficiente incorporar en el comentario el párrafo correspondiente de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo.

45. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión quiere retener la formulación del párrafo según está, si bien pedir a la Secretaría que incorpore en el comentario la aclaración contenida en el párrafo 68 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo.

46. *Así queda acordado.*

47. *Queda aprobada la sustancia del proyecto de párrafo 2 y el texto se remite al grupo de redacción.*

Párrafo 3

48. **El Sr. Gregory** (Canadá) dice que el Canadá, en su comentario escrito (A/CN.9/578/Add.15) propuso que se eliminara la prueba de fiabilidad para las firmas electrónicas contenida en el apartado b) del proyecto de párrafo 3. El texto según está redactado requiere que el método utilizado para identificar a la parte y garantizar el vínculo de la parte con el documento firmado sea lo más fiable posible dadas las circunstancias. Las preocupaciones

de su delegación a este respecto son cuestiones de principio y de política y no de mera tecnología. Su objeción básica era que no había requisitos de fiabilidad en la ley general de firmas. Si se incluye un requisito de fiabilidad en la ley sobre firmas electrónicas, se crearían dos grupos de leyes. Esta situación sería incompatible con los principios que subyacen el proyecto de convención, en particular el principio de no discriminación entre los documentos en papel y electrónicos, o la neutralidad de los medios de comunicación, establecidos en el proyecto de artículo 8.

49. El objetivo del proyecto de convención es indicar cómo un conjunto único de normas jurídicas puede interpretarse mejor en el ámbito de las comunicaciones electrónicas y no crear una entidad jurídica, la firma electrónica, con un estatuto separado de la firma manuscrita. El requisito básico es establecer qué constituye la esencia de una firma y evaluar cómo esta esencia puede recrearse electrónicamente. De acuerdo con el apartado a) del proyecto de párrafo 3, la esencia consiste en proporcionar un medio de identificar a la parte firmante y de vincular a esa parte con el documento firmado, como en el caso de una firma manuscrita, para la cual no se imponen más normas de fiabilidad.

50. La aplicación de una prueba de fiabilidad a las firmas electrónicas crearía problemas importantes, como, por ejemplo, si otros acreedores de las partes en una transacción buscaran acceso a los activos de que se tratara, alegando que no se había cumplido el requisito de la firma. Si las partes en una transacción pudieran probar quién había firmado y qué había sido firmado, no habría necesidad de una prueba separada y abstracta de fiabilidad, que podría atrapar a los incautos y servir de arma a quienes no son partes y trataran de atacar la transacción.

51. El apartado b) del proyecto de párrafo 3 insiste demasiado en la tecnología utilizada y se centra en la fiabilidad del método y no en la fiabilidad de la esencia. La Directiva 2000/31/EC de la Unión Europea sobre comercio electrónico ("la Directiva de la Unión Europea"), por otra parte, permite a las partes probar la esencia de la firma sin probar de forma abstracta la fiabilidad de la tecnología.

52. Algunas firmas en determinadas jurisdicciones deben ser especialmente fiables. En los sistemas de derecho civil, por ejemplo, un *acte authentique* (un instrumento registrado oficial o notarialmente) tiene un efecto jurídico especial, y se necesitaría una reglamentación concreta de la tecnología utilizada para las firmas electrónicas para justificar un *acte authentique*. La formulación del apartado b) no llega al nivel necesario. Por esta razón la prueba de fiabilidad en su forma actual es demasiado exigente para los fines comerciales y no llega a lo que se necesita en otros casos para la protección pública. Por consiguiente, propone que se suprima el proyecto de apartado.

53. **El Sr. Lavalle** (Guatemala) pone en duda lo apropiado de la formulación "aprueba la información consignada en la comunicación electrónica" en el apartado a) del proyecto de párrafo 3. Dado que el propósito de una comunicación electrónica es expresar la intención de la parte y no proporcionar información, propone enmendar la oración para que diga "aprueba el contenido de la comunicación electrónica".

54. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro), refiriéndose a las palabras "[c]uando la ley requiera" al principio del proyecto de párrafo 3, dice que una guía de incorporación no está a la par ni es superior a una convención y no se puede tener en cuenta al interpretar una convención.

55. **El Sr. Khani Jooyabad** (República Islámica del Irán) observa que la delegación del Canadá había hecho una propuesta análoga en el último período de sesiones del Grupo de Trabajo. La propuesta suscitó una fuerte oposición y la formulación actual del apartado b) del proyecto de párrafo 3 se aceptó como una solución de compromiso. Su delegación está a favor de conservar el texto según está.

56. **El Sr. Chong** (Singapur) señala a la atención el comentario escrito de Singapur sobre el proyecto de párrafo 3 (A/CN.9/578/Add.10).

57. La propuesta de la delegación del Canadá en el Grupo de Trabajo de suprimir el proyecto de apartado b) se rechazó por un pequeño margen: cinco delegaciones contra cuatro. La delegación de Singapur estima que hay que prestar más atención a las importantes cuestiones planteadas a este respecto. El requisito general de fiabilidad en el proyecto de apartado b) está basado en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Al observar

la incertidumbre creada por esa disposición, la Comisión acordó más adelante crear más certidumbre insertando el párrafo 3 del artículo 6 en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firma Electrónica. El apartado b) del proyecto de párrafo 3 requiere que la determinación de fiabilidad suficiente se haga a posteriori por un tribunal o por otro verificador de hechos, lo cual significa que cuando dos partes en un contrato entran en una transacción, no saben si la transacción con el tiempo será cumplida, una situación que es contraproducente y puede constituir un impedimento al comercio electrónico. Partes no escrupulosas podrían tratar de invalidar sus firmas electrónicas sobre la base de la falta de fiabilidad. Por consiguiente, su delegación apoya enérgicamente la supresión del apartado b) del párrafo 3.

58. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico necesita una prueba de fiabilidad debido a la norma general de atribución contenida en el artículo 13. Su artículo 7 tiene por objeto garantizar la fiabilidad exigiendo que la firma cumpla la función de identificación del firmante. Por otra parte, el proyecto de convención no trata de la atribución de las comunicaciones electrónicas, por tanto no hay necesidad de una prueba de fiabilidad. Corresponde a las partes por separado comprobar con el firmante si la firma ha sido adjuntada, y la firma deriva su efecto jurídico del vínculo probado entre la firma y el firmante. El apartado b) del proyecto de párrafo 3 no tiene por objeto conferir validez jurídica a una firma electrónica, sino simplemente convertirla en el equivalente funcional de una firma manuscrita. La validez de la firma debe establecerla la legislación nacional, si ésta fuera aplicable al contrato.

59. Refiriéndose al apartado a) del proyecto de párrafo 3, dice que no todas las firmas tienen por objeto indicar la aprobación por la parte del contenido de un documento. Por ejemplo, un testigo o notario puede estar simplemente relacionado con la información contenida en un documento sin aprobarlo. Por consiguiente, propone que el apartado a) del proyecto de párrafo 3 se enmiende para que diga lo siguiente:

> "a) Si se utiliza algún método para identificar a la parte y para relacionar a esa parte con la información contenida en la comunicación electrónica, y según resulte apropiado en relación con ese requisito jurídico, para indicar que esa parte aprueba la información consignada en la comunicación electrónica."

60. **El Sr. Yang Lixin** (China) observa que inicialmente hubo dos variantes del apartado b) del proyecto de párrafo 3, una basada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y otra, sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firma Electrónica. La delegación de China considera que la segunda variante es preferible. De hecho, muchos países ya están aplicando el artículo 6 de la Ley Modelo sobre Firma Electrónica.

61. **El Sr. Smedinghoff** (Estados Unidos de América) dice que su delegación estuvo de acuerdo con el texto del apartado b) del proyecto de párrafo 3 en el último período de sesiones del Grupo de Trabajo, pero desde entonces se ha convencido, gracias a las consultas con otras partes en los Estados Unidos y los comentarios presentados por el Canadá y Singapur, de que el proyecto de párrafo debe suprimirse. En el caso en que una parte sea capaz de probar la validez de una firma, no hay necesidad de una prueba adicional de fiabilidad. La Directiva de la Unión Europea, así como la legislación interna en los Estados Unidos y otros países funcionan sobre la base de esa hipótesis. Si no se suprime el apartado b) del proyecto de párrafo 3, su delegación propondrá una enmienda al proyecto de artículo 9.

62. **El Presidente** observa que en el debate sobre el proyecto de apartado b) del párrafo 3 en el último período de sesiones del Grupo de Trabajo participaron muy pocas delegaciones y que el resultado estuvo determinado por un margen muy pequeño. Confía en que ahora se pueda lograr un amplio consenso que refleje la opinión ponderada de la Comisión.

Se suspende la sesión a las 11 25 horas y se reanuda a las 11.50 horas

63. **El Sr. Minihan** (Australia), apoyando la opinión expresada por el representante de la República Islámica del Irán, dice que es preciso mantener el apartado b) del proyecto de párrafo 3 en su forma actual. Se necesitan disposiciones especiales para establecer la equivalencia funcional entre las comunicaciones electrónicas y otros tipos de documentos. Son necesarias, entre otras cosas, para

ayudar a los Estados que están promulgando nuevas leyes en la determinación de qué criterios debe cumplir una firma electrónica para ser equivalente a una firma manuscrita y también para fomentar el uso de la nueva tecnología.

64. Uno de los argumentos a favor de la supresión del apartado b) del proyecto de párrafo 3 es que puede permitir que la fiabilidad de la firma sea determinada por un tribunal a posteriori. Señala que la validez de una firma manuscrita también puede ser determinada por un tribunal a posteriori si es impugnada por una de las partes.

65. Otro argumento es que terceras partes pueden utilizar el elemento de fiabilidad para negar la validez de una firma que ha sido acordada por las partes. Sin embargo, el tribunal tendrá en cuenta tal acuerdo al determinar si la firma es válida a la luz del apartado b) del proyecto de párrafo 3, que se refiere a "todo acuerdo que sea aplicable".

66. También se ha afirmado que partes no escrupulosas podrían intentar renegar de su propia firma invocando el elemento de fiabilidad. Pero los tribunales conocen muy bien este tipo de problema y tienen varias maneras para determinar si una parte debe estar obligada o no por una firma.

67. Si el proyecto de artículo contiene solamente el criterio de identidad contenido en el apartado a) del párrafo 3, un tribunal en una jurisdicción con leyes sobre firma digital puede decidir que solamente una firma digital es apropiada para identificar a las partes. La disposición contenida en el apartado b) del párrafo 3, por otra parte, permitiría al tribunal considerar las circunstancias en que haya sido agregada la firma, permitiendo con ello algo que no llega a ser una firma digital.

68. El elemento de fiabilidad no generará más incertidumbre de la que hay actualmente en lo que respecta a un mayor riesgo de impugnaciones en los tribunales de la validez de una firma, y proporcionaría orientación adicional a los Estados que están tratando de facilitar el comercio electrónico. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, que contiene un requisito de fiabilidad, ha sido aprobada en una serie de países, incluida Australia, y hasta la fecha no ha ocasionado problemas importantes. Además, el Grupo de Trabajo acordó mantener el elemento de fiabilidad en el proyecto de convención. Por consiguiente, su delegación está a favor de mantener el apartado b) del proyecto de párrafo 3.

69. **El Sr. Mazzoni** (Italia) dice que está de acuerdo con la delegación del Canadá en que una firma es válida con fines jurídicos si está relacionada con la intención claramente expresada de una persona. Una firma no es un hecho objetivo cuya validez se pueda adjudicar a la luz de criterios tecnológicos. Una firma por una persona en nombre de otra refleja, si está autorizada por esta última, la intención de esa persona.

70. No obstante, el verdadero problema relacionado con las firmas electrónicas consiste en que, sin determinadas salvaguardias, pueden ser manipuladas más fácilmente que las firmas manuscritas. Si el proyecto de convención tuviera salvaguardias contra el peligro de manipulación, se podría eliminar la prueba de fiabilidad contenida en el apartado b) del párrafo 3. Sin estas salvaguardias, su delegación apoyará el mantenimiento del párrafo, aunque con ciertas dudas debido a que la tecnología no es una base sólida para determinar el vínculo entre una firma y una persona.

71. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que su delegación está favor de mantener el apartado b) del proyecto de párrafo 3. La formulación actual representa una solución de compromiso entre el enfoque de derecho civil y de derecho anglosajón que ha acordado el Grupo de Trabajo. En los países regidos por el derecho civil las firmas tienen mayor importancia porque sirven no solamente como medio de identificación, sino también expresan la aprobación de un documento. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo estimó que la equivalencia entre las firmas manuscrita y electrónica debía garantizarse por un método suficientemente fiable.

72. **La Sra. Schmidt** (Alemania), al hacer suyos los comentarios formulados por el representante de Australia, dice que su delegación también quiere mantener el apartado b) del párrafo 3, que a su juicio no generará incertidumbre jurídica.

73. **El Sr. Sandoval** (Chile) dice que su delegación apoya la posición del Canadá. Los importantes cambios que han ocurrido desde la elaboración de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico hacen innecesaria la prueba de fiabilidad

y, por tanto, hay que suprimir el apartado b) del proyecto de párrafo 3.

74. Su delegación apoya la propuesta de Singapur en relación con el apartado a) del proyecto de párrafo 3.

75. **El Sr. Velázquez** (Paraguay) dice que el apartado b) del proyecto de párrafo 3 aumentará la certidumbre jurídica y que, a su juicio, el principio de fiabilidad debe ser aplicable a todas las transacciones, no solamente a las que se realizan con una firma electrónica. La Ley Modelo se ocupó de la cuestión de forma adecuada en 1996 y, aunque ha habido novedades desde entonces en el comercio electrónico, siguen necesitándose métodos para garantizar la fiabilidad de tales transacciones.

76. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro), tras observar que el proyecto de artículo 9 se refiere a "una comunicación o un contrato", señala a la atención la importancia constante de una autorización escrita para la conclusión de un contrato comercial. Por consiguiente, propone que se inserte en el proyecto de párrafo 9 la palabra "autorización".

77. **El Sr. Meena** (India) dice que el texto del proyecto de artículo 9 debe retenerse en su forma actual.

78. **El Sr. Boulet** (Bélgica) dice que su delegación también quiere retener el texto del proyecto de artículo sin modificar puesto que establece una clara norma jurídica que rige la validez de las firmas electrónicas. Utilizar meramente un método para identificar a la parte y para indicar la aprobación de la información por esa parte, como se establece en el apartado a) del proyecto de párrafo 3, es insuficiente porque significaría que cualquier método de identificación electrónico serviría como una garantía aceptable de la validez de una firma. Se requiere una prueba adicional de fiabilidad, según se establece en el apartado b) del proyecto de párrafo 3. Al igual que el representante de Australia, considera que la formulación actual del proyecto de artículo es suficientemente flexible para responder a las preocupaciones legítimas expresadas por el representante del Canadá, puesto que hace referencia a "todas las circunstancias del caso, así como todo acuerdo que sea aplicable". Tal vez esta referencia a un acuerdo entre las partes deba destacarse en el comentario.

79. En cuanto al apartado a) del proyecto de párrafo 3, si bien su delegación entiende la motivación de la enmienda propuesta por el representante de Singapur, no cree que una firma pueda expresar una desaprobación total, aunque puede darse el caso en que indique la aprobación de solamente una parte de un documento y no del documento en su totalidad. A su juicio el texto del apartado a) del proyecto de párrafo 3 cubre suficientemente esta posibilidad. No obstante, propone insertar las palabras "toda o parte de" después de la palabra "aprueba" para tranquilizar los temores de la delegación de Singapur.

80. **El Sr. Maiyegun** (Nigeria) dice que si bien su delegación quiere retener el requisito de fiabilidad, también se identifica con las preocupaciones expresadas por el Canadá y Singapur. Esas preocupaciones se pueden resolver en una nota explicativa o mediante la enmienda del apartado b) del proyecto de párrafo 3. Le gustaría escuchar la propuesta de una nueva formulación a la que se ha referido antes el representante de los Estados Unidos.

81. **El Sr. Chung Wan-yong** (República de Corea), tras apoyar las observaciones formuladas por la delegación de Australia, dice que el requisito de fiabilidad es importante y que, por consiguiente, hay que mantener el apartado b) del proyecto de párrafo 3 como una adaptación apropiada del principio de fiabilidad contenido en el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firma Electrónica.

82. **El Sr. Smedinghoff** (Estados Unidos de América) dice que la preocupación de su delegación con respecto al apartado b) del proyecto de párrafo 3 consiste en que una firma pueda ser probada, pero, no obstante, su validez denegada debido a una prueba de fiabilidad. Por consiguiente, propone que se añada una oración al proyecto de artículo, tal vez al final del apartado b) del párrafo 3, que fuera algo como sigue: "o la validez del método pueda establecerse de otra forma por medio de la prueba". Esto permitiría que se mantenga el requisito de fiabilidad, dejando abierta la posibilidad de que las partes establezcan la validez de la firma por cualquier otro método probatorio. La formulación exacta de esta enmienda puede dejarse en manos del grupo de redacción.

83. **La Sra. Proulx** (Canadá) dice que las preocupaciones expresadas con respecto a la fiabilidad podrían, a juicio de su delegación, resolverse combinando la propuesta de Singapur relativa al apartado a) del párrafo 3 y la propuesta de los Estados Unidos referente al apartado b) del proyecto de párrafo 3. La validez de la firma puede establecerse mediante el establecimiento de la validez de cada uno de sus elementos constituyentes. Una firma es un acto por el cual una persona indica en un documento su intención. Cualquier método que sea capaz de probar la identidad de la persona y establecer un vínculo entre la persona y el documento es, por definición, fiable. Tanto en el derecho anglosajón como en el derecho civil, el objetivo principal de una firma es expresar intención, que es un concepto neutral que permite la expresión de aprobación o de otros tipos de consentimiento o asociación, tales como la de un testigo. La fiabilidad requerida podría establecerse sin modificar el concepto jurídico de una firma, que es válida independientemente del medio que se utilice. Por consiguiente, propone que la formulación propuesta por el representante de los Estados Unidos se añada al apartado a) del proyecto de párrafo 3 y que se suprima el apartado b) del proyecto de párrafo 3.

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

Acta resumida de la 797ª sesión, celebrada en el Centro Internacional de Viena, el martes 5 de julio de 2005, a las 14.00 horas

[A/CN.9/SR.797]

Presidente: Sr. Chan (Singapur), (Vicepresidente)

En ausencia del Sr. Pinzón Sánchez (Colombia), el Sr. Chan (Singapur), Vicepresidente, ocupa la Presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 14.05 horas.

Conclusión y aprobación de un proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (*continuación*) (A/CN.9/571, 573, 577 y Add.1, 578 y Add.1 a 17)

Artículo 9. Requisitos de forma (continuación)

Párrafo 3 (continuación)

1. **El Presidente** invita a la Comisión a reanudar el examen del párrafo 3 del proyecto de artículo 9. Observa que la mayoría de los miembros son partidarios de mantener la "prueba de fiabilidad" que figura en el apartado b) del proyecto de párrafo 3, aunque una minoría considerable piensa que se debe suprimir. Para tener en cuenta la opinión de esa minoría, la delegación de los Estados Unidos ha propuesto que se añada al final del proyecto de párrafo la frase "o bien si se pueda demostrar la validez del método sobre la base de las pruebas". Las delegaciones de Singapur y el Canadá también han propuesto cambios al texto del apartado a) del párrafo 3.

2. **El Sr. Gregory** (Canadá) dice que la propuesta de los Estados Unidos complementa la prueba de fiabilidad y disipa las preocupaciones de su delegación. No obstante, propone que el apartado b) del proyecto de párrafo 3 se divida en dos, de forma que en el inciso i) se reproduzca el texto actual y el inciso ii) diga "se ha demostrado en la práctica que ese método sirve para determinar la identidad de esa parte y para indicar su aprobación". De esta forma, si se puede demostrar que efectivamente son fiables las pruebas de la identidad de la parte, la firma de la parte y el vínculo entre esa firma y la aprobación o intención de la parte, conforme a lo enunciado en el apartado a) del proyecto de párrafo 3, sería innecesario abordar la cuestión de si el método es fiable en principio. Hay que elegir entre una prueba de fiabilidad en principio y una prueba efectiva; ambas pruebas corroboran el método del apartado a) del proyecto de párrafo 3 que, en su opinión, se puede mantener con su redacción actual con sujeción a pequeños cambios.

3. **El Sr. Smedinghoff** (Estados Unidos de América) dice que su delegación preferiría mantener el texto que propuso inicialmente, pero que también le satisface la propuesta de la delegación del Canadá.

4. **La Sra. Schmidt** (Alemania) dice que tiene reservas respecto de la propuesta de los Estados Unidos, porque implica que las pruebas indirectas que se utilicen para validar el método también serían suficientes para demostrar la identidad de la parte. Propone el siguiente texto como alternativa: "o bien la validez del método se puede establecer en función de la identidad de la parte".

5. **El Sr. Smedinghoff** (Estados Unidos de América) dice que la propuesta de la delegación de Alemania es aceptable.

6. **El Presidente** sugiere a la Comisión que aplace su examen del apartado b) del proyecto de párrafo 3 para que la Secretaría tenga tiempo de preparar los textos.

7. *Así queda acordado*.

8. **El Presidente** invita a la Comisión a reanudar su examen del apartado a) del proyecto de párrafo 3. Algunas delegaciones consideran que hay circunstancias en que el hecho de que un firmante ponga su firma a un documento no indica necesariamente que el firmante apruebe su contenido. Otras delegaciones se refirieron a su legislación

nacional para manifestar su desacuerdo. La Comisión tiene ante sí propuestas de las delegaciones de Singapur y el Canadá. El texto propuesto por la delegación de Singapur dice así:

> "a) Si se utiliza algún método para identificar a esa parte y establecer un vínculo entre ella y la información consignada en la comunicación electrónica, y si procede habida cuenta de ese requisito legal, para indicar que esa parte aprueba la información consignada en la comunicación electrónica."

9. **El Sr. Smedinghoff** (Estados Unidos de América) dice que, en líneas generales, está de acuerdo con la delegación de Singapur por lo que respecta a la palabra "aprueba". Hay muchas razones por las que una persona puede firmar un documento o verse obligado legalmente a hacerlo, y la indicación de su aprobación es solo una de ellas. Otros motivos pueden ser testimoniar un acto, autenticar un documento o acusar recibo de la información que figura en el documento. Por ello, su delegación apoya una enmienda que indique que el método utilizado debe establecer una relación entre la parte y la información consignada en la comunicación.

10. **El Sr. Minihan** (Australia) dice que tiene entendido que la palabra "aprueba" se pensó inicialmente para abarcar todas las situaciones mencionadas por la delegación de los Estados Unidos. No obstante, está de acuerdo con la observación de Singapur de que la intención no está del todo clara. Su delegación no está segura de poder aceptar la solución propuesta por la delegación del Canadá, pero está dispuesta a considerar algunos cambios para aclarar la cuestión.

11. **El Sr. Chong** (Singapur) señala que la enmienda propuesta por su delegación tiene en cuenta tanto la situación en las jurisdicciones en las que una firma significa aprobación como en las que no siempre es así.

12. **El Sr. Bellenger** (Francia) considera que el texto de la enmienda propuesta es poco claro.

13. **El Sr. Boulet** (Bélgica) dice que, en su opinión, lo que se discute no son los diferentes enfoques adoptados por los distintos ordenamientos jurídicos. La aprobación dada en los ejemplos citados por el representante de los Estados Unidos es más limitada, pero aún así la firma indica aprobación de algún aspecto limitado del documento. Puede implicar, por ejemplo, el reconocimiento de que el firmante ha sido testigo de un documento o ha recibido la información consignada en él. Para facilitar el consenso, reitera la propuesta que su delegación presentó en la reunión anterior de añadir las palabras "en todo o en parte" después de "aprueba" en el apartado a) del proyecto de párrafo 3.

14. **El Sr. Gregory** (Canadá) propone sustituir las palabras "que esa parte aprueba", por "la intención que tiene tal parte respecto de". La palabra "intención" es lo suficientemente flexible y abarca los conceptos de aprobación, testimonio, certificación y otros. En ese caso, el apartado a) del proyecto de párrafo 3 diría: "Si se utiliza un método para identificar a esa parte y para indicar la intención que tiene tal parte respecto de la información consignada en la comunicación electrónica".

15. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría), con referencia a la observación de la delegación de Bélgica de que una firma, por ejemplo la de un notario, puede indicar la aprobación de sólo una parte de un documento, propone sustituir la frase "aprueba la información consignada en la comunicación electrónica" por la frase "aprueba la información a que se refiere la firma".

16. **El Presidente** dice que cuando se pide a un sospechoso que firme una citación o un documento judicial en el que se mencionan los cargos contra él, obviamente eso no supone que acepta esos cargos sino simplemente que acusa recibo de la información.

17. **El Sr. Chong** (Singapur) dice que su delegación ya ha tenido en cuenta el texto sugerido por la Secretaría. No obstante, puede haber situaciones en las que se ponga la firma a un documento que carece de texto. El acuse de recibo de mercancías mediante una firma solo es satisfactorio si en el documento consta expresamente que se han recibido los bienes. De no ser así, el que entrega la mercancía podría utilizar ante un tribunal de justicia como prueba de la entrega un documento firmado que no contenga una declaración específica.

18. Su delegación está dispuesta a aceptar el texto propuesto por la delegación del Canadá, que es un modo elocuente y neutro de decir que una firma puede tener diferentes funciones, entre otras, la asociación con todo un documento o parte de él y la

aprobación de todo un documento o parte de él, pero que en todo caso refleja la intención del firmante.

19. **El Sr. Boulet** (Bélgica) apoya la propuesta de la Secretaría. Aunque está de acuerdo con la delegación de Singapur en que en algunos casos la información aprobada mediante una firma puede no aparecer expresamente en un documento sino solo de manera implícita, estima que una firma siempre indica consentimiento de algo. El texto propuesto por la Secretaría podría ir acompañado de un comentario indicando que la información a que se refiere la firma puede estar implícita.

20. **El Sr. Smedinghoff** (Estados Unidos de América) señala que el apartado a) del proyecto de párrafo 3 se refiere a "la información consignada en" la comunicación electrónica. Su delegación coincide con Singapur en que en muchos casos la intención de los firmantes no se expresa en el documento sino que hay que inferirla de las circunstancias, como en el caso mencionado por el Presidente del sospechoso que firma una citación. Por lo tanto, apoya la propuesta de la delegación del Canadá de sustituir las palabras "que esa parte aprueba" por las palabras "la intención que tiene tal parte respecto de", con lo que se abarcarían todas las situaciones.

21. **El Sr. Minihan** (Australia) dice que, por los motivos expuestos por la delegación de los Estados Unidos, su delegación también apoya el texto propuesto por el Canadá como el modo más conciso de abordar la cuestión planteada en el apartado a) del proyecto de párrafo 3.

22. **El Sr. Madrid Parra** (España) dice que en el derecho español, la palabra "intención" sólo se utiliza en el derecho penal y no en derecho civil. En el derecho contractual se utiliza la fórmula "declaración de voluntad". Por ello, su delegación pide que se utilice un término alternativo. A ese respecto, señala que España ha estado tratando de encontrar sin éxito una alternativa aceptable en español a la palabra "aprobar", que no es una traducción satisfactoria del término inglés "approve".

23. **El Sr. Mazzoni** (Italia) propone sustituir la frase "que esa parte aprueba la información consignada en la comunicación electrónica" por la frase "que la comunicación electrónica es atribuible a la voluntad de esa parte".

24. **El Presidente** dice que en el texto del proyecto de convención se ha procurado evitar intencionalmente la cuestión de la atribución.

25. **El Sr. Maiyegun** (Nigeria) propone que la Comisión vuelva al texto sugerido por la Secretaría.

26. **El Sr. Madrid Parra** (España) apoya la propuesta del representante de Italia.

27. **El Sr. Gabriel** (Estados Unidos de América) propone que la Comisión se centre en la propuesta del Canadá, que tiene en cuenta los aspectos objetivos de la intención o el propósito de la parte más que los aspectos jurídicos.

28. **El Sr. Mazzoni** (Italia), teniendo en cuenta que la palabra "atribuible" es inaceptable, propone el siguiente texto alternativo "para indicar que la comunicación electrónica refleja/expresa/manifiesta la voluntad de esa parte". Es importante no dar efectos jurídicos a una firma que no refleje un acto de voluntad.

29. **El Presidente** sugiere que se sustituya la palabra "intención" en la propuesta de la delegación del Canadá por la palabra "voluntad".

30. **El Sr. Gregory** (Canadá) dice que la propuesta del Presidente es aceptable, aunque la palabra "volonté" en francés es más aceptable que la palabra "will" en inglés.

31. **El Sr. Smedinghoff** (Estados Unidos de América) dice que su delegación también acepta la propuesta del Presidente.

32. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) observa que la palabra "will" no es el término que se utiliza en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI. Tal vez la Comisión está concediendo una importancia excesiva a la cuestión de la intención o voluntad, teniendo en cuenta que en el proyecto de convención una "comunicación electrónica" se define como "toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud". Por lo general, se trata de un elemento de información que una persona aprueba o manifiesta su voluntad de aprobar.

33. **El Sr. Gabriel** (Estados Unidos de América) señala que, tanto desde el punto de vista filosófico como del jurídico, la palabra "will" no tiene la misma connotación en inglés que las palabras "volonté" en francés o "voluntad" en español, y que

no transmite el concepto de “intención” en el texto. Propone que se remita la cuestión al grupo de redacción.

34. **El Presidente** señala que en el common law se diferencian claramente los conceptos de “voluntad” e “intención”.

35. **El Sr. Mazzoni** (Italia) dice que se trata de una cuestión jurídica que debe resolver la propia Comisión. Propone que se usen las palabras “intention” en inglés, “volonté” en francés y “voluntad” en español.

36. **El Sr. D’Allaire** (Canadá), el **Sr. Minihan** (Australia), el **Sr. Burman** (Estados Unidos de América), el **Sr. Buttimore** (Observador de Irlanda), el **Sr. Maiyegun** (Nigeria), la **Sra. Mosoti** (Kenya) y el **Sr. Chong** (Singapur) dicen que prefieren la palabra “intention”

37. **El Sr. Sandoval** (Chile), el **Sr. Velázquez** (Paraguay) y el **Sr. Madrid Parra** (España) dicen que la palabra “voluntad” es aceptable en español.

38. **El Sr. D’Allaire** (Canadá) dice que su delegación apoya el uso de la palabra “volonté” en francés.

39. Queda aprobado el fondo del apartado a) del proyecto de párrafo 3, en su forma enmendada, y el texto se remite al grupo de redacción.

Se suspende la sesión a las 15.30 horas y se reanuda a las 16.05 horas.

40. **El Presidente** invita a la Comisión a reanudar su examen del apartado b) del proyecto de párrafo 3.

41. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que la Secretaría ha tenido ciertas dificultades para redactar un proyecto de texto. Propone que todo el párrafo se reestructure de la siguiente forma:

> “3. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una parte, o prevea consecuencias en el caso de que no se firme, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica si se utiliza un método para determinar la identidad de esa parte y para indicar la voluntad que tiene tal parte respecto de la información consignada en la comunicación electrónica:
>
> a) Si el método empleado es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive todo acuerdo aplicable; o
>
> b) La identidad de esa parte se pueda probar por otros medios.”

42. **El Sr. Smedinghoff** (Estados Unidos de América) apoya la propuesta de la Secretaría, que aparentemente resuelve todos los problemas planteados.

43. **El Sr. Boulet** (Bélgica) dice que su delegación tiene ciertas dudas respecto del texto propuesto, puesto que dice que el requisito de la firma se dará por cumplido si se utiliza algún método para identificar a la parte siempre que la identidad de esa parte se pueda probar por otros medios. En su opinión, ese texto carece de lógica.

44. **El Sr. D’Allaire** (Canadá) dice que su delegación comparte la preocupación expresada por la delegación de Bélgica de que en el texto propuesto no hay ilación entre la oración introductoria y el apartado b). La propuesta presentada anteriormente por Alemania se refiere exclusivamente a la identidad de la parte pero, en su opinión, se deben mencionar tanto la identidad como la intención de la parte. Propone que en el apartado b) se añadan las palabras “o la intención” después de la palabra “identidad”.

45. **El Sr. Chong** (Singapur) propone la siguiente enmienda al apartado b) del proyecto de párrafo 3 propuesto por la Secretaría, con el fin de dejar claro que si el método utilizado cumple las funciones especificadas en el apartado a), no se plantearía la cuestión de si el método es suficientemente fiable:

> “b) Si se demuestra que con ese método se determina la identidad de la parte y se indica la intención de esa parte respecto de la información consignada en la comunicación electrónica.”

46. **La Sra. Schmidt** (Alemania) está de acuerdo con la delegación del Canadá en que en el apartado b) se deben mencionar tanto la identidad como la intención. La propuesta de Singapur, sin embargo, se centra en el método. La oradora prefiere el siguiente texto: “Si la identidad y la intención de esa parte se pueden probar por otros medios”.

47. **El Sr. Madrid Parra** (España) está de acuerdo con la observación del representante de Bélgica sobre la propuesta de la Secretaría. Si la identidad se puede determinar por algún otro medio, esa prueba puede que no guarde relación con el entorno electrónico. Es más, en la propuesta de Singapur no está claro si la importancia radica en el método utilizado o en la identidad de la parte.

48. **El Presidente** dice que es evidente que hay miembros que se preguntan si hay que preocuparse por el método si la identidad de la parte se puede probar en todo caso. No obstante, no se debe olvidar que, centrarse exclusivamente en el establecimiento de la identidad, equivaldría a plantear atribución, una cuestión controvertida que el Grupo de Trabajo procuró evitar. Al parecer, las delegaciones consultadas por Singapur estuvieron de acuerdo en que se debía centrar la atención en el método. En los casos en que se exige una firma, no es preciso demostrar que la parte interesada ha firmado el documento, siempre que se pueda demostrar la fiabilidad del método utilizado. Eso se puede lograr bien demostrando que el método sirve para identificar a la parte y es fiable, o bien que el método ha servido para determinar la identidad de la parte, independientemente de que supere o no la prueba de fiabilidad.

49. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que la principal preocupación de la delegación del Canadá era que el apartado b) del proyecto de párrafo 3 pudiera interpretarse como un criterio abstracto de fiabilidad, lo que podía dar lugar a que un tribunal declarara inválida una firma por no haberse utilizado un método con validez jurídica en esa jurisdicción. Para evitar esa posibilidad y tener en cuenta las situaciones en que ambas partes son plenamente conscientes de la identidad de la otra, el Canadá ha propuesto un texto alternativo. Posteriormente, la Secretaría propuso un texto en el que solo se hacía referencia a la posibilidad de determinar la identidad de la parte por otros medios. Se hicieron objeciones a ese texto porque, si bien el objetivo de la firma era establecer la identidad, era importante centrarse en el método utilizado. La propuesta del representante de Singapur tiene la ventaja de que reconoce que las partes pueden cumplir el requisito abstracto de fiabilidad bien utilizando un método reconocido o bien utilizando otro método que sea un modo de identificación válido, es decir, que se pueda demostrar en la práctica que se ha identificado a la parte por ese método. Por lo tanto, la propuesta de Singapur parece tener en cuenta las preocupaciones expuestas por el Canadá y los Estados Unidos.

50. La cuestión planteada por Alemania de si cabe deducir de las circunstancias del caso la identidad de la parte, se puede responder con la frase "atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive todo acuerdo aplicable", en el apartado b) de la primera versión del proyecto de párrafo 3. Por ejemplo, aunque una jurisdicción no reconozca que las negociaciones por correo electrónico cumplen las normas más estrictas de fiabilidad, ese método se puede considerar suficiente para identificar a la parte y cumplir los requisitos del apartado a) del proyecto de párrafo 3 teniendo en cuenta todas las circunstancias y el acuerdo de las partes. Además, el texto propuesto por Singapur incluiría las situaciones en que se puede demostrar que se ha identificado a la parte con algún método, independientemente de cómo se considere ese método en términos abstractos en una jurisdicción determinada.

51. **El Sr. Mazzoni** (Italia) apoya en líneas generales la propuesta de Singapur pero propone que se simplifique y se aclare la redacción.

52. **El Sr. Smedinghoff** (Estados Unidos de América) propone la siguiente enmienda al texto del apartado b) del proyecto de párrafo 3) presentado por la Secretaría con el fin de tener en cuenta la cuestión planteada por Alemania:

> "b) La identidad de la parte y la intención de la parte respecto de la información se puede probar o establecer por otros medios."

Así se centraría la atención en el cumplimiento de los dos requisitos básicos de determinar la identidad de la parte y su intención con respecto a la información consignada en la comunicación electrónica.

53. **El Presidente** sugiere que se establezca un pequeño grupo ad hoc de redacción para que prepare un texto de transacción.

54. *Así queda acordado*.

55. **El Sr. Gregory** (Canadá) dice que a su delegación le gustaría participar en ese grupo.

56. **El Sr. Boulet** (Bélgica) dice que la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI establece criterios claros para determinar qué métodos son fiables. En el proyecto de convención se ha adoptado una redacción similar y cualquier desviación de esa redacción puede afectar negativamente a la Ley Modelo.

57. **El Presidente** recomienda al grupo ad hoc que tenga en cuenta las advertencias de Bélgica y para no debilitar conceptos ya establecidos.

Párrafo 4

58. **El Sr. Smedinghoff** (Estados Unidos de América) propone que se sustituya la palabra "presente" en el segundo renglón del párrafo de introducción por la expresión "ponga a disposición". El concepto de presentación tiene un significado específico en el derecho de los Estados Unidos, por ejemplo, en relación con cartas de crédito e instrumentos negociables.

59. **El Presidente** entiende que la Comisión desea aprobar la enmienda propuesta.

60. *Así queda acordado*.

61. **El Sr. Boulet** (Bélgica) señala a la atención del Comité los comentarios a los párrafos 4 a 6 del proyecto de artículo 9 que Bélgica presentó por escrito (A/CN.9/578/Add.12), y observa que el Grupo de Trabajo no ha examinado a fondo esos párrafos.

62. La exclusión de los instrumentos negociables y los títulos de propiedad del ámbito del proyecto de convención en virtud del artículo 2 está justificada porque en un contexto electrónico no es posible garantizar la singularidad de dichos documentos, un atributo se refiere a su condición de "originales". Aunque puede haber varios documentos "originales", cada uno de ellos requiere la intervención activa de las partes en cuestión, que controlan el número de originales que se crean. En un entorno electrónico, las partes no pueden ejercer ese tipo de control.

63. Si hubiera un verdadero equivalente funcional de la noción de "original" en un entorno electrónico, la cuestión de la singularidad no se plantearía. No obstante, en el párrafo 4 del proyecto de artículo 9 no se hace mención de la singularidad. Por lo tanto no hay ninguna garantía de que un documento que se considera original no pueda ser reproducido sin una nueva intervención de las partes. En otras palabras, las partes no podrían controlar el número de documentos y garantizar que cada uno de ellos sea considerado como original. La delegación de Bélgica no podrá aprobar el proyecto de párrafo 4 a no ser que se incluya la noción de singularidad.

64. La cuestión de los títulos de propiedad y los instrumentos negociables se está examinando en el Grupo de Trabajo III (Derecho del transporte), que está preparando un instrumento sobre el transporte marítimo que, entre otras cosas, se ocupará de los conocimientos de embarque electrónicos. La Comisión no debe adelantarse al trabajo de ese Grupo aprobando un texto en el que se consagre una noción de "original" que, en opinión de su delegación, es insatisfactoria. Propone que se incluya una referencia a la noción de singularidad en el proyecto de párrafo 4 o bien que se suprima ese párrafo hasta que se conozcan los resultados de las deliberaciones del Grupo de Trabajo III.

65. **El Presidente** recuerda a la Comisión que las referencias a documentos originales se habían incluido a petición del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) a fin de hacer extensiva la aplicabilidad del proyecto de convención a la Convención de Nueva York.

Se levanta la sesión a las 17.00 horas.

Acta resumida de la 798ª sesión, celebrada en el Centro Internacional de Viena, el miércoles 6 de julio de 2005, a las 9.30 horas

[A/CN.9/SR.798]

Presidente: Sr. Chan (Singapur), (Vicepresidente)

En ausencia del Sr. Pinzón Sánchez (Colombia), el Sr. Chan (Singapur), Vicepresidente, ocupa la Presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 14.05 horas.

Conclusión y aprobación de un proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (*continuación*) (A/CN.9/571, 573, 577 y Add.1, 578 y Add.1 a 17)

Artículo 9. Requisitos de forma (continuación)

Párrafo 4 (continuación) y párrafo 5

1. **El Presidente** invita a la Comisión a reanudar el examen del párrafo 4 del proyecto de artículo 9, que quizás deba considerarse conjuntamente con el párrafo 5.

2. **El Sr. Field** (Estados Unidos de América) dice que su delegación está satisfecha con el párrafo 4 en su forma enmendada y con el párrafo 5 del proyecto de artículo 9. Cuando llegue el momento de debatir el párrafo 6, propondrá que se suprima, a la vista de la enmienda introducida en el párrafo 4. Puesto que en el contexto de las comunicaciones electrónicas no es fácil lograr el carácter único, en el párrafo 2 de su artículo 2, el proyecto de convención excluye los instrumentos que han de presentar ese carácter único. Además, afirma que en su forma actual los proyectos de párrafos 4 y 5 pueden reconciliarse fácilmente con la labor que se está llevando a cabo en otros foros internacionales, incluido el ámbito marítimo.

3. **El Sr. Mazzoni** (Italia) está de acuerdo con el representante de los Estados Unidos en que el párrafo 2 del proyecto de artículo 2 resuelve el problema del carácter único del documento planteado por la delegación de Bélgica.

4. **El Sr. Chong** (Singapur) también coincide con el representante de los Estados Unidos. Puede hacerse una distinción entre dos categorías de documentos "originales": los que, como los títulos negociables, constan de un único original, por una parte, y los que, como ocurre con los contratos que se redactan por duplicado o las cartas de porte aéreo, que se redactan por cuadruplicado, tienen más de un "original". Los documentos de esta última categoría se beneficiarían de lo dispuesto en el párrafo 4 del proyecto de artículo 9.

5. **El Presidente** observa que la posición adoptada por la delegación de Bélgica no parece contar con un respaldo amplio. Además, recuerda que en su 797ª sesión la Comisión acordó sustituir en el párrafo 4 la expresión "se presente" por "se facilite".

6. **El Sr. Field** (Estados Unidos de América) dice que el verbo "presentar" aparece tres veces en el proyecto de párrafo 4, y propone que se sustituya por "facilitar" en cada caso.

7. *Así queda acordado*.

8. **El Sr. Imai** (Japón) tiene algunas reservas en relación con los proyectos de párrafos 4 y 5 debido a que hacen referencia al concepto de originalidad, lo que implica que el proyecto de convención no solo regula la utilización de las comunicaciones electrónicas, sino también contiene normas relativas a los medios de prueba. Dado que la regulación de los sistemas de prueba forma parte del régimen procesal civil de los Estados y de sus procedimientos judiciales y administrativos, los proyectos de párrafos 4 y 5 tendrían repercusiones inaceptables para los ordenamientos jurídicos nacionales. En consecuencia, propone que los proyectos de párrafo se eliminen o que su ámbito se limite a los convenios arbitrales.

9. **El Presidente** observa que cuando la cuestión planteada por el Japón fue debatida por el Grupo de

Trabajo, la opinión consensuada fue la de que los Estados que tuviesen dificultades para aceptar lo dispuesto en los proyectos de párrafos 4 y 5 podían presentar una declaración de no aplicación conforme al proyecto de artículo 18.

10. **El Sr. Caprioli** (Francia) apoya la posición de la delegación de los Estados Unidos sobre los proyectos de párrafos 4 y 5 y está de acuerdo en que se distinga entre los casos en que el carácter único del original es importante, como ocurre con los títulos negociables no regulados por el proyecto de convención, y aquellos otros en que ese carácter único no es necesario. Francia ha introducido recientemente reformas en su Código Civil en cuanto a los conceptos de original y copia. El enfoque adoptado, especialmente en lo que se refiere a las nociones de integridad y disponibilidad, está muy cerca del proyecto de párrafo 4.

11. **El Sr. Boulet** (Bélgica) tiene dificultades para aceptar el argumento de que el concepto de original puede diferir según el entorno de que se trate. La noción aparece en el contexto de los documentos impresos y por más que el proyecto de convención se refiera a un contexto electrónico, el elemento del carácter único debe retenerse. Los documentos son originales o no lo son, no hay término medio. Si bien el párrafo 2 del proyecto de artículo 18 permite a los Estados excluir algunos tipos de contratos, no les autoriza a abstenerse de aplicar ciertas disposiciones del proyecto de convención, como la relativa al concepto de original. Para salvar las objeciones de algunas delegaciones, el Grupo de Trabajo ha previsto, no obstante, la posibilidad de excluir los párrafos 4 y 5 del proyecto de artículo 9 (documento A/CN.9/577, nota 5).

12. **El Presidente** observa que del tenor del proyecto de artículo 18 podría deducirse que los Estados contratantes están facultados para excluir las disposiciones del proyecto de convención relativas a la validez de los originales electrónicos.

13. **El Mazzoni** (Italia) dice que debe quedar claro que los Estados pueden decidir exclusiones a este respecto.

14. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que con la nota 5 del documento A/CN.9/577 no se está sugiriendo que deba existir una opción específica de exclusión de los párrafos 4 y 5 del proyecto de artículo 9. El propósito de la formulación amplia del párrafo 2 del proyecto de artículo 18 no es otro que el de excluir cuestiones que de otro modo habrían planteado dificultades. Insta a la Comisión a que no ceda a la tentación de insertar disposiciones que permitan formular declaraciones o presentar reservas a cada proyecto de artículo.

15. **El Presidente** entiende que la Comisión desea que en el comentario se aclare que las exclusiones previstas en el proyecto de artículo 18 pueden referirse a cualquiera de las materias cubiertas en el proyecto de convención que planteen dificultades a los Estados.

16. *Así queda acordado*.

17. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) dice que si cada Estado contratante puede presentar cuantas declaraciones, dicho de otro modo reservas estime oportunas, se estará socavando el objetivo de aumentar la seguridad jurídica. Aunque el proyecto de artículo 21 establece que no se podrán hacer reservas a la convención, las declaraciones formuladas en el marco de los proyectos de artículo 18 y 19 equivalen a reservas. En su opinión, no deben permitirse exclusiones cuando se haya logrado un consenso en torno a un proyecto de artículo.

18. **El Presidente** dice que la práctica de permitir que se formulen declaraciones en las convenciones de derecho internacional privado tiene por objeto dejar un margen de maniobra a la autonomía de las partes. El valor del presente proyecto de convención deriva de que establece normas internacionales básicas de las que los Estados no deben apartarse sin causa justificada.

19. **El Sr. Burman** (Estados Unidos) dice que desde los años 70 se ha seguido la práctica de dar un margen amplio a los Estados para formular declaraciones que no equivalen a reservas; en el caso del presente proyecto de convención, mantener esa práctica es especialmente importante, porque la rapidez con que cambian las circunstancias puede exigir que los Estados introduzcan ajustes a la hora de aplicar la convención.

20. **El Sr. Boulet** (Bélgica) dice que el proyecto de convención trata de un tema que requiere especial flexibilidad, lo que hace que el uso de declaraciones sea totalmente apropiado. En la directiva de la Unión

Europea relativa al comercio electrónico se ha seguido un enfoque similar.

21. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) entiende que la delegación japonesa considera que las partes deberían poder limitar la aplicación de los párrafos 4 y 5 del proyecto de artículo 9 a los convenios arbitrales y que en su actual redacción la convención no permite su flexibilidad. La interpretación que hace su delegación del proyecto de artículo 18 es la de que cuando los Estados excluyen ciertos asuntos del ámbito de aplicación de la norma, dicha exclusión resulta aplicable al conjunto de la convención, incluso cuando guarde relación únicamente con ciertos párrafos específicos. Cuando la Comisión debata el proyecto de artículo 18, convendrá considerar la propuesta del Japón por diversas razones, algunas de las cuales tienen que ver con el comentario de la delegación de Bélgica relativo al carácter original y a la integridad de los documentos. Algunos Estados pueden concluir que la solución propuesta les aportaría la necesaria flexibilidad para aplicar el proyecto de convención.

22. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que, según la interpretación de su delegación, el artículo 18 no se encuentra limitado de la manera descrita por la delegación del Canadá.

23. **El Presidente** entiende que la Comisión desea aprobar lo esencial del párrafo 4, en su forma enmendada, y del párrafo 5, y remitir el texto al grupo de redacción.

24. *Así queda acordado*.

Párrafo 6

25. **El Presidente** observa que la delegación de los Estados Unidos desea retirar el proyecto de párrafo 6, a pesar de haberlo presentado en el Grupo de Trabajo. Sin embargo, al menos en una de las observaciones escritas se ha defendido el mantenimiento del párrafo, que actualmente aparece entre corchetes porque el Grupo de Trabajo no tuvo tiempo de examinarlo a fondo en su 44° período de sesiones.

26. **La Sra. Schmidt** (Alemania) dice que su delegación desea que se mantenga el proyecto de párrafo 6, puesto que la otra opción —es decir la de las exclusiones previstas en el párrafo 2 del proyecto de artículo 18— iría en contra del objetivo de la convención de garantizar la mayor uniformidad jurídica posible.

27. **El Sr. Khani Jooyabad** (República Islámica del Irán) apoya la propuesta de la delegación de Alemania. La inclusión del proyecto de párrafo 6 disiparía diversas preocupaciones sobre la existencia de ambigüedades de los proyectos de párrafos 4 y 5, y por ello debe mantenerse.

28. **El Sr. Madrid Parra** (España) dice que su delegación no apoya la propuesta de mantener el proyecto de párrafo 6, no porque no esté de acuerdo con las exclusiones, sino simplemente porque esas exclusiones ya se prevén en el párrafo 2 del proyecto de artículo 2, que establece que la convención no será aplicable "a ningún documento o título transferible" que faculte a su portador o beneficiario a reclamar la entrega de mercancías o el pago de una suma de dinero. Así pues, la lista del proyecto de artículo 2 está abierta. Si algún Estado contratante sigue considerando que la disposición no resulta lo suficientemente clara, siempre podrá declarar, según lo previsto en el proyecto de artículo 18, que determinados tipos de títulos financieros, como las garantías bancarias, las cartas de crédito o cualquier otro instrumento que pueda aparecer en el futuro no quedarán comprendidos en el ámbito de aplicación de la convención.

29. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que la traducción al español del proyecto de artículo 6 puede haber generado confusiones. La versión en lengua inglesa dice literalmente "to present certain original documents", en referencia a los documentos probatorios que acompañan a la carta de crédito, más que a la propia carta. La versión española, sin embargo, tan solo se refiere al documento original, y en consecuencia, e implícitamente a la propia carta de crédito.

30. **Los Sres. Mazzoni** (Italia), **Imai** (Japón), **Yang Lixin** (China) y **Velázquez** (Paraguay) apoyan el mantenimiento del proyecto de párrafo 6.

31. **El Sr. Madrid Parra** (España) dice que, a fin de que el ámbito de aplicación del proyecto de convención sea lo más amplio posible, tan solo se han previsto exclusiones mínimas en el proyecto de artículo 2, aunque los Estados pueden añadir nuevas exclusiones según lo establecido en el proyecto de

artículo 18. Sin embargo, lo que no pueden hacer es incluir disposiciones. Así pues, paradójicamente si las partes acuerdan que alguno de los instrumentos mencionados en el párrafo 6 del proyecto de artículo 9 debe acompañarse de un documento en formato electrónico, ese documento resultaría inaceptable debido a la exclusión prevista en el proyecto de párrafo, que puede restringir la utilización de medios electrónicos y en consecuencia resulta superfluo.

32. **El Sr. Minihan** (Australia) apoya las observaciones de la delegación de España. El proyecto de párrafo 6 excluye del ámbito de aplicación de la convención los instrumentos a los que hace referencia y parece limitar la flexibilidad de los Estados y las partes que desean utilizar versiones electrónicas de esos instrumentos. Los Estados que consideren problemáticas estas cuestiones pueden formular exclusiones según lo previsto en el proyecto de artículo 18.

33. **El Presidente** recuerda a la Comisión que el proyecto de párrafo 6 solo será aplicable cuando alguna regla de derecho o el acuerdo concertado entre las partes requiera que una de ellas presente cierto documento original. A la inversa, los proyectos de párrafos 4 y 5 sólo se aplicarían en esas mismas circunstancias.

34. **El Sr. Chong** (Singapur) apoya el tenor general de los comentarios de la delegación de España. El proyecto de párrafo 6 fue propuesto inicialmente por la delegación de los Estados Unidos para regular una categoría muy limitada de documentos, al considerar que los bancos e intermediarios financieros podrían negarse a aceptar originales electrónicos. Dado que la delegación de los Estados Unidos está dispuesta ahora a suprimir el párrafo y que la delegación de Alemania no ha presentado argumentos convincentes para mantenerlo, la delegación de Singapur apoya su supresión.

35. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) dice que si se mantiene el proyecto de párrafo 6, todos los Estados podrían aceptar los proyectos de párrafos 4, 5 y 6. Los que estén en contra de su inclusión tienen la posibilidad de excluir dicho párrafo. Por otra parte, si se eliminase el proyecto de párrafo 6 los Estados podrían excluir los proyectos de párrafos 4 y 5.

36. **El Sr. Boulet** (Bélgica) apoya lo dicho por la delegación de España. A la vista del ámbito de aplicación del párrafo 2 del proyecto de artículo 18, el párrafo 6 del proyecto de artículo 9 es redundante. Es más lógico ocuparse de la cuestión en el proyecto de artículo 18, y por ello apoya la propuesta de suprimir el proyecto de párrafo 6.

37. **El Sr. Maiyegun** (Nigeria) dice que las disposiciones de los proyectos de artículo 2 y 18 ya contemplan todas las posibilidades, por lo que el proyecto de párrafo 6 debe suprimirse.

38. **El Sr. Sandoval** (Chile) también apoya la propuesta de suprimir el proyecto de párrafo, que añade elementos superfluos a un artículo ya de por sí largo y complejo.

39. **El Sr. Mazzoni** (Italia) dice que si los principales instrumentos, es decir las cartas de crédito, las garantías bancarias u otros instrumentos similares, quedaran excluidos del ámbito de aplicación de la convención, de ello debería seguirse en buena lógica que el proyecto tampoco habría de regular la presentación de documentos accesorios relativos al uso de los primeros.

40. **El Sr. Chung** (República de Corea) apoya la propuesta de suprimir el proyecto de párrafo 6. Aunque el "documento original" a que se hace referencia en el proyecto de párrafo no sea la propia carta de crédito o garantía bancaria, puede no obstante tener un valor equivalente. Además, en el futuro los documentos originales de este tipo se utilizarán con frecuencia en las transacciones interbancarias.

41. **El Sr. Williams** (Sudáfrica) dice que su delegación apoya la eliminación del proyecto de párrafo 6, que resulta superfluo dado que nada puede impedir que un Estado excluya la aplicación de los párrafos 4 y 5.

42. **El Sr. Caprioli** (Francia) apoya la supresión del proyecto de párrafo 6 tanto en aras de la coherencia como para garantizar la aplicabilidad de los proyectos de párrafos 4 y 5 de no haber una exclusión en los términos del artículo 18.

43. **El Presidente** pregunta si con carácter general la Comisión considera que las cartas de crédito no están reguladas en el proyecto de convención, cuestión que parece estar en la base de la propuesta

de la delegación de Italia de que se mantenga el proyecto de párrafo 6.

44. **La Sra. Schmidt** (Alemania) dice que aunque según lo previsto en el párrafo 2 del proyecto de artículo 18 podría formularse una exclusión que abarcase la materia objeto del proyecto de párrafo 6, sería preferible añadir una disposición de exclusión en el proyecto de artículo 9, puesto que de los términos del artículo 2 no se desprende claramente que los instrumentos para reclamar el pago estén excluidos. En opinión de su delegación, el párrafo 6 del proyecto de artículo 9 no se refiere tan solo a los documentos accesorios sino también garantiza que todos los instrumentos de reclamación de pago queden excluidos.

45. **El Sr. Gabriel** (Estados Unidos de América) dice que el proyecto de párrafo 6 no tiene por objeto regular las propias cartas de crédito. En opinión de su delegación, sin embargo, las cartas de crédito quedarían cubiertas por el proyecto de convención a menos que el Estado las excluyese de forma explícita.

46. **El Sr. Boulet** (Bélgica) hace suyo el comentario del anterior orador, y dice que el párrafo 2 del proyecto de artículo 2 tan solo excluye del ámbito de aplicación del proyecto de convención los títulos y documentos negociables. Las cartas de crédito no están excluidas.

47. **El Sr. Velázquez** (Paraguay) dice que su delegación apoya la posición de Alemania. El párrafo 2 del proyecto de artículo 18 prevé exclusiones a la aplicación del proyecto de convención, mientras que el párrafo 6 del proyecto de artículo 9 se refiere a las exclusiones acordadas entre las partes. Puesto que el proyecto de convención no excluye las garantías bancarias, debe mantenerse el proyecto de párrafo 6. En opinión de su delegación, las cartas de crédito están cubiertas por el proyecto de convención.

48. **El Sr. Mazzoni** (Italia) dice que las cartas de crédito están claramente excluidas del ámbito de aplicación del proyecto de convención según lo establecido en la cláusula contenida en el párrafo 2 del proyecto de artículo 2, que se refiere a cualquier "documento o título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero".

49. **El Sr. Chung Wan-yong** (República de Corea) dice que los términos "carta de crédito" y "garantía bancaria" aparecen de forma expresa en una versión anterior del párrafo 2 de proyecto de artículo 2. Sin embargo, el Grupo de Trabajo decidió eliminarlos en su último período de sesiones. Los documentos a que se hace referencia en el párrafo en cuestión son los títulos. En consecuencia, opina que las cartas de crédito y las garantías bancarias están cubiertas por la convención.

50. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que en el párrafo 2 del proyecto de artículo 2 se hace hincapié en los documentos transferibles, término que según el Grupo de Trabajo no comprende las cartas de crédito y las garantías bancarias.

51. **El Sr. Buttimore** (Observador de Irlanda) dice que su delegación puede comprender la opinión manifestada por el representante de Italia, pero hace suyo el comentario del representante de la Secretaría. En su opinión, este aspecto del párrafo 2 del proyecto de párrafo 2 debería aclararse en el comentario.

52. **El Sr. Gabriel** (Estados Unidos de América), haciendo suyas las observaciones del representante de la República de Corea, dice que el contenido del párrafo 6 del proyecto de artículo 9 refleja con precisión lo que la norma es y lo que debe ser, y recoge además la práctica bancaria vigente en la actualidad y la que se prevé para el futuro. Sin embargo, el párrafo resulta superfluo puesto que un acuerdo relativo a una carta de crédito especificaría normalmente la forma de los documentos en cuestión, lo que supondría una excepción expresa o implícita a la aplicación del proyecto de convención.

53. **El Sr. Caprioli** (Francia) dice que existen dos categorías de cartas de crédito: las que se utilizan como medio de pago y las que sirven como instrumento de garantía. Estas últimas estarían comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de convención. Las primeras podrían quedar excluidas en algunos casos pero no con carácter general.

54. **El Sr. Meena** (India) opina que con lo previsto en el proyecto de artículo 3 en materia de autonomía de las partes, el párrafo 6 del proyecto de artículo 9 se ha hecho innecesario.

55. **El Presidente** entiende que, ante la falta de un apoyo decidido en favor de la propuesta formulada por la delegación de Alemania, la Comisión desea suprimir el párrafo 6 del proyecto de artículo 9.

56. *Así queda acordado*.

Se suspende la sesión a las 11.05 horas y se reanuda a las 11.35 horas.

Párrafo 3 (*continuación*)

57. **El Presidente** observa que la Comisión ya ha acordado en principio que el párrafo 3 del proyecto de artículo 9 debe contemplar una alternativa a la prueba de fiabilidad, pero aún no ha decidido cuál debe ser su redacción. Así pues, invita al grupo de trabajo especial a que informe sobre sus debates.

58. **El Sr. Chong** (Singapur) dice que el grupo especial de redacción ha negociado una propuesta sobre la fórmula que debe utilizarse, cuyo objetivo es garantizar que siempre que la firma electrónica cumpla las funciones descritas en el apartado a) del párrafo 3 del proyecto de artículo 9, ninguna de las partes pueda impugnar la validez de dicha firma basándose en la falta de fiabilidad. Los proyectos de apartados a) y b) quedarían redactados como sigue:

> "a) Si se utiliza algún método para identificar a esa parte y para indicar la intención de esa parte respecto de la información consignada en la comunicación electrónica; y
>
> b) Si el método utilizado:
>
> i) Es fiable según corresponda a los fines para los que se generó o se notificó la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, así como todo acuerdo que sea aplicable; o
>
> ii) Cumple las funciones descritas en el apartado a) *supra*, por sí mismo o conjuntamente con otros medios de prueba, y así queda acreditado de manera efectiva."

59. **El Sr. Madrid Parra** (España) pregunta si la nueva redacción del apartado b) del párrafo 3 tiene por objetivo excluir la posibilidad de probar la identidad y la intención por medios distintos de los previstos en el apartado a) del proyecto de párrafo 3.

60. **El Presidente** dice que en una sesión anterior la Comisión decidió que los requisitos del proyecto de párrafo 3 tan solo podían cumplirse mediante la prueba del método, y no mediante la prueba de la identidad. Puesto que la prueba de la identidad está relacionada con la cuestión de la atribución, la Comisión decidió no tratar este tema.

61. **La Sra. Schmidt** (Alemania) dice que su delegación ha planteado la cuestión de si es posible probar no solo el método utilizado sino también la identidad y la intención. En la nueva redacción se ha tratado este asunto con una fórmula lo suficientemente amplia como para permitir que se tengan en cuenta otros medios de prueba junto con el del método utilizado.

62. **El Sr. Chong** (Singapur) dice que según la interpretación del grupo especial de redacción, el cumplimiento de las funciones establecidas en el apartado a) del párrafo 3 del proyecto de artículo 9 debe demostrarse no solo acreditando el propio método utilizado, sino también en caso necesario, mediante pruebas adicionales. Por otra parte, las pruebas no deben quedar limitadas a elementos extrínsecos que no tengan en cuenta el método utilizado. Así pues, si a través del método no puede identificarse la parte ni determinarse su intención, pero puede sin embargo probarse a través de elementos extrínsecos que la firma electrónica procedía de la parte firmante, dicha firma no reuniría los requisitos del párrafo 3 del proyecto de artículo 9.

63. **El Sr. Boulet** (Bélgica) dice que con el artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas se trató de ampliar el principio de fiabilidad del método contenido en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. El proyecto de artículo 3 que se propone parece sin embargo contradecir este enfoque. En su opinión, es importante mantener la coherencia entre el proyecto de convención y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónicas.

64. **El Presidente** entiende que la delegación de Bélgica desea mantener la prueba de fiabilidad, puesto que es la única prueba a que se hace referencia en documentos anteriores de la CNUDMI. No obstante, señala que las leyes modelos han sido promulgadas en muchas jurisdicciones sin la prueba de fiabilidad. Es importante que el proyecto de

convención tenga en cuenta las novedades aparecidas desde la aprobación de esos instrumentos.

65. **El Sr. Gregory** (Canadá) dice que el nuevo proyecto de texto no viene a reemplazar la prueba de fiabilidad, que, según la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, sigue en vigor y sin cambios, sino que más bien constituye una alternativa a dicha prueba, que podría calificarse de "fiabilidad de hecho". Así pues, no habría falta de coherencia entre el proyecto de convención y la Ley Modelo.

66. **El Sr. Lavalle** (Guatemala) dice que la utilización de la expresión "otros medios de prueba" en el apartado ii) del nuevo texto propuesto implica que el propio método utilizado constituye un elemento de prueba. Así pues, sugiere que se utilice una redacción más precisa aunque sea más extensa, en términos similares a los siguientes: "los medios de prueba que pueden servir de complemento a las pruebas que se hayan obtenido con la aplicación del método".

67. **El Sr. Gregory** (Canadá), con el apoyo del **Sr. Chong** (Singapur), dice que el comité especial de redacción ha procurado que el texto sea lo más breve y conciso posible sin sacrificar por ello su contenido, y sostiene que en este caso no existe ambigüedad, puesto que los "otros medios de prueba" se refieren al término "acreditado" y no a "método".

68. **El Presidente** entiende que la Comisión acepta la redacción del proyecto de párrafo 3 propuesta por el grupo especial de redacción.

69. *Queda aprobado el fondo del proyecto de artículo 9 y se remite el texto al grupo de redacción.*

Artículo 10. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas

70. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el párrafo 1 del proyecto de artículo 10 está basado en el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Sin embargo, el Grupo de Trabajo convino en que el criterio para establecer el tiempo de envío debía ser el momento en que la comunicación sale del sistema de información que esté bajo el control del iniciador, y no el momento en que entra en un sistema de información que esté fuera del control del iniciador. En la mayoría de los casos, el resultado será el mismo que el previsto en la Ley Modelo, a pesar que difiera el criterio utilizado.

71. Lo anterior también es aplicable al proyecto de párrafo 2, que parece apartarse de la Ley Modelo, pero que en esencia sigue siendo el mismo. El mensaje se tendrá por recibido cuando pueda ser recuperado por el destinatario y la aplicabilidad de esta norma se basa en la presunción de que la recuperación se considerará posible una vez que la comunicación llegue a la dirección electrónica del destinatario. El término "dirección electrónica" viene a reemplazar a "sistema de información".

72. Un elemento nuevo del proyecto de artículo es la segunda frase del párrafo 2, que ha provocado un extenso debate. Se ha tratado de utilizar una redacción alternativa para captar el significado subyacente en las expresiones sistemas de información "designados" y "no designados" que aparecen en la Ley Modelo sin utilizar esas mismas palabras.

73. Los proyectos de párrafo 3 y 4 son muy similares a las disposiciones correspondientes de la Ley Modelo.

74. En lo que se refiere al comentario escrito sobre la posibilidad de que se necesite una nota aclaratoria relativa al uso de mecanismos de seguridad que podrían impedir la recepción de un mensaje de datos, si la Comisión desea hacer suya esta propuesta deberá indicar con claridad cuál deba ser el contenido de la nota de explicación en cuanto a la cuestión de si efectivamente y hasta qué punto los mecanismos o medidas de seguridad podrían impedir a efectos legales la recepción de comunicaciones electrónicas.

Párrafo 1

75. *Queda aprobado el fondo del proyecto de párrafo 1 y se remite su texto al grupo de redacción.*

76. **El Sr. Smedinghoff** (Estados Unidos de América) propone que el comentario insista en que la presunción del proyecto de párrafo 2 de que la comunicación electrónica puede ser recuperada por el destinatario en el momento en que llega a su dirección electrónica admite prueba en contrario, dadas las preocupaciones a que dan lugar actualmente las tecnologías de seguridad, los filtros

de correo basura y otros intentos de restringir comunicaciones electrónicas problemáticas.

77. Otra cuestión referente al proyecto de párrafo 2 tiene que ver con la práctica cada vez más común de suministrar información sin enviarla al destinatario, sino publicándola en Internet e informando al destinatario por correo electrónico de que el documento puede recuperarse en un determinado sitio en la Web. El comentario del proyecto de párrafo debe establecer con claridad que el mero hecho de que la información no se haya enviado a la dirección designada por el destinatario no impide que haya podido ser recibida por él.

78. **El Presidente** dice que la cuestión planteada por el representante de los Estados Unidos no se ha debatido en el Grupo de Trabajo. La Comisión debe ser especialmente clara en sus instrucciones a la Secretaría en cuanto al contenido del comentario en este tipo de casos, puesto que la Secretaría no puede obtener orientaciones a partir de las actas.

79. **El Sr. Madrid Parra** (España) dice que su delegación comparte la preocupación manifestada por los Estados Unidos. Se pregunta si en el texto del proyecto de convención deben regularse estas prácticas. La notificación al destinatario es importante, pero también lo es establecer si la información se ha puesto efectivamente a disposición del destinatario, que en muchos casos es quien debe tomar la iniciativa para conseguir acceder a ella.

80. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que en el contexto de los documentos impresos existen desde hace largo tiempo procedimientos similares, y que no le consta que haya disposiciones destinadas a regular específicamente estas situaciones. Se trata tan solo de un modo de recibir una comunicación, y, como tal, está regulado en el proyecto de artículo 10.

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

Acta resumida de la 799ª sesión, celebrada en el Centro Internacional de Viena, el miércoles 6 de julio de 2005, a las 14.00 horas

[A/CN.9/SR.799]

Presidente: Sr. Chan (Singapur), (Vicepresidente)

En ausencia del Sr. Pinzón Sánchez (Colombia), el Sr. Chan (Singapur), Vicepresidente, ocupa la Presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 14.10 horas.

Conclusión y aprobación de un proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (*continuación*) (A/CN.9/571, 573, 577 y Add.1 y 578 y Add.1 a 17)

Artículo 10. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas (continuación)

Párrafo 2

1. **El Presidente** invita a la Comisión a reanudar el debate sobre la propuesta presentada por los Estados Unidos de que el comentario al párrafo 2 del proyecto de artículo 10 debería indicar que la norma establecida en el proyecto de párrafo no impedirá que una parte pueda comunicar información a otra, por ejemplo, mostrando información en el sitio Web del iniciador.

2. **El Sr. Maiyegun** (Nigeria) dice que, en opinión de su delegación, esa nota explicativa sería inadecuada. La Comisión no debe prejuzgar la evolución del establecimiento de normas a ese respecto.

3. **El Sr. Hidalgo Castellanos** (México) dice que no tiene objeción alguna que hacer a la propuesta de los Estados Unidos, que, en su opinión, tendría un efecto beneficioso sobre el comercio internacional.

4. **El Sr. Chong** (Singapur) dice que la propuesta de los Estados Unidos plantea la cuestión de si una información mostrada en un sitio Web, que un destinatario podría recuperar en una dirección que supuestamente se habría indicado en el contrato, constituía una notificación efectiva desde el punto de vista jurídico. Se plantea aquí una cuestión de derecho sustantivo, y la Comisión, al aprobar aparentemente esa práctica en su comentario al proyecto de artículo, podría haber modificado involuntariamente la condición jurídica de esa notificación. En su opinión, si el iniciador desea hacer una notificación al destinatario mostrándola en la Web y ese método se ha convenido mediante contrato, ello constituiría una excepción en el proyecto de convención o una norma convenida por las partes en ejercicio de su propia autonomía.

5. **El Presidente** dice que, en consultas oficiosas, la delegación de los Estados Unidos ha confirmado que su propuesta no está destinada a aplicarse únicamente en una situación en que las partes hayan convenido en que mostrar la información en el sitio Web del iniciador es un medio válido de notificación sino que también está destinada a aplicarse en situaciones en que no se haya establecido explícitamente ese acuerdo. El proyecto de párrafo 2 no resuelve esa situación y, si se desea que sea exclusivo o exhaustivo, ese modo de notificación no debe permitirse.

6. **El Sr. Smedinghoff** (Estados Unidos de América) dice que su delegación está preocupada por la coherencia interna del proyecto de artículo 10. En el párrafo 1 se contempla a la vez la expedición de un mensaje y la entrega de un mensaje no enviado, en el sentido de que no ha salido del sistema de información del iniciador sino que se muestra en un sitio Web. Sin embargo, el párrafo 2 no hace referencia al hecho de mostrar una comunicación sino al hecho de enviarla. Por consiguiente, está claro que el proyecto de párrafo 2 no elimina la posibilidad de mostrar información en la Web. Por lo que se refiere a las preocupaciones expresadas por los representantes de Nigeria y Singapur, su delegación

no propone el establecimiento de una norma ni propone que la Comisión deba aprobar una práctica particular. Su única preocupación es asegurar que el proyecto de párrafo no se considere exclusivo: en otras palabras, debería ser posible que se considerara que una de las partes ha recibido un mensaje incluso aunque no haya sido enviado directamente a dicha parte. Ese tipo de flexibilidad no sería un obstáculo al desarrollo de la ley.

7. **El Sr. Boulet** (Bélgica) dice que comparte las preocupaciones expresadas por los representantes de Nigeria y Singapur. También considera que debería haber siempre un acuerdo preliminar o al menos algún tipo de entendimiento entre las partes respecto a mostrar información en un sitio Web. De otro modo, esa información no tendría validez jurídica alguna. Además, en los casos en que existe ese acuerdo o entendimiento, entra en juego el principio de la autonomía de las partes, que podrían eximirse del cumplimiento del párrafo 2 del proyecto de artículo 10.

8. **El Sr. Chung Wan-yong** (República de Corea) manifiesta un apoyo parcial a la propuesta de los Estados Unidos. Se debe prestar atención a diferenciar entre dos situaciones. Por una parte, cuando el iniciador, en un mensaje dirigido al destinatario, menciona e incluye un vínculo con su propio sitio Web en el que figura determinada información, la información mostrada se podría considerar como parte de la comunicación electrónica sobre la base del principio de incorporación por referencia (enunciado, por ejemplo, en el artículo 5 bis de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico). Esa situación está contemplada en el proyecto de párrafo 2, y el comentario debe hacer referencia a ello. Por otra parte, cuando el mensaje de correo electrónico indica meramente la ubicación del sitio Web del iniciador, la noción de que "llega" a la dirección electrónica del destinatario sería un poco excesiva y en el comentario no se debe sugerir en modo alguno que esa situación está abarcada por el proyecto de párrafo.

9. **El Sr. Yamamoto** (Japón) dice que su delegación podría apoyar la propuesta de los Estados Unidos si el comentario explicara que el proyecto de párrafo 2 no se considera exclusivo y, al mismo tiempo, que no establece nuevas normas.

10. **El Sr. Sandoval** (Chile), observando que un sitio Web puede contener una cantidad muy grande de información, dice que la propuesta podría tener como efecto ampliar el alcance de la disposición, abarcando situaciones que no tienen base jurídica.

11. **El Sr. Buttimore** (Observador de Irlanda) dice que, aunque comprende la preocupación expresada por el representante de Singapur, comparte la opinión de que el comentario debe incluir una nota explicativa en el sentido de que la norma contenida en el proyecto de párrafo no es exclusiva, pero sin hacer referencia a la cuestión de mostrar la información en un sitio Web.

12. **El Presidente** dice que, en ausencia de un firme consenso, considera que la Comisión no desea incluir una nota explicativa en el proyecto de párrafo 2.

13. *Así queda acordado*.

14. **El Sr. Hidalgo Castellanos** (México) dice que su delegación está preocupada de que, según el proyecto de párrafo 2, existe la presunción de que una comunicación ha sido recibida incluso si no ha sido enviada a la dirección designada por el destinatario. En su opinión, sería preferible, si se desea que esa sea la presunción, y en ausencia de pruebas en contrario, que la comunicación se considerara que no ha sido recibida en caso de que haya sido enviada a una dirección no designada por el destinatario.

15. **El Presidente** dice que la disposición se ha debatido ampliamente en cada una de las reuniones del Grupo de Trabajo y que el texto constituye una solución de avenencia cuidadosamente elaborada teniendo presentes todas las opiniones manifestadas.

16. **La Sra. Schmidt** (Alemania) dice que su delegación tiene una preocupación análoga. En el proyecto de párrafo 2 se distingue entre la recepción de un mensaje enviado a una dirección designada y la recepción de un mensaje enviado a una dirección no designada. Se exige al destinatario que sea consciente de que una comunicación puede ser enviada a una dirección no designada; pero ese es un factor subjetivo y no puede ser probado. Su delegación, por lo tanto, propone eliminar la frase "en una dirección electrónica que él haya designado" contenida en la primera oración, así como la totalidad de la segunda oración. Ese es el criterio adoptado en la Directiva de la Unión Europea sobre comercio

electrónico, que hasta la fecha ha dado muy buenos resultados.

17. **El Presidente** dice que el Grupo de Trabajo tuvo presente el criterio de la Unión Europea cuando elaboró el proyecto de párrafo. Sin embargo, su preocupación había sido establecer si un destinatario tenía una obligación en el caso de que una comunicación electrónica se enviase a una dirección no designada y pudiera obtenerse en esa dirección, pero sin que el destinatario fuera consciente del hecho de que había sido enviada.

18. **La Sra. Struncova** (Observadora de la Unión Europea) dice que apoya la enmienda propuesta por la delegación de Alemania.

19. **El Sr. Smedinghoff** (Estados Unidos de América) dice que se opone a cualquier cambio del texto actual. Las cuestiones de que se trata han sido debatidas ampliamente en el Grupo de Trabajo y el texto actual es el resultado de una solución de avenencia. La equidad exige que las partes no estén obligadas a aceptar que se considere que han recibido mensajes hasta que no sean conscientes de su existencia

20. **El Sr. Minihan** (Australia), expresando apoyo a la posición de los Estados Unidos, señala a la atención de los miembros los párrafos 55 y 56 de la nota de la Secretaría en que se proporciona información de antecedentes sobre el proyecto de convención (A/CN.9/577/Add.1), que representa un contexto claro para el debate.

21. Expresan su apoyo al mantenimiento del texto actual el **Sr. Maiyegun** (Nigeria), el **Sr. Madrid Parra** (España), el **Sr. Chong** (Singapur), el **Sr. Sandoval** (Chile), la **Sra. Cherif Chefchaouni** (Marruecos), el **Sr. Boulet** (Bélgica), el **Sr. Yang Lixin** (China), el **Sr. Chung Wan-yong** (República de Corea), el **Sr. Velázquez** (Paraguay) y la **Sra. Lahelma** (Observadora de Finlandia).

22. **El Sr. Yamamoto** (Japón) y **el Sr. Nop** (República Checa) dicen que apoyan la enmienda del proyecto de párrafo 2 presentada por la delegación alemana.

23. **El Sr. Gregory** (Canadá) comparte la opinión de que el texto de avenencia debe mantenerse y dice que sería extremadamente injusto, tanto desde el punto de vista del régimen de *common-law* como del régimen del derecho civil, la existencia de una norma que estableciera que un mensaje ha sido recibido aunque el destinatario no tenga conocimiento alguno de que ha sido enviado. La objeción planteada por el representante de Alemania parece ser meramente probatoria; pero hay muchas formas convencionales de poner en conocimiento de una persona que se le ha enviado un mensaje. El requisito del conocimiento está destinado más que nada a evitar que las partes hagan caso omiso de mensajes que en realidad saben que han llegado.

24. **El Sr. Williams** (Sudáfrica) dice que, aunque está a favor de mantener el texto actual, desea confirmación de que la expresión "dirección electrónica" que figura en la última oración del proyecto de párrafo 2 hace referencia a la dirección electrónica designada.

25. **El Sr. Hidalgo Castellano** (México) reitera su propuesta de que, en el caso de las comunicaciones enviadas a direcciones no designadas, se debe presumir que no han sido recibidas a no ser que existan pruebas de lo contrario.

26. **El Sr. Estrella Faira** (Secretaría) dice que la finalidad de la última oración del proyecto de párrafo 2 es interpretar la expresión "que pueda ser recuperada" incluida en las dos primeras oraciones. El Grupo de Trabajo ha decidido no abordar la cuestión planteada por el representante de México respecto de ese proyecto de artículo. Originariamente, se había tenido en cuenta una situación en que el iniciador hubiera enviado un mensaje a un sistema no designado a pesar de que se hubiera designado otro sistema. La versión actual del proyecto de artículo abarca todas la situaciones, es decir, el caso en que un mensaje se envía a un sistema no designado porque no ha habido ninguna designación desde el principio o porque el iniciador ha hecho caso omiso de la designación. La disposición de hecho perfecciona la norma de recuperación enunciada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, que establece que, en caso de que no se haya hecho una designación, se presume que el destinatario ha recibido el mensaje tan pronto como éste sea introducido en cualesquiera de los sistemas de información del destinatario. La Ley Modelo establece a continuación que se considera que un mensaje ha sido recibido a partir del momento en que

el destinatario lo haya recuperado. La segunda oración del párrafo 2 del proyecto de artículo 10 aplica esa norma de recuperación a todas las situaciones.

27. **El Presidente** hace referencia al párrafo 3 del documento A/CN.9/578/Add.17, que contiene una propuesta de Azerbaiyán para enmendar el párrafo 2 del proyecto de artículo 10. Como esa propuesta no parece haber recibido apoyo, considera que, en ausencia de propuestas concretas de las delegaciones de México o Sudáfrica, la Comisión desea aprobar el proyecto de párrafo 2.

28. *Queda aprobado en cuanto al fondo el proyecto de párrafo 2 y se remite el texto al grupo de redacción*.

Párrafo 3

29. **La Sra. Proulx** (Canadá) propone que la expresión "se tendrá por", que establece una presunción irrefutable respecto al lugar de envío, se sustituya por la expresión "se presumirá". Sería preferible, en interés de la flexibilidad, establecer una presunción *iuris tantum*, que sería también más congruente con el texto del proyecto de párrafo 2 y con la autonomía de las partes establecida en el proyecto de artículo 3.

30. **El Sr. Bellenger** (Francia) y **el Sr. Correia** (Observador de Portugal) apoyan la propuesta del Canadá.

31. **El Sr. Yamamoto** (Japón) dice que su delegación preferiría mantener el texto actual. En el párrafo 163 del informe del Grupo de Trabajo (A/CN.9/571) se ofrece un argumento convincente en el sentido de que "la finalidad de la disposición era evitar la dualidad de establecimientos en el supuesto de que una comunicación fuera recuperada en un lugar que no fuera el establecimiento que se hubiera tomado en consideración para determinar la aplicabilidad del régimen de la futura convención".

32. **El Sr. Boluet** (Bélgica) dice que, aunque el argumento de aumentar la flexibilidad es atractivo, la enmienda propuesta plantearía el problema de quién está facultado para refutar esa presunción. Por ejemplo, sería fácil que el iniciador lo hiciera, confundiendo deliberadamente quizás al destinatario. Esto plantearía cuestiones en relación con la certidumbre jurídica. Su delegación, por lo tanto, se muestra a favor de mantener el texto actual.

33. **El Sr. Chong** (Singapur) señala a la atención de los miembros el párrafo 105 de la Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, en que se comenta el párrafo 4 del artículo 15 de la Ley Modelo, que es una disposición análoga, y se dice que "el párrafo 4) tiene, pues, la principal finalidad de asegurar que el lugar en que se encuentra el sistema de información no sea el elemento determinante, y que haya un vínculo razonable entre el destinatario y lo que se considere el lugar de recepción, y que el iniciador pueda determinar fácilmente ese lugar". De ese modo, incluso si una empresa que realiza sus operaciones en Francia tuviera su servidor de mensajes electrónicos en Londres, una comunicación que envíe a, por ejemplo, una parte en una transacción ubicada en Alemania, se consideraría que ha tenido su origen en su domicilio mercantil en Francia. Sustituir la expresión "se tendrá por" con la expresión "se presumirá" representaría establecer una presunción probatoria, lo cual no es la intención del proyecto de párrafo 3.

34. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que, desde el principio, el Grupo de Trabajo se ha preocupado de evitar la dualidad de regímenes para las transacciones documentales y electrónicas. Conforme a un instrumento de derecho sustantivo como la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, por ejemplo, que se aplica a los contratos de compraventa entre partes cuyos domicilios mercantiles se encuentran en los Estados firmantes de la Convención, no tiene relevancia alguna que un agente del vendedor vaya a un Estado firmante y ordene allí una compra. Lo que es pertinentes es la ubicación del domicilio mercantil de esa persona, no el lugar en que se encuentre en un momento determinado. Lo mismo sucede en el caso de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, como ya ha indicado el representante de Singapur.

35. **El Presidente** observa que la propuesta del Canadá no ha recibido suficiente apoyo.

36. *Queda aprobado en cuanto al fondo el proyecto de párrafo 3 y se remite el texto al grupo de redacción.*

Párrafo 4

37. *Queda aprobado en cuanto al fondo el proyecto de párrafo 4 y se remite el texto al grupo de redacción.*

Se suspende la sesión a las 15.20 horas y se reanuda a las 15.50 horas.

Artículo 11. Invitaciones para presentar ofertas

38. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que, aunque el proyecto de artículo 11 no se corresponde con la disposición de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, sí se inspira en el artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías relativo a las condiciones que regulan la efectividad de una oferta. El proyecto de artículo 11 contiene una de las pocas disposiciones sustantivas del proyecto de convención, que tiene como objetivo aclarar si la oferta hecha por una parte que utiliza una plataforma de Internet o un sitio Web para ofrecer productos y servicios que pueden ser comprados por medios electrónicos debe considerarse como vinculante respecto de esa parte. Una versión anterior del texto sugería que podría añadirse una presunción de intención de quedar vinculado en caso de aceptación cuando se utilizan sistemas de proceso automatizado de mensajes, lo cual se denomina "aplicación interactiva" en el texto actual. Después de un amplio debate en el Grupo de Trabajo, se decidió que sería poco prudente incluir esa presunción, al menos por la sencilla razón de que una parte podría disponer de unas existencias limitadas de productos. El orador añade que se ha sugerido que se dé una explicación de la expresión "aplicación interactiva" en una nota o en el comentario.

39. **El Sr. Yang Lixin** (China) apoya la opinión de que la expresión "aplicación interactiva" debe ser aclarada en el comentario. Una redacción aceptable de la explicación podría basarse en el contenido del informe del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en su 42° período de sesiones (A/C.9/546, párr. 114).

40. **El Sr. Madrid Parra** (España) se pregunta si la expresión "aplicación interactiva" se corresponde con la definición g) de "sistema automatizado de mensajes" que figura en el proyecto de artículo 4. De ser así, sería preferible utilizar la misma terminología en lugar de introducir una nueva expresión que haga necesaria una definición o una explicación.

41. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el Grupo de Trabajo no ha definido la expresión "explicación interactiva" porque, aunque es razonablemente fácil describir su significado, no es tan fácil proporcionar una definición concisa de ella utilizando la terminología de los tratados. Una versión posible es "un sistema para la realización de pedidos por medios automáticos". Sin embargo, esa definición plantea el problema del significado exacto de la expresión "por medios automáticos" en ese contexto y del grado de automatismo que debería tener el proceso. Mientras que un sistema automatizado de mensajes entraña el intercambio de mensajes entre las partes, una aplicación interactiva requiere que las partes introduzcan información utilizando un sistema que establece aparentemente un contrato y que puede ser utilizado para la adquisición de bienes y servicios.

42. **El Presidente** lee en voz alta el párrafo 4 del documento A/CN.9/578/Add.17, que contiene una propuesta del Gobierno de Azerbaiyán de añadir un nuevo párrafo al proyecto de artículo 11. Invita a que se formulen observaciones sobre esa propuesta, destinada a limitar la corriente de comunicaciones comerciales no solicitadas ("*spam*").

43. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que su delegación no está menos preocupada que cualquier otra delegación por el problema de correo electrónico no solicitado, pero considera que no es apropiado en el contexto presente tratar de formular normas internacionales en el marco de una convención sobre un tema que es extremadamente complejo. Sin embargo, no hay razón para que esa cuestión no se deba abordar en el futuro, aunque hay que recordar que otros órganos internacionales están examinando actualmente temas análogos. La Comisión debería coordinar su labor con la de esos órganos.

44. *Queda aprobado en cuanto al fondo el proyecto de artículo 11 y el texto se remite al grupo de redacción.*

Artículo 12. Empleo de sistemas automatizados de mensajes para la formación de un contrato

45. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que, aunque no hay una disposición que se corresponda a la representada por el artículo 12 en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, una disposición de ese tipo figura en algunos instrumentos legislativos nacionales basados en la Ley Modelo, en los que se utiliza de modo general la expresión "agente electrónico". En algunos regímenes jurídicos en que se considera que la presencia de un ser humano es un requisito imprescindible para la formación de un contrato, se ha decidido incluir una disposición en que reconoce explícitamente que los contratos pueden ser celebrados de modo válido por conducto de un sistema automatizado de mensajes, aunque no haya un ser humano que revise cada acción realizada por el sistema. La Ley Modelo contiene una referencia indirecta a esa cuestión en su artículo 13 relativo a la atribución de los mensajes de datos, pero el Grupo de Trabajo ha decidido desde un principio que el proyecto de artículo 12 no debe ocuparse de esa atribución. Todo lo que se requiere es una norma de no discriminación que reconozca la validez de utilizar sistemas automatizados de mensajes para la formación de contratos.

46. **El Sr. Lavalle** (Guatemala) observa que mientras que en la definición g), "sistema automatizado de mensajes", incluida en el proyecto de artículo 4 se hace referencia a "una persona" en el proyecto de artículo 12 se hace referencia a una "persona física". Esa discrepancia debe eliminarse. En segundo lugar, la correspondencia con los términos utilizados en la definición exige que se incluyan las palabras "o haya intervenido en ellos" después de las palabras "tales actos" al final del proyecto de artículo 12.

47. **El Sr. Field** (Estados Unidos de América) indica que cuando se eliminó la definición de "persona" de la lista de definiciones, esa palabra se sustituyó por la expresión "persona física" en todo el texto. La omisión de la palabra "física" en la definición g) ha sido probablemente debida a un descuido.

48. **El Sr. Yamamoto** (Japón) propone que se inserte la palabra "física" después de la palabra "persona" en la definición g).

49. *Así queda acordado*.

50. **El Presidente** dice que considera que la Comisión desea que se incluyan las palabras "o haya intervenido en ellos" después de las palabras "tales actos" al final del proyecto de artículo 12.

51. *Así queda acordado*.

52. *Queda aprobado en cuanto al fondo el proyecto de artículo 12, en su forma enmendada, y se remite el texto al grupo de redacción*.

Artículo 13. Disponibilidad de las condiciones contractuales

53. **El Sr. Lavalle** (Guatemala) observa que, mientras que en los proyectos de artículo 7 y 13 y el párrafo 6 del proyecto de artículo 9 se utiliza la expresión "regla de derecho", en otros párrafos del proyecto de artículo 9 se utiliza simplemente "la ley". Se debería utilizar la misma terminología en todos los casos.

54. **El Sr. Field** (Estados Unidos de América) dice que la diferencia en la terminología pone de manifiesto diferencias en las cuestiones planteadas. El proyecto de artículo 13 es muy similar al proyecto de artículo 7, mientras que el significado difiere ligeramente en otros artículos. En su opinión, el texto del artículo 13 debería mantenerse sin cambios.

55. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que la expresión "regla de derecho" se ha utilizado en la frase "la aplicación de regla de derecho alguna" en los proyectos de artículo 7 y 13 debido a que se refieren a reglas de derecho específicas pero hipotéticas. La expresión "la ley" es más general y hace referencia a los instrumentos legislativos, la jurisprudencia u otras fuentes de reglas de derecho.

56. **El Sr. Madrid Parra** (España) propone que el comentario contenga una explicación de la diferencia entre esas dos expresiones a los efectos de hacerlas claras para quienes el inglés no es la lengua materna.

57. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que, en el texto francés, el empleo de los términos *loi* y *règle de droit*

deben intercambiarse entre sí en los artículos en que aparecen, ya que el uso en francés da al segundo término un sentido más general que al primero.

58. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que si en el proyecto de artículo 13 se hiciera referencia a la ley en lugar de a la regla de derecho, se interpretaría como que significa instrumento legislativo y no derecho en el sentido amplio que tiene la palabra *derecho* en español o *droit* en francés. La regla de derecho, por otra parte, puede derivarse, por ejemplo, de la jurisprudencia.

59. **El Sr. Mazzoni** (Italia) dice que la expresión "regla de derecho" es un concepto amplio que incluye no sólo instrumentos legislativos sino también las reglas de política pública y las de origen judicial. Sin embargo, no guarda relación con el concepto de "conflicto de derecho". Cuando se utiliza la expresión "la ley" por sí sola, por otra parte, se hace referencia al derecho que regula un contrato en relación con el concepto de "conflicto de derecho". Su delegación teme que se pueda tomar su significado como *lex mercatoria* o derecho del comercio en lugar de derecho del Estado. La Comisión debe utilizar la expresión "derecho aplicable" para dejar claro que hace referencia al derecho del Estado y no a la *lex mercatoria*.

60. **El Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que "la ley" es un sistema de reglas que tiene su origen en los órganos del Estado a los que corresponde la autoridad legislativa, es decir el Parlamento y en algunos casos los gabinetes o los ministros con facultades para dictar normas vinculantes. Las reglas de derecho, por el contrario, incluyen las reglas que tienen su origen en órganos sin poder legislativo en el plano nacional. Las "Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios" de la Cámara de Comercio Internacional se consideran por lo general un sistema de reglas de derecho. Lo mismo sucede con los "Principios de los contratos comerciales internacionales" del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) y, naturalmente, con la *lex mercatoria* misma. Desde ese punto de vista, las reglas de derecho tienen un alcance más amplio. La Comisión debe decidir, por lo tanto, si, en el proyecto de artículo 13 se hace referencia a "la ley" en el sentido más estricto o a un sistema de reglas, independientemente del origen de éste, en cuyo caso habría que utilizar la expresión "reglas de derecho".

61. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) hace referencia al material aclaratorio contenido en el párrafo 68 de la Guía para la incorporación del derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Ese párrafo, que la Comisión misma ha hecho suyo, interpreta la expresión "la ley" en el sentido de que abarca no solamente los instrumentos legislativos o reglamentarios sino también la jurisprudencia y el derecho procesal. El orador duda de que la Comisión realmente desee modificar esa interpretación, pero si lo hiciera sería necesario reelaborar varias disposiciones.

62. **El Sr. Chikanda** (Zimbabwe) dice que la expresión "regla de derecho" es ambigua en el proyecto de artículo: no está claro si se refiere únicamente a la legislación nacional o también a otros instrumentos normativos.

63. **El Presidente** dice que, sean cuales fueren las diferentes interpretaciones de las expresiones "la ley" y "regla de derecho", el proyecto de artículo 13 simplemente establece que el proyecto de convención no afecta a ninguna obligación impuesta a una persona por una disposición jurídica cualquiera. No es necesario modificar el texto, ya que el proyecto de artículo es simplemente un "refugio seguro". Si fuera necesario se podría hacer una aclaración en el comentario.

64. **El Sr. Madrid Parra** (España) está de acuerdo con lo indicado. El efecto práctico sería el mismo de un modo u otro. Sin embargo, la Comisión debe adoptar una de esas dos expresiones y utilizarla en todos los casos.

65. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que, como los proyectos de artículo 7 y 13 establecen un contraste entre las reglas del proyecto de convención y las del derecho interno, la expresión adecuada sería "la ley", que significa todas las disposiciones del derecho interno. La expresión "regla de derecho" debería utilizarse en el proyecto de artículo 9 porque se refiere al derecho internacional más que al derecho interno.

66. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el significado de la expresión "la ley" en los proyectos

de artículo 8 y 9 es exactamente el mismo que el significado que tiene en la Ley Modelo a la que ha hecho referencia el representante de los Estados Unidos. La Guía para la incorporación mencionada también establece que esa expresión no abarca sectores del derecho que no han entrado a formar parte del derecho de un Estado y a los que a veces se hace referencia de modo algo impreciso con expresiones como *"lex mercatoria"* o "ley del comercio". Una razón para evitar la expresión "regla de derecho" en los proyectos de artículo 8 y 9 es que en algunos idiomas habría que incluir una expresión como "que es aplicable" o "que regula". En los proyectos de artículo 7 y 13, por otra parte, la referencia que se hace es a un sector individual de la ley que se menciona en los proyectos de artículo 8 y 9. En algunos países ese sector podría no estar limitado a los instrumentos legislativos sino abarcar la jurisprudencia. Contrariamente a lo afirmado por algunos oradores, la expresión "regla de derecho" en esos proyectos de artículo no está destinada a abarcar el derecho del comercio. Esto podría indicarse claramente en el comentario, que también debería incluir el material contenido en el párrafo 68 de la Guía para la incorporación.

67. **El Sr. Mazzoni** (Italia) dice que no ha quedado convencido por esa explicación. Además de hacer referencia a un sector del derecho interno, la expresión "regla de derecho" también puede hacer referencia a reglas de muchos otros derechos internos. El objetivo de los proyectos de artículo 7 y 13 es evitar que el proyecto de convención no solo entre en contradicción con la reglas del derecho interno en un país concreto sino quizás incluso con muchas otras reglas del derecho interno, pertenecientes tanto al ámbito del derecho privado como del público en las que se establecen obligaciones jurídicas. De conformidad con esa lectura, la expresión "regla de derecho" utilizada en los proyectos de artículo 7 y 13 abarca todas las obligaciones jurídicas que puedan derivarse de cualquier regla de cualesquiera regímenes jurídicos nacionales.

Se levanta la sesión a las 17.00 horas.

Acta resumida de la 800ª sesión, celebrada en el Centro Internacional de Viena, el jueves 7 de julio de 2005, a las 9.30 horas

[A/CN.9/SR.800]

Presidente: Sr. Chan (Singapur), (Vicepresidente)

En ausencia del Sr. Pinzón Sánchez (Colombia), el Sr. Chan (Singapur), Vicepresidente, ocupa la Presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 9.45 horas.

Ultimación y aprobación de un proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (*continuación*) (A/CN.9/571, 573, 577 y Add.1 y 578 y Add.1 a 17)

Artículo 13. Disponibilidad de las condiciones contractuales (continuación)

1. **El Presidente** recuerda a la Comisión que en el contexto del debate del proyecto de artículo 13, en la sesión anterior, algunas delegaciones cuestionaron el uso de las palabras "ley", "norma jurídica" y "regla de derecho" en ciertos proyectos de artículo que ya se habían aprobado. Es preciso que la Comisión decida si ha de reiniciarse el debate sobre esos artículos.

2. **El Sr. Maiyegun** (Nigeria), el **Sr. Sandoval** (Chile), el **Sr. Buttimore** (Observador de Irlanda), el **Sr. Potyka** (Austria) y el **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dicen que se oponen a que se reabra el debate sobre los proyectos de artículo ya aprobados.

3. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que la mejor solución sería aclarar el uso de esos términos en el comentario.

4. **El Sr. Mirović** (Serbia y Montenegro) dice que las palabras "ley" y "norma jurídica" o "regla de derecho" no son intercambiables. La palabra *loi* en francés denota, por un lado, la "ley aplicable" y, por el otro, la ley de un país determinado. La expresión *règle de droit* se refiere de manera más amplia a las normas derivadas de la ley y también de fuentes independientes de derecho como los tratados. En el artículo 13, "regla de derecho" se utiliza en el sentido más amplio y debe mantenerse.

5. **El Sr. Chong** (Singapur) observa que la Secretaría ya ha explicado que la expresión "rule of law" se entiende en el proyecto de convención de la misma manera que "the law". Si se da esa explicación en el comentario, no es probable que el texto cree problemas.

6. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión no desea reabrir el debate sobre artículos aprobados previamente.

7. *Así queda acordado.*

8. **El Presidente** dice que también entiende que la Comisión desea aprobar el artículo 13 tal como ha sido redactado.

9. *Queda aprobado el fondo del proyecto de artículo 13 y se remite el texto al grupo de redacción.*

Artículo 14. Error en las comunicaciones electrónicas.

10. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el artículo 14 constituye una de las disposiciones más polémicas del proyecto de convención. En su 44° período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió no suprimir el proyecto de artículo como se había previsto sino atenuarlo considerablemente. En su versión actual el proyecto de artículo se refiere no a cualquier tipo de error sino tan solo a los errores de introducción de datos en las comunicaciones electrónicas y es aplicable solamente en el caso de que un sistema automatizado no ofrezca a una persona la oportunidad de corregir el error. Además, a diferencia de versiones anteriores, no prevé una obligación para las partes que utilizan o que ofrecen bienes o servicios a través de sistemas automatizados de mensajes o sistemas de información de acceso público de ofrecer a las partes que accedan a estos sistemas un medio de corregir los errores

introducidos en los datos. El tema fue ampliamente debatido en el Grupo de Trabajo, que llegó a la conclusión de que, tal como sucede con los requisitos de información y de revelación, cualquier obligación positiva que exija que el vendedor ofrezca a las partes los medios de corregir los errores solo tendrían sentido si esa obligación entrañara consecuencias en caso de incumplimiento. El Grupo de Trabajo no logró llegar a un consenso en cuanto a esas consecuencias, es decir, si habrían de entrañar la anulación del contrato o simplemente tendrían el efecto de que el cumplimiento de ciertas disposiciones del contrato no fuera obligatorio. En definitiva decidió que el artículo se centrase simplemente en la necesidad de brindar a una parte que hubiera cometido un error en la introducción de los datos la oportunidad de retirar el mensaje o esa parte del mensaje en que se hubiera producido el error.

11. El Grupo de Trabajo debatió detenidamente la disposición contenida en el apartado b) del párrafo 1 del proyecto relativa a las condiciones jurídicas de fondo que rigen el derecho de una parte a retirar un mensaje en caso de que haya resultado de un error en la introducción de los datos. Algunas delegaciones se opusieron al artículo aduciendo que constituía una norma jurídica de fondo y preveía reglas con las cuales no estaban familiarizadas. Otras sostuvieron que la disposición era razonable, no solo porque sus propios sistemas jurídicos establecían normas similares sino también porque ofrecía a los vendedores una "salvaguardia" y disuadía a las partes de retirar un mensaje de mala fe beneficiándose, al mismo tiempo, de un contrato que ahora pretendían anular.

12. **El Presidente** invita a la Comisión a examinar los dos párrafos del proyecto de artículo por separado.

Párrafo 1

13. **El Sr. Gabriel** (Estados Unidos de América) dice que la parte introductoria del proyecto de párrafo 1 es indebidamente restrictivo y propone que se inserten las palabras "la parte de" después de "retirar". Así, por ejemplo, si una persona desea teclear "100 artículos" pero accidentalmente escribe "101", el párrafo 1, tal como está redactado actualmente, daría a esa parte la opción de retirarse de toda la transacción. En su forma enmendada, el texto permitiría que un tribunal o un verificador de los hechos dictaminara si el error de introducción elimina solo la parte en que se ha cometido el error o, en determinadas circunstancias, si vicia toda la comunicación. El orador sostiene que la mayoría de los sistemas jurídicos adoptarían un criterio similar en sus leyes nacionales sobre el error.

14. **La Sra. Schmidt** (Alemania) dice que su delegación comparte la inquietud de que las partes puedan retirarse de toda una comunicación electrónica debido a un error de poca importancia. Ese error también podría tener la forma de una palabra incorrecta que pudiera modificar el significado de la comunicación. La propuesta de la delegación de los Estados Unidos no tiene plenamente en cuenta esa posibilidad, puesto que se refiere solamente a situaciones en que la parte de una comunicación en la que se ha cometido un error puede aislarse y separarse del resto. Señalando a la atención de los miembros las observaciones de Alemania (A/CN.9/578/Add.8), propone la adición de un nuevo apartado d) al proyecto de párrafo 1 a fin de evitar el retiro de una comunicación electrónica de mala fe:

> "Cabe suponer que la persona o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona no habría expedido la comunicación electrónica estando en conocimiento de los hechos y con una apreciación sensata del caso."

La oradora estima que el nuevo apartado tendría en cuenta la situación descrita por la delegación de los Estados Unidos. Los detalles de fondo del derecho de retiro deberían dejarse al legislador nacional.

15. **El Sr. Yamamoto** (Japón) dice que su delegación comparte la inquietud expresada por la delegación de Alemania y apoya la opinión de que los detalles de disposiciones del tipo de las que figuran en los apartados a) y b) se dejen a las leyes nacionales.

16. **El Sr. Caprioli** (Francia) expresa su apoyo a la propuesta de los Estados Unidos en aras de la certidumbre jurídica.

17. El proyecto de párrafo, especialmente los apartados b) y c), se refieren a cuestiones que caen dentro del ámbito del derecho de los contratos y la teoría general de las obligaciones. No tendría que

referirse a cuestiones de fondo en esas esferas. Además, las consecuencias de cualquiera de los actos previstos se rigen por la legislación nacional.

18. **El Sr. Lavallle** (Guatemala) dice que, a su juicio, la devolución o destrucción de servicios a que se refiere el apartado b) del proyecto de párrafo es algo extraña.

19. **El Presidente** pide a la delegación de Alemania que aclare el significado de las palabras "estando en conocimiento de los hechos" que ha propuesto para el nuevo apartado d).

20. **La Sra. Schmidt** (Alemania) menciona, a manera de ejemplo, el caso de un comprador que, en el momento de la formación del contrato, introduzca una suma ligeramente incorrecta en la creencia de que dicha suma es la correcta. Posteriormente el comprador podría decidir, al percatarse de que el artículo comprado vale menos que la suma indicada, retirar la comunicación basándose en ese ligero error. Las palabras "conocimiento de los hechos" se refieren a la situación contraria, es decir, el caso en que una persona que emite la comunicación tiene plena conciencia de todos los hechos relacionados con la compra en el momento de la formación del contrato.

21. **El Sr. Minihan** (Australia) dice que, si bien la propuesta del representante de los Estados Unidos, que su delegación apoya, tiene por objeto permitir el retiro de solamente la parte de una comunicación en la que se ha cometido un error, la propuesta de la representante de Alemania procura evitar el retiro por segundas intenciones, lo cual plantea la cuestión de la intención y, por tanto, constituye un problema de política distinto.

22. **El Sr. Buttimore** (Observador de Irlanda) manifiesta su apoyo a la propuesta de la delegación de los Estados Unidos.

23. El orador tiene reservas en cuanto a la propuesta de la delegación de Alemania debido a que parece introducir un requisito adicional basado en una apreciación subjetiva de las intenciones o la buena fe de la parte. Difícilmente pudiera la Comisión caracterizar el tipo de error al cual es aplicable el proyecto de artículo sin inmiscuirse en el ámbito del derecho nacional sustantivo y las decisiones de política públicas relativas a los contratos en los Estados Miembros.

24. **El Sr. Chong** (Singapur) expresa su apoyo a la propuesta de los Estados Unidos.

25. El elemento adicional que introduce la propuesta de Alemania ya está previsto, a su juicio, por el concepto del error de introducción según se debatió ampliamente en el seno del Grupo de Trabajo.

26. **El Sr. Gabriel** (Estados Unidos de América) dice que la propuesta de su delegación tiene por único objeto dividir la comunicación entre la parte equivocada y la parte correcta. La propuesta de la delegación de Alemania se refiere, por el contrario, a la intención.

27. **El Sr. Caprioli** (Francia) dice que la propuesta de Alemania está bien intencionada pero es excesivamente compleja y, además, innecesaria en vista del proyecto de artículo 5, en el cual se dice que, en la interpretación de la Convención, se tendrá en cuenta la observancia de la buena fe en el comercio internacional. Las palabras "cabe suponer" son, asimismo, inaceptables.

28. **El Sr. Boulet** (Bélgica) dice que la propuesta de los Estados Unidos plantea la cuestión de la *ratio legis* del proyecto de artículo 14, que se refiere a los sistemas automatizados de mensajes que no permiten la corrección de un error de introducción e implica que dichos sistemas son deficientes por los riesgos que entrañan. La enmienda propuesta es equilibrada en la medida en que la parte que envía la comunicación sigue estando obligada por ese hecho pero está en libertad de corregir la comunicación retirando parte de la misma.

29. La propuesta de Alemania adopta un enfoque "objetivo", sin tener en cuenta el hecho de que el sistema no deja margen para hacer correcciones. La delegación de Bélgica comparte con todo la preocupación de la delegación de Alemania de que el proyecto de artículo pueda utilizarse para fines distintos de los originales. Se plantea entonces la cuestión de si la intención del legislador ha sido poner la carga del riesgo en la persona que utiliza el sistema sin margen para la corrección de los errores de introducción. Cabe mencionar a este respecto que la Directiva 2000/31/EC de la Unión Europea

requiere que se faciliten medios técnicos para corregir tales errores.

30. **El Sr. Sandoval** (Chile) expresa su apoyo a la propuesta de los Estados Unidos.

31. El caso hipotético a que se refiere la propuesta de Alemania, en cambio, ya está previsto en el proyecto de artículo 14. La enmienda propuesta podría introducir cierto grado de complejidad adicional y podría adentrarse en el ámbito del derecho nacional.

32. **El Sr. Chung Wan-yong** (República de Corea) expresa su apoyo a la propuesta de los Estados Unidos que, a su juicio, abarcaría los casos de introducción intencional de un error como el que se propone remediar la propuesta de Alemania.

33. **El Sr. Lavalle** (Guatemala) se pregunta si no sería posible atender a la inquietud de la delegación de Alemania de que una persona pueda no actuar de buena fe reemplazando las palabras "cometa un error al introducir los datos", en la primera línea del proyecto de artículo, por las palabras "cometa un error de importancia al introducir los datos".

34. **La Sra. Lahelma** (Observadora de Finlandia) dice que comparte las opiniones del representante de Bélgica. La propuesta de Alemania parece estar dirigida a la protección de las partes que no emplean prácticas comerciales leales valiéndose de sistemas automatizados que no permiten la detección y corrección de errores de introducción. Las partes podrían protegerse del riesgo del abuso del derecho de retiro estableciendo un sistema que ofrezca a los usuarios la oportunidad de corregir errores.

35. **El Presidente** observa que lo que se espera es que el proyecto de convención aliente a la gente a establecer sistemas automatizados que permitan al usuario corregir un error de introducción de datos, si bien esa finalidad no se menciona explícitamente en el texto. Como hizo notar la observadora de Finlandia, la implantación de un sistema que castigue a las partes por la comisión de errores auténticos podría interpretarse como la condonación de prácticas comerciales desleales.

36. **El Sr. Potyka** (Austria) dice que, si bien no se opone a la propuesta de los Estados Unidos, no está seguro de que baste para remediar una situación en que pueda determinarse que solo parte de una cifra se introdujo equivocadamente.

37. **El Presidente** dice que la idea es proporcionar a los tribunales mayor flexibilidad y tengan la opción de decidir que no puede retirarse una comunicación en su totalidad sino solamente la parte en que se cometió el error.

38. **El Sr. Yang Lixin** (China) dice que su delegación apoya la propuesta de los Estados Unidos.

39. La propuesta de Alemania introduce reservas y condiciones que harían muy difícil la interpretación del proyecto de párrafo.

40. El orador apoya la propuesta del representante de Guatemala de que se inserten las palabras "de importancia" en la primera línea del proyecto de párrafo.

41. **El Sr. Ticar** (Observador de Eslovenia) propone, como alternativa a la propuesta de los Estados Unidos, que se enmiende la frase "tendrá derecho a retirar la comunicación electrónica en que se produjo dicho error" de modo que diga "tendrá derecho a retirar el ámbito de la comunicación electrónica afectada por el error". Esta enmienda también tendría en cuenta el caso mencionado por la representante de Alemania.

42. **El Sr. Madrid Parra** (España) dice que, si bien está de acuerdo con el espíritu de la propuesta de los Estados Unidos, no está seguro de que funcione en la práctica, por ejemplo, en el caso de un contrato de compraventa que contenga un error numérico. Si se retira la cifra, el contrato de compraventa carecerá de un componente de importancia fundamental para la ejecución del contrato. En tales casos, la comunicación electrónica no puede dividirse en partes. Se declara a favor, por tanto, de dejar el texto tal como está.

43. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que quizá debiera mencionarse en las notas explicativas que una de las razones por las cuales el Grupo de Trabajo no previó la posibilidad de retirar una comunicación en su integridad o en parte, fue la que acaba de mencionar el representante de España, que también señaló el efecto del retiro en la formación del contrato. La escala del efecto dependerá de si la información retirada era de fondo o simplemente periférica. Con arreglo a la

Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa, la partes necesitan disponer de algún medio para determinar los elementos principales, tales como la cantidad de mercancías objeto del contrato y el precio. Por otro lado, un error relativo al sistema de arbitraje en la cláusula sobre la resolución de controversias podría invalidar esa cláusula pero no impediría la formación del contrato de compraventa. Si la Comisión hace suya la propuesta de los Estados Unidos, podría decirse en el comentario que, según las circunstancias de hecho, el retiro de una parte de un mensaje podría o no afectar la validez del mensaje en su totalidad. Cabría argüir, con todo, que un comentario no constituye un texto que haga fe o una fuente convincente para orientar a los tribunales de muchos países.

44. **El Sr. Boulet** (Bélgica) sugiere la posibilidad de tener en cuenta la reserva expresada por el representante de España reemplazando la palabra "retirar" por "corregir" en la frase "retirar esa parte de la comunicación electrónica". En tal caso no podría invocarse el error para desdecirse de la intención expresa de celebrar un contrato.

45. **El Presidente** señala que en los párrafos 193 y 194 del informe del Grupo de Trabajo sobre su 44° período de sesiones (A/CN.9/571) se explica en detalle por qué se decidió no sustituir la palabra "retirar" por "corregir". Si bien es cierto que la Comisión, evidentemente, no está obligada por las opiniones del Grupo de Trabajo, opina que un texto que representa la labor de varios años no debería rechazarse a menos que existan excelentes razones para ello.

46. **La Sra. Kamenkova** (Belarús) dice que su delegación está a favor de retener la redacción recomendada por el Grupo de Trabajo, que es lo bastante flexible para ser aplicable en todas las circunstancias. Tal como está, el texto ofrece a las partes la opción de retirar la comunicación en su integridad o en parte. Debería dejárseles ese margen de acción y no constreñirlos por el término menos amplio "corregir".

47. **La Sra. Schmidt** (Alemania) dice que su delegación está de acuerdo con la de los Estados Unidos en que el derecho al retiro debe limitarse a errores concretos, de manera que no pueda invocarse un error leve para retirar una comunicación en su integridad. Al mismo tiempo, el representante de España tiene razón al señalar a la atención de los miembros el hecho de que en la propuesta de los Estados Unidos no se tienen suficientemente en cuenta las dificultades prácticas del caso.

48. **El Sr. Madrid Parra** (España) dice que, como ha señalado la Secretaría, en un sistema de contratación automatizado los elementos vitales de un contrato son datos tales como la cantidad o el tipo de mercancía o servicios y los detalles de los precios. Con toda probabilidad, el contrato sería nulo y sin valor si faltase cualquiera de esos elementos. De modo análogo, si se retirase parte de una comunicación electrónica, toda la comunicación electrónica carecería, a su juicio, de valor.

49. **El Sr. Gabriel** (Estados Unidos de América) dice que, con arreglo al proyecto de párrafo en su forma enmendada por los Estados Unidos, un error cometido en una comunicación electrónica viciaría, en algunos casos, toda la comunicación pero en otras circunstancias, cuando las partes considerasen justo y razonable seguir adelante, anularía solo una parte de ella.

50. **El Presidente**, después de señalar que existe amplio apoyo a la propuesta de los Estados Unidos, dice que, a su juicio, sería apropiado, si se aprueba la propuesta, incluir las aclaraciones que se acaban de hacer en el comentario.

51. **La Sra. Kamenkova** (Belarús), apoyada por el **Sr. Tikhaze** (Federación de Rusia), dice que no ve ninguna necesidad de modificar la frase "error al introducir los datos" agregando las palabras "de importancia" en la primera línea del proyecto de artículo, según lo propuesto por la delegación de Guatemala. Eso introduciría un concepto totalmente nuevo, que obligaría a establecer criterios para determinar qué es "un error de importancia". El efecto sería complicar aún más la situación.

52. **La Sra. Schmidt** (Alemania) dice que su delegación está a favor de que se agreguen las palabras propuestas "de importancia".

53. **El Presidente** hace notar, con todo, que la mayoría de los miembros de la Comisión parecen oponerse a la enmienda. Tampoco ha visto apoyo a la propuesta de la delegación de Alemania de que se introduzca un nuevo apartado ni para la propuesta del

observador de Eslovenia de que se reemplace la frase "tendrá derecho a retirar la comunicación electrónica en que se produjo dicho error" por "tendrá derecho a retirar el ámbito de la comunicación electrónica en que se haya cometido el error".

Se suspende la sesión a las 11.10 horas y se reanuda a las 11.40 horas.

54. **El Presidente** invita a que se formulen observaciones sobre la propuesta de la delegación de Bélgica de sustituir la palabra "retirar" por "corregir".

55. **El Sr. Chong** (Singapur) dice que su delegación se opone a dicha enmienda. La cuestión fue debatida extensamente por el Grupo de Trabajo.

56. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro), apoyado por el **Sr. Mazzoni** (Italia), dice que la cuestión gira en torno al significado de la palabra "retirar". Si tiene un significado puramente técnico, su retención es aceptable; pero si permitiera a una parte retirarse de un contrato invocando lo que podría haber sido incluso un error deliberado, su retención se hace más cuestionable y preferiría la palabra "corregir".

57. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que la decisión del Grupo de Trabajo, alcanzada después de un amplio debate, de recomendar la palabra "retirar" y no "corregir" se debía a su preocupación de que pudiera crear un recurso en ese contexto que no existía en el caso de errores "ordinarios" con arreglo a la ley por lo demás aplicable. El efecto normal de un error cometido en una comunicación legalmente pertinente es la invalidez de dicha comunicación, pero la parte no disfrutaría automáticamente en ese caso del derecho a reemplazar la comunicación inválida por otra. El Grupo de Trabajo trató de mantener un paralelismo absoluto entre el entorno electrónico y el no electrónico. Así, por ejemplo, si se usara la palabra "corregir" en un contexto electrónico, un vendedor que ofreciera mercaderías a un precio particularmente ventajoso podría verse obligado a mantener la oferta abierta por un comprador que decidiese comprar mayor cantidad de la mercadería que la pedida originalmente retirando la comunicación, supuestamente equivocada, y reemplazándola por otra.

58. **El Sr. Potyka** (Austria) y el **Sr. Gabriel** (Estados Unidos de América) dicen que, por las razones expuestas por los representantes de Singapur y la Secretaría, están a favor de que se mantenga la palabra "retirar".

59. **El Sr. Boulet** (Bélgica) dice que su delegación reconoce los problemas que podrían plantearse si se admitiera el derecho a corregir una comunicación, como se ve en el ejemplo de la Secretaría. Sin embargo, el retiro parcial de una comunicación, de conformidad con la redacción propuesta por los Estados Unidos, equivale a una corrección, puesto que da al remitente la oportunidad de corregir su contenido.

60. **El Sr. Meena** (India) dice que todas las propuestas formuladas —reemplazar la palabra "retirar" por "corregir", introducir la idea de un retiro parcial y la inserción de las palabras "de importancia" después de "error"— tienen consecuencias potencialmente polémicas. Por consiguiente su delegación está a favor de mantener la parte introductoria del proyecto de párrafo número 1 en su forma actual.

61. **El Sr. Khani Jooyabad** (República Islámica del Irán) dice que su delegación podría aceptar el texto en su forma actual, pero que si se aprueba la propuesta de los Estados Unidos, las palabras "tendrá derecho a retirar" antes de "la parte de" deberían enmendarse para que dijeran "el derecho a corregir o retirar".

62. **El Sr. Velázquez** (Paraguay) es partidario de que se mantenga el texto en su forma actual para evitar toda posible ambigüedad.

63. **El Sr. Mazzoni** (Italia) dice que o bien hay que dejar el texto tal cual o, si se introduce el concepto de retiro parcial, habría que agregar el concepto de corrección a fin de mantener la coherencia lógica.

64. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) dice que el argumento de la Secretaría no termina de convencerlo. Cuando se envía por correo común una carta con una oferta o una aceptación de una oferta, siempre ha sido posible enviar un telegrama por el cual se retira o corrige la oferta o aceptación; el retiro o corrección será válido siempre que el telegrama llegue antes que la carta. Las comunicaciones electrónicas son distintas porque, una vez enviadas, ya no pueden corregirse. Propone por tanto que se inserten las palabras "y corregir"

después de "retirar" en la parte introductoria del proyecto de párrafo 1.

65. **El Sr. Sandoval** (Chile) dice que su delegación apoya la propuesta de Bélgica. Sin embargo, puesto que no parece haber suficiente apoyo para esa propuesta o para la propuesta de los Estados Unidos se declara en favor de volver al texto recomendado por el Grupo de Trabajo.

66. **El Sr. Chong** (Singapur) dice que las propuestas formuladas por Bélgica y los Estados Unidos tienen diferentes consecuencias y su delegación sigue apoyando la segunda de esas propuestas.

67. **El Sr. Maiyegun** (Nigeria), el **Sr. Minihan** (Australia), el **Sr. Caprioli** (Francia) y el **Sr. Bouacha** (Argelia) también expresan su apoyo a la propuesta de los Estados Unidos.

68. **El Sr. Yamamoto** (Japón) dice que las nociones de corrección y retiro parcial son las dos algo ambiguas, pero el concepto de retiro parcial quizá sea algo más flexible y su delegación apoya, por tanto, la propuesta de los Estados Unidos.

69. **La Sra. Cherif Chefchaouni** (Marruecos) dice que no ve ninguna contradicción entre las propuestas formuladas por Bélgica y los Estados Unidos. La corrección de una comunicación electrónica podría considerarse equivalente al retiro de la parte que contiene el error. Por consiguiente, podrían incorporarse ambas enmiendas al texto.

70. **El Presidente**, después de observar que no hay apoyo para la segunda propuesta y un apoyo insuficiente para la propuesta de Bélgica, dice que entiende que la Comisión desea aprobar la parte introductoria del proyecto de párrafo 1 en la forma enmendada por los Estados Unidos.

71. *Así queda acordado*.

72. **La Sra. Schmidt** (Alemania), refiriéndose a las observaciones escritas de Alemania (A/CN.9/578/Add.8), propone que se suprima el apartado b) del proyecto de párrafo 1 debido a que en él se describen las consecuencias del retiro de una comunicación electrónica y no las condiciones del ejercicio del derecho de retiro. Esta cuestión debe ser de la competencia de los legisladores nacionales.

73. **El Sr. Mazzoni** (Italia) apoya la propuesta.

74. **El Sr. Caprioli** (Francia) propone que se suprima tanto el apartado b) del proyecto de párrafo 1 como el apartado c) de ese párrafo puesto que ambos tratan de las consecuencias al retiro, que es una cuestión que ha de determinar el derecho nacional.

75. **El Sr. Gabriel** (Estados Unidos de América) dice que no tiene objeciones a que se suprima el apartado b) del proyecto de párrafo 1 pero que preferiría que se conservase el apartado c) del proyecto de párrafo 1.

76. **El Sr. Yamamoto** (Japón) apoya la propuesta de Alemania.

77. Refiriéndose a la parte introductoria del proyecto de párrafo 1, dice que las palabras "esa persona" después de "error", que se refieren a la "persona física" mencionada en la primera línea, podría crear confusión puesto que podría referirse a un agente privado como sujeto de derecho o a una persona empleada por una empresa. En aras de la claridad, propone que se inserte la frase "que es parte en el contrato" después de "esa persona".

78. **El Presidente** dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea suprimir el apartado b) del proyecto de párrafo 1.

79. *Así queda acordado*.

80. **El Sr. Yamamoto** (Japón) y la **Sra. Schmidt** (Alemania) expresan su apoyo a la propuesta de que se suprima el apartado c) del proyecto de párrafo 1.

81. **El Sr. Yang Lixin** (China) y la **Sr. Meena** (India) dicen que sus delegaciones desean que se conserve el proyecto de párrafo.

82. **El Sr. Minihan** (Australia), apoyado por **el Sr. Chong** (Singapur), dice que existe una diferencia importante entre los apartados b) y c) del proyecto de párrafo 1. En efecto, mientras que el segundo proporciona ciertos elementos de equidad por cuanto una persona que se haya beneficiado con los bienes o servicios recibidos no debería poder retirar la comunicación electrónica con demasiada facilidad. Ese tipo de disposición es de especial importancia en el entorno electrónico, donde bienes tales como la música pueden entregarse de manera instantánea. Por consiguiente debería conservarse el apartado c) del proyecto de párrafo 1.

83. **El Sr. Potyka** (Austria) dice que sería ilógico suprimir el apartado b) del proyecto de párrafo 1 y retener al mismo tiempo el apartado c) del proyecto de párrafo 1 porque ambos se refieren a las consecuencia del retiro de una comunicación. El apartado b) se refiere a la devolución de los bienes o servicios recibidos, pero de conformidad con la legislación austríaca, los beneficios materiales recibidos gracias a los bienes y servicios con arreglo al apartado c) del proyecto de párrafo 1 también deberían devolverse. Por consiguiente, apoya la propuesta de que se suprima el apartado c).

84. **El Sr. Maiyegun** (Nigeria) dice que el apartado c) del proyecto de párrafo 1 debe conservarse en aras de la equidad y para limitar la posibilidad de abuso por las partes.

85. **El Presidente** dice que, en vista de que no hay consenso en favor de suprimir el apartado c) del párrafo 1 del artículo 14, entiende que la Comisión desea que se conserve como apartado b) del proyecto de párrafo 1.

86. *Así queda acordado*.

87. **La Sra. Schmidt** (Alemania), refiriéndose a las observaciones escritas de Alemania (A/CN.9/578/Add.8), propone fijar un plazo de dos años al derecho de retirar una comunicación electrónica a fin de lograr una mayor certidumbre jurídica.

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

Acta resumida de la 801ª sesión, celebrada en el Centro Internacional de Viena, el jueves 7 de julio de 2005, a las 14.30 horas

[A/CN.9/SR.801]

Presidente: Sr. Chan (Singapur), (Vicepresidente)

En ausencia del Sr. Pinzón Sánchez (Colombia), el Sr. Chan (Singapur), Vicepresidente, ocupa la Presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 14.05 horas.

Ultimación y aprobación de un proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (*continuación*) (A/CN.9/571, 573, 577 y Add.1, 578 y Add.1 a 17)

Artículo 14. Error en las comunicaciones electrónicas (*continuación*)

Párrafo 1

1. **El Presidente** invita a la Comisión a examinar la propuesta de la delegación de Alemania de incluir en el párrafo 1 del artículo 14 del proyecto un nuevo apartado en el que se establece un plazo para la retirada de comunicaciones electrónicas erróneas. Puesto que la Comisión ha acordado suprimir el apartado b) de dicho párrafo, de forma que el que antes era el apartado c) ha pasado a ser el apartado b), el nuevo apartado propuesto pasaría a ser el apartado c).

2. **El Sr. Meena** (India) dice que no está a favor de que se establezca un plazo. El error cometido al introducir los datos no deja de ser un error con el paso del tiempo. En todo caso, la retirada de una comunicación estaría sujeta al apartado a), en que se estipula que la persona, o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona, notifique a la otra parte el error tan pronto como sea posible después de haberse percatado de éste. Por consiguiente, no es necesario establecer ningún plazo.

3. **La Sra. Schmidt** (Alemania) dice que su preocupación es que puede transcurrir mucho tiempo antes de que la persona "se percate del error". La retirada de una comunicación después de un período excesivamente largo iría en detrimento de la seguridad en el comercio. Si no hay apoyo a la inclusión de un plazo específico en el párrafo 1, la oradora propone enmendar el párrafo 2 para que en él se estipule que la legislación nacional determinará el plazo para la retirada de la comunicación.

4. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) dice que la propuesta de Alemania es válida. La seguridad es importante en las relaciones contractuales. Por tanto, propone enmendar el apartado a), redactándolo de la siguiente manera: "... tan pronto como sea posible, pero en cualquier caso dentro de dos años de haberse percatado ...".

5. **El Presidente** puntualiza que la propuesta del representante de Serbia y Montenegro no resuelve la cuestión planteada por la delegación de Alemania, puesto que los errores solo tendrían que notificarse "dentro de dos años de haberse percatado de ellos ..."

6. **El Sr. Caprioli** (Francia) dice que está de acuerdo en que se debe establecer un plazo para la retirada de comunicaciones, pero le cuesta imaginar una situación en que una persona no se percatara de un error a los pocos días del intercambio de comunicaciones: todo posible error saldría necesariamente a la luz en el cumplimiento del contrato. Además, en virtud del nuevo apartado b), ya no sería posible retirar la comunicación una vez iniciado el cumplimiento, por ejemplo mediante el pago o la entrega del producto.

7. **El Sr. Yamamoto** (Japón) dice que su delegación no puede apoyar la propuesta de establecer un plazo de dos años, puesto que en muchos sistemas jurídicos ese tipo de limitaciones es objeto de políticas de carácter público. Su delegación también tiene reservas sobre la propuesta alternativa

de Alemania de estipular en el párrafo 2 que el plazo se determinará a nivel nacional.

8. **La Sra. Kamenkova** (Belarús) señala que se debe añadir la palabra "y" al final del apartado a) y dice que el derecho a retirar la comunicación electrónica en que se haya producido el error está en función, en primer lugar, de que la persona, o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona, notifique a la otra parte el error tan pronto como sea posible después de haberse percatado de éste y, en segundo lugar, de que la persona o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona no haya disfrutado ni recibido ningún beneficio o valor material de los bienes o servicios recibidos. Si las condiciones enunciadas en los dos apartados se leyeran conjuntamente, no habría necesidad de establecer un plazo específico.

9. **El Presidente** dice haber entendido que la Comisión no desea apoyar ninguna de las dos propuestas de Alemania.

10. *Así queda acordado*.

Párrafo 2

11. **El Sr. Mazzoni** (Italia) dice que se debe redactar de nuevo el párrafo 2 para expresar mejor su propósito subyacente, a saber, que lo que se pretende con el recurso por errores cometidos al introducir datos previsto en el artículo no es interferir en ninguna doctrina general al respecto contenida en las leyes nacionales. Por ejemplo, cuando existe un elemento de intencionalidad en la introducción de un dato erróneo, las normas especiales que figuran en el artículo 14 del proyecto no excluyen la aplicación de reglas de derecho que regulan la comisión de errores. El orador propone que se enmiende el párrafo 2, redactándolo de la siguiente manera:

> "Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la aplicación de regla de derecho alguna que regule las consecuencias de un error cometido durante la formación o el cumplimiento del tipo de contrato en cuestión con otros motivos o fines que no sean el de facilitar un recurso especial cuando se hayan introducido datos erróneos en las circunstancias señaladas en el párrafo 1."

12. **El Sr. Field** (Estados Unidos de América) dice que su delegación apoya en principio la propuesta, pero propone que la frase que sigue a las palabras "en cuestión", se acorte de la siguiente manera: "en casos que no sean los previstos en el párrafo 1".

13. **El Sr. Mazzoni** (Italia) dice que no tiene inconveniente en aceptar la formulación propuesta por los Estados Unidos.

14. **El Sr. Caprioli** (Francia) y el **Sr. Gregory** (Canadá) expresan su apoyo a la enmienda más concisa.

15. **La Sra. Schmidt** (Alemania) dice que apoya la formulación más concisa propuesta por los Estados Unidos, con lo cual, a su juicio, resulta superflua la frase "cometido durante la formación o el cumplimiento del tipo de contrato en cuestión". De hecho, el párrafo podría quedar como sigue: "Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la aplicación de regla de derecho alguna que regule las consecuencias de un error en casos que no sean los previstos en el párrafo 1".

16. **El Sr. Boulet** (Bélgica) dice que prefiere la propuesta de Italia enmendada por los Estados Unidos.

17. **La Sra. Kamenkova** (Belarús) dice que la versión original del párrafo está bien razonada y que no debe enmendarse.

18. **El Sr. Yamamoto** (Japón) secunda la propuesta de Italia con la salvedad hecha por los Estados Unidos. No obstante, es partidario de retener las palabras "recurso especial" que figuran en la propuesta original de Italia. Tiene reservas acerca de la propuesta presentada por la delegación de Alemania, que parece excluir la aplicabilidad de la doctrina general en materia de errores a la introducción de datos erróneos.

19. **El Sr. Gabriel** (Estados Unidos de América) dice que puede apoyar la formulación propuesta por Alemania como alternativa a la propuesta de su propia delegación.

20. **El Sr. Chung** (Singapur) dice que puede aceptar indistintamente la propuesta de los Estados Unidos o la formulación de Alemania, puesto que, en cuanto disposiciones de "salvaguardia", las dos tienen el mismo efecto. No está a favor de incluir las palabras "recurso especial", que complicarían innecesariamente la formulación del párrafo.

21. **El Presidente** dice haber entendido que la Comisión desea aprobar la versión del párrafo 2 que dice así: "Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la aplicación de regla de derecho alguna que regule las consecuencias de un error en casos que no sean los previstos en el párrafo 1".

22. *Así queda acordado*.

23. *La Comisión aprueba el contenido del párrafo 2 y remite el texto al grupo de redacción*.

Artículo 6. Ubicación de las partes (*continuación*)

Párrafo 5

24. **El Presidente** señala a la atención de los miembros las tres variantes del párrafo 5 del artículo 6 del proyecto, contenidas en el informe del grupo de redacción (A/CN.9/XXXVIII/CRP.2). La Comisión aceptó anteriormente una propuesta del Paraguay de ampliar a "otros medios de comunicación electrónica" el ámbito de aplicación del párrafo, que dice que el mero hecho de que una parte haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculada a cierto país no crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en dicho país. El grupo de redacción determinó que el nuevo elemento propuesto pertenecía a una categoría diferente de los nombres de dominio y las direcciones de correo electrónico. Pero más importante aún, como hace notar el Presidente, es que los avances tecnológicos hagan posible algún día el uso de un identificador de lugar que justifique una presunción en relación con la ubicación del establecimiento. En ese contexto, invita a la Comisión a reconsiderar su decisión anterior.

25. **El Sr. Field** (Estados Unidos de América) propone volver a la versión original del párrafo. Si los avances tecnológicos lo justifican, se puede enmendar el párrafo más adelante.

26. **El Sr. Yamamoto** (Japón), **el Sr. Sandoval** (Chile) y el **Sr. Nordlander** (Suecia) secundan la propuesta de los Estados Unidos.

27. **El Sr. Madrid Parra** (España) dice que si en el párrafo ha de figurar una lista, la Comisión debe considerar la conveniencia de incluir otras modalidades existentes de comunicación electrónica, como los servicios de mensajes cortos y la televisión interactiva, que no crean la presunción de que el establecimiento se encuentra en determinado país, aunque parecen implicar que así es.

28. **El Presidente** dice haber entendido que, ante la falta de apoyo a la propuesta de España, la Comisión desea volver a la formulación original del párrafo.

29. *Así queda acordado*.

30. *La Comisión aprueba el texto del párrafo 5 recomendado por el Grupo de Trabajo*.

Artículo 2. Exclusiones (*continuación*)

31. **El Sr. Yamamoto** (Japón) dice que el apartado a) del párrafo 1 del artículo 2 del proyecto de convención ("Contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos") es ambiguo y que se debe aclarar su significado en el comentario. De lo contrario, los Estados no sabrán con certeza qué asuntos deben quedar excluidos mediante una declaración efectuada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18. Su delegación entiende que esos contratos tienen un ámbito de aplicación más amplio que los "contratos concertados con consumidores", que se limitan únicamente a los contratos concertados entre consumidores y firmas comerciales, mientras que los "contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos" abarcan también los contratos concertados entre ciudadanos comunes, por ejemplo, entre marido y mujer. En el comentario debe hacerse constar que el propósito del apartado a) del párrafo 1 es excluir del ámbito de aplicación del proyecto de convención no solo los contratos concertados con consumidores, sino también otras categorías de contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos.

32. **El Sr. Mazzoni** (Italia) dice que no está claro qué documentos del comercio internacional quedan excluidos en el párrafo 2 del artículo 2 y menciona en particular las cartas de crédito con fines de pago, las cartas de garantía, que pueden ser transferibles, y las órdenes de entrega, algunas de las cuales son transferibles y otras no.

33. **La Sra. Schulz** (Observadora de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado) expresa su firme apoyo a la propuesta de la delegación del Japón. El apartado a) del párrafo 1 del artículo 2 del proyecto de convención es reflejo de una disposición contenida en la Convención de las

Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa, si bien el ámbito de aplicación del proyecto de convención es más amplio. En su 44° período de sesiones, el Grupo de Trabajo no pudo ponerse de acuerdo a la hora de decidir si los contratos regulados por el derecho de familia o por el derecho de sucesiones debían quedar excluidos explícitamente del ámbito de aplicación del proyecto de convención en virtud de lo dispuesto en el artículo 2. Algunas delegaciones se opusieron a su exclusión porque pensaban que el proyecto de convención debía ser aplicable a asuntos de esa índole; otras delegaciones opinaron que no eran necesarias exclusiones explícitas, toda vez que los asuntos relativos al derecho de familia o al derecho de sucesiones estaban al margen del mandato de la Comisión, circunscrito al derecho mercantil. En el comentario se debe dejar claro que dichos asuntos no pertenecen al ámbito de aplicación del proyecto de convención.

34. **El Presidente** observa que si bien los comentarios no son documentos jurídicos, gozan de alta consideración e influirán en las decisiones de los magistrados llamados a interpretar el proyecto de convención.

35. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que sólo podrá secundar la propuesta del Japón si la aclaración no contradice las conclusiones del Grupo de Trabajo. Por ejemplo, el comentario debe confirmar que los contratos de consumidor a consumidor quedan excluidos del ámbito de aplicación del proyecto de convención en virtud del apartado a) del párrafo 1 del artículo 2. Sin embargo, el Grupo de Trabajo resolvió deliberadamente no enumerar exclusiones específicas para que cada Estado pudiera decidir por sí mismo qué asuntos deseaba excluir en virtud de lo dispuesto en el artículo 18. Por otra parte, tal vez sea conveniente aclarar en el comentario que los contratos a que hace referencia el apartado a) del párrafo 1 no se limitan a contratos concertados con partes comerciales.

36. **La Sra. Lahelma** (Observadora de Finlandia) dice que su delegación ha dado por entendido desde el principio que, por ejemplo, los contratos matrimoniales, que no pertenecen a la jurisdicción del "derecho mercantil", quedan fuera del ámbito de aplicación del proyecto de convención. ¿En qué circunstancias se puede considerar aplicable al marido y la mujer la frase "entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados", que figura en el párrafo 1 del artículo 1? En el comentario se debe especificar el ámbito de aplicación del proyecto de convención.

37. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) reitera la conclusión del Grupo de Trabajo tras un largo debate sobre la conveniencia de suprimir del artículo 2 varias exclusiones específicas en base al razonamiento de que los Estados tendrán libertad para excluir esos asuntos, si así lo desean, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.

Se suspende la sesión a las 15.30 horas y se reanuda a las 15.55 horas.

38. **El Sr. Mazzoni** (Italia) expresa su apoyo a la propuesta del Japón.

39. **El Sr. Madrid Parra** (España) dice que no es necesario excluir, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2, asuntos que ya quedan excluidos de manera implícita en virtud de lo dispuesto en el artículo 1, relativo al ámbito de aplicación. Si son necesarias aclaraciones, se deben incluir en el comentario al artículo correspondiente.

40. **El Sr. Field** (Estados Unidos de América), con el apoyo del **Sr. Minihan** (Australia), propone que la Secretaría base toda clarificación en las actas de las deliberaciones del Grupo de Trabajo. La formulación amplia del encabezamiento del párrafo 1 del artículo 2 es una de las razones por las que el Grupo de Trabajo ha decidido eliminar algunas de las anteriores exclusiones explícitas.

41. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) dice que el Japón tiene razón al insistir en la necesidad de que se aclare el significado del apartado a) del párrafo 1 para que los Estados puedan evaluar las repercusiones del proyecto de convención y hacer las declaraciones que consideren oportunas en virtud de lo dispuesto en el artículo 18. A su juicio, está claro que los asuntos de índole familiar quedan fuera del ámbito de aplicación del proyecto de convención, porque un particular no tiene normalmente un "establecimiento". Propone que en el comentario se indique que las palabras "con fines personales, familiares o domésticos" tienen el mismo significado que en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa.

42. **La Sra. Schmidt** (Alemania) secunda la propuesta presentada por la observadora de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el sentido de que el comentario debe especificar claramente que el proyecto de convención es aplicable únicamente a asuntos de índole mercantil.

43. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que en el comentario debe quedar reflejado lo que es, a su entender, la conclusión del Grupo de Trabajo, a saber, que el proyecto de convención puede ser aplicable a asuntos regulados por el derecho de familia o por el derecho de sucesiones, a menos que éstos queden excluidos en una declaración formulada al efecto en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.

44. **El Sr. Chung** (República de Corea) expresa su apoyo a la propuesta de incluir en el comentario una aclaración del artículo 2 del proyecto.

45. **El Sr. Yamamoto** (Japón), reitera su propuesta, que es que en el comentario se indique que el apartado a) del párrafo 1 del artículo 2 del proyecto abarca no solo los contratos concertados con consumidores, sino también los contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos.

46. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo se supo que algunos países ya permitían la tramitación mediante comunicaciones electrónicas de determinados procedimientos relativos a contratos regidos por el derecho de familia y al derecho de sucesiones. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo concluyó que los asuntos regidos por el derecho de familia o por el derecho de sucesiones no debían ser objeto de una exclusión general obligatoria. La Comisión no debe tratar de examinar aspectos que ya han sido estudiados a fondo por el Grupo de Trabajo. En todo caso, se trata de una cuestión que, en su opinión, no tendrá efectos significativos en el resultado general del proyecto de convención.

47. **El Sr. Chong** (Singapur) dice que está de acuerdo con el representante de los Estados Unidos en que el Grupo de Trabajo, en su 44° período de sesiones, decidió no especificar un gran número de exclusiones generales y prefirió que los Estados tuvieran libertad para determinar sus propias exclusiones. No puede apoyar la propuesta del Japón, que equivale a incorporar en el apartado a) el antiguo apartado e), ya suprimido, relativo al derecho de familia y al derecho de sucesiones. Por otra parte, apoya la propuesta del Canadá de especificar en el comentario que el texto del apartado a) está tomado de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa y que se refiere a los contratos concertados con consumidores.

48. **El Sr. Mazzoni** (Italia) dice que, a su entender, parece existir apoyo considerable a la propuesta del Japón, según la cual se debe considerar que el proyecto de convención no es aplicable a los contratos relativos a asuntos de índole familiar. El apartado a) no debe leerse aisladamente, sino interpretarse a la luz del artículo 1, en particular la referencia a los "establecimientos" de las partes, de la cual se desprende que quedan excluidos tales asuntos. Además, el mandato de la Comisión no abarca asuntos de carácter sucesorio o familiar. Por consiguiente, la Secretaría debe especificar en el comentario no solo lo que queda excluido explícitamente en virtud de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 1, sino también lo que queda excluido implícitamente en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 del proyecto.

49. **La Sra. Schmidt** (Alemania) expresa su apoyo a la posición de Italia.

50. **El Presidente** dice que le preocupa que la Comisión pueda dar instrucciones a la Secretaría para que incluya un comentario incompatible con sus propias actas escritas y las del Grupo de Trabajo.

51. **El Sr. Maiyegun** (Nigeria) expresa su apoyo a las observaciones de la delegación de Singapur. Se debe indicar a la Secretaría que base su comentario en los informes del Grupo de Trabajo.

52. **El Sr. Minihan** (Australia), dice que está de acuerdo en que todo comentario debe basarse en los informes del Grupo de Trabajo.

53. **El Sr. Williams** (Sudáfrica) señala que el proyecto de convención debería quedar abierto a la firma no sólo por los Estados que han sido miembros del Grupo de Trabajo, sino también por todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Para los Estados que han participado en el Grupo de Trabajo son bien conocidos todos los argumentos subyacentes a sus disposiciones, pero no para otros Estados, los

cuales probablemente no estudien las deliberaciones del órgano que ha aprobado un instrumento a la hora de decidir si se adhieren a él o no. Por esa razón, el orador apoya firmemente la inclusión de un comentario.

54. **El Presidente** sugiere que, ante la falta de consenso sobre las instrucciones concretas que se han de dar a la Secretaría en relación con el comentario, la Comisión debe autorizar a la Secretaría a que base el comentario en los informes del Grupo de Trabajo.

55. *Así queda acordado*.

56. **El Sr. Mazzoni** (Italia), refiriéndose al párrafo 2 del artículo 2 del proyecto, dice que entiende que el propósito ha sido excluir instrumentos destinados a "circular". Por consiguiente, entiende que el párrafo no es aplicable a las cartas de crédito ni a las cartas de garantía, y propone agregar la palabra "similar" después de la palabra "transferible" y la palabra "negociable" después de la palabra "título", con miras a resolver, aunque sea parcialmente, la ambigüedad.

57. **El Sr. Maiyegun** (Nigeria) se opone a la enmienda propuesta y dice que cualquier aclaración necesaria debe incluirse en el comentario.

58. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) dice que el texto tal como está redactado es satisfactorio. El párrafo 2 no es aplicable a las cartas de crédito y no sería apropiado incluir en el comentario una declaración al efecto.

59. **El Presidente** observa que la propuesta de Italia no goza del apoyo de la Comisión.

Capítulo IV. Disposiciones finales

Artículo 15. Depositario

60. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el artículo por el que se designa el depositario es una disposición estándar que figura en la mayoría de los convenios de las Naciones Unidas.

61. *La Comisión aprueba el contenido del párrafo 15 y remite el texto al grupo de redacción*.

Artículo 16. Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión

62. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el artículo relativo a la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión también es una disposición estándar en los convenios de las Naciones Unidas. La Comisión debe decidir si desea recomendar a la Asamblea General la aprobación del proyecto de convención como convención de las Naciones Unidas o solicitar la celebración de una conferencia diplomática con dicho fin. Si la Comisión decide remitir el proyecto de convención a la Asamblea General, el lugar de la firma sería la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. Aunque es competencia de la Sexta Comisión de la Asamblea General fijar la fecha en que, de ser aprobado el proyecto, quedaría abierta a la firma la convención, la Comisión puede formular una recomendación en relación con el plazo en que estaría abierta a la firma. No es costumbre en los últimos años celebrar conferencias diplomáticas, fundamentalmente debido a los costos que ello implica. No obstante, no se excluye la posibilidad de organizar un acto especial con motivo de la apertura de la convención a la firma.

63. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que, en su opinión, cualquier solicitud presupuestaria en relación con la celebración de una conferencia diplomática encontrará una fuerte resistencia. Por consiguiente, es partidario de seguir la práctica habitual de recomendar a la Sexta Comisión la aprobación del proyecto de convención para su presentación a la Asamblea General, presumiblemente antes de que termine el año 2005. Sin embargo, ello no impide que la Comisión organice un acto especial con motivo de la apertura de la convención a la firma. El orador sugiere que la Comisión organice en 2006, durante su 39° período de sesiones, una ceremonia de firma, acto que no tendría consecuencias presupuestarias.

64. **El Presidente** dice haber entendido que la Comisión desea recomendar la aprobación del proyecto de convención como convención de las Naciones Unidas.

65. *Así queda acordado*.

66. **El Presidente** pregunta a la Comisión cuánto tiempo desea que la convención, una vez aprobada, quede abierta a la firma.

67. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que desea enmendar la recomendación que figura en los comentarios escritos de los Estados

Unidos (A/CN.9/578/Add.13) y que sean dos años en lugar de tres, lo cual daría tiempo para celebrar el acto especial que acaba de sugerir y aún quedaría tiempo adicional después.

68. **El Sr. Madrid Parra** (España) apoya la propuesta de un plazo de dos años.

69. **El Sr. Martens** (Alemania) dice que, al decidir una duración apropiada, la Comisión debe tener en cuenta el artículo 23 del proyecto, relativo al número de instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión necesarios para la entrada en vigor de la convención. Solicita el asesoramiento de la Secretaría sobre la práctica seguida en otros convenios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en relación con la duración del plazo para la firma y el número de ratificaciones necesarias para la entrada en vigor.

Se levanta la sesión a las 17.00 horas.

Acta resumida de la 802ª sesión, celebrada en el Centro Internacional de Viena, el viernes 8 de julio de 2005, a las 9.30 horas

[A/CN.9/SR.802]

Presidente: Sr. Chan (Singapur), (Vicepresidente)

En ausencia del Sr. Pinzón Sánchez (Colombia), el Sr. Chan (Singapur), Vicepresidente, ocupa la Presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 9.40 horas.

Conclusión y aprobación de un proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (*continuación*) (A/CN.9/571, 573, 577 y Add.1, 578 y Add.1 a 17)

Artículo 16. Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (continuación)

1. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que no hay ninguna práctica establecida para determinar el período durante el cual una convención de la CNUDMI permanecerá abierta a la firma, ni para especificar el número de ratificaciones que se requerirán para su entrada en vigor. Los períodos de apertura a la firma varían entre seis meses y dos años, y para la entrada en vigor de algunas convenciones no se han requerido más que tres ratificaciones.

2. **El Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que a veces a los Estados les resulta difícil cumplir el plazo, y que en algunos casos entregan las firmas a la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas el mismo día en que termina el plazo.

3. **El Presidente** dice que, de no oír objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobar la propuesta de la delegación de los Estados Unidos de América al efecto de recomendar a la Asamblea General un período de dos años en que la convención estará abierta a la firma.

4. *Así queda acordado*.

5. **El Sr. Maiyegun** (Nigeria) propone que se recomiende a la Sexta Comisión de la Asamblea General que solicite a la Oficina de Asuntos Jurídicos la inclusión de la ceremonia de firma en las jornadas de firma, ratificación o adhesión a tratados que se organizan todos los años paralelamente a la Asamblea .

6. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que la Comisión recomendará a la Sexta Comisión que el proyecto de convención sea aprobado por la Asamblea General. La práctica establecida consiste en dejar entre corchetes las fechas del período de apertura a la firma que figuran en el párrafo 1 del proyecto de artículo 16, ya que dicho período comenzará a contar en la fecha de aprobación del proyecto de convención por la Asamblea. La Comisión podría incluir una nota de pie de página en que se señalara a la atención de la Sexta Comisión su recomendación de un período de dos años en que la convención estará abierta a la firma. La ceremonia de firma podría organizarse como acto especial del 39° período de sesiones de la Comisión, que se celebrará en Nueva York en 2006.

7. *Queda aprobado el fondo del proyecto de artículo 16, y el texto se remite al grupo de redacción*.

Artículo 16 bis. Participación de organizaciones regionales de integración económica

8. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el proyecto de artículo 16 bis se ha incluido a petición de las delegaciones participantes en el 44° período de sesiones del Grupo de Trabajo que se enumeran en la nota de pie de página 7 del documento A/CN.9/577. Esa disposición no deja de tener precedentes en un instrumento de las Naciones Unidas. La Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas ha sugerido texto adicional, como la última oración del proyecto de párrafo 1.

9. La Comisión Europea presentó una observación por escrito (A/CN.9/578/Add.5), en que se proponía la inclusión de un nuevo párrafo en el proyecto de artículo 1. Tras la celebración de consultas, convino en examinar esa propuesta en el contexto del proyecto de artículo 16 bis.

10. **El Presidente** llama la atención sobre el hecho de que todo el proyecto de artículo 16 bis está entre corchetes.

11. **La Sra. Struncova** (Observadora de la Comisión Europea) dice que la Unión Europea (UE) tiene mucho interés en asegurar que las empresas europeas obtengan el máximo beneficio de un nuevo marco para los contratos internacionales. La Comisión Europea, como custodio del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del derecho comunitario derivado, tiene la obligación de velar por la compatibilidad entre el proyecto de convención y las normas comunitarias, en particular la Directiva 2000/31/EC sobre el comercio electrónico. Dicha compatibilidad aseguraría el mantenimiento del elevado nivel de seguridad jurídica que se ha logrado en la UE en relación con el comercio electrónico. Confía en que el proyecto de convención alcance el mismo objetivo de seguridad jurídica a nivel internacional, y por ende estimule el comercio internacional.

12. La Comisión Europea, bajo mandato del Consejo Europeo de Ministros, apoya la inclusión del artículo 16 bis sobre las organizaciones regionales de integración económica en el proyecto de convención. Además, para impedir que puedan ponerse en tela de juicio o ser objeto de mala interpretación las normas comunitarias que rigen las relaciones entre los Estados miembros de la UE, propone que, como párrafo 4 del proyecto de artículo 16 bis, se incluya la siguiente cláusula de desconexión:

> "4. En sus relaciones mutuas, los Estados Partes que sean miembros de la Comunidad Europea aplicarán las normas de la Comunidad y, por consiguiente, no aplicarán las normas derivadas de la presente Convención, salvo en la medida en que no exista ninguna norma de la Comunidad que rija la cuestión particular de que se trate y sea aplicable al caso."

Si así lo decide la Comisión, la Comisión Europea considerará la posibilidad de sustituir las palabras "Comunidad Europea" por "organización regional de integración económica".

13. La cláusula de desconexión propuesta se basa en la redacción estándar utilizada, por ejemplo, en el Protocolo de Kiev sobre responsabilidad civil y compensación de los daños causados por los efectos transfronterizos de los accidentes industriales en aguas transfronterizas y en los convenios del Consejo de Europa núm. 132, sobre televisión transfronteriza núm. 136, sobre ciertos aspectos internacionales de la bancarrota, y núm. 178, sobre protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso.

14. En su forma actual, el proyecto de convención podría generar incompatibilidades, en particular con los artículos 2, 9, 10 y 11 de la Directiva de la Unión Europea sobre el comercio electrónico. Además, la Comisión Europea tiene el deber de preservar la capacidad de la Comunidad Europea para adaptar sus normas a las novedades que se vayan produciendo en los ámbitos que abarca el proyecto de convención. La cláusula de desconexión se aplicaría sólo a las relaciones entre los Estados miembros de la UE y no afectaría a la aplicación del proyecto de convención a las relaciones con terceros países. Además, la Directiva sobre comercio electrónico concuerda con el proyecto de convención en tanto que permite a las empresas de los Estados miembros de la UE elegir el derecho de terceros países para fines contractuales.

15. La Comisión Europea espera que la Comisión acepte la cláusula de desconexión propuesta, ya que de otro modo no podría asegurar la ratificación del proyecto de convención por la Comunidad Europea.

16. **El Sr. Buttimore** (Observador de Irlanda) dice que su delegación recomienda enérgicamente que se incorporen en el proyecto de convención tanto el proyecto de artículo 16 bis como la cláusula de desconexión propuesta por el representante de la Comisión Europea. Esa cláusula es similar a la norma relativa a los márgenes de tolerancia que ya se ha aceptado provisionalmente en los proyectos de artículo 7 y 13, y tiene por objeto impedir todo conflicto entre las normas de la Comunidad y el proyecto de convención a medida que vayan evolucionando gradualmente las interpretaciones por

parte de los Estados Contratantes y los tribunales nacionales. Considera que las posibilidades de conflicto son escasas, ya que el proyecto de convención sólo es aplicable a las transacciones entre empresas, mientras que las normas de la Comunidad Europea son aplicables, además, a las transacciones de los consumidores.

17. La cláusula de desconexión propuesta debe entenderse como un vínculo flexible entre el proyecto de convención y las normas de la Comunidad, que facilitará la posición de los Estados miembros de la UE en relación con terceros países. No solo proporcionará seguridad jurídica a los tribunales sino que también evitará la necesidad de numerosas exclusiones en el marco del párrafo 2 del proyecto de artículo 18, lo cual produciría un lamentable mosaico de reservas al proyecto de convención.

18. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) dice que su delegación apoya el proyecto de artículo 16 bis en la medida en que las organizaciones regionales de integración económica gozan de competencia incuestionada respecto de las cuestiones que abarca el proyecto de convención. Sería problemático que una organización que fuera parte en ella tuviera competencia solo respecto de una parte del proyecto de convención y que sus Estados miembros tuvieran competencia respecto de otras disposiciones. Por consiguiente, tiene reservas por lo que se refiere a la frase "ejerza competencia sobre algún asunto" que figura en la primera oración del proyecto de párrafo 1. No queda claro si los Estados miembros de organizaciones regionales de integración económica estarían obligados por algunas, pero no todas, las disposiciones del proyecto de convención. Subraya además que las normas de las organizaciones regionales de integración económica no deberían afectar a terceros de países que no fueran miembros de la organización.

19. **El Sr. Tikhaze** (Federación de Rusia) se pregunta si es apropiado restringir la participación en el proyecto de convención a las organizaciones regionales. A su juicio, toda organización internacional cuyos miembros sean Estados soberanos y que tenga competencias respecto de las cuestiones que rige el proyecto de convención deberían tener el mismo derecho de participar.

20. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que el representante de la Federación de Rusia ha planteado una cuestión importante que requiere un mayor debate.

21. Si bien su delegación no tiene ninguna objeción de fondo a la cláusula de desconexión, no considera que incorporarla en el proyecto de convención sea una medida adecuada en el campo del comercio electrónico. Además, su delegación tiene firmes objeciones a la redacción propuesta por la Comisión Europea. No es apropiado que un órgano de las Naciones Unidas utilice en un tratado una redacción que disponga un efecto particular para los Estados miembros de otra organización. Por lo tanto, una frase como la que dice que "los Estados Partes que sean miembros de la Comunidad Europea aplicarán las normas de la Comunidad" es totalmente inaceptable. El procedimiento correcto es que la Unión Europea o cualquier otra organización regional o internacional formulen una declaración pertinente en el marco del proyecto de convención.

22. **El Presidente** dice que en primer lugar la Comisión debería adoptar una decisión sobre la inclusión del párrafo 16 bis en el proyecto de convención.

23. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) dice que su delegación se opone a la inclusión del proyecto de artículo 16 bis, que plantea toda una serie de problemas jurídicos. Uno de ellos es el de determinar qué constituye un número "pertinente" de Estados Contratantes; otro se refiere a si la organización regional de integración económica de que se trata deberá tener la condición de Estado Contratante. La palabra "igualmente" que figura en la primera oración del proyecto de párrafo 1 también despierta sospechas. El orador se pregunta si denota igualdad con los Estados miembro de la organización o con otros Estados. Y, si ningún Estado miembro de una organización firmara la convención, ¿seguiría teniendo derecho a hacerlo la propia organización? Por otra parte, ¿cuál sería la situación si un Estado formulara una declaración sobre un aspecto particular en el marco del proyecto de artículo 18 y la organización no lo hiciera, o viceversa? Además, la referencia que figura en el proyecto de párrafo 2 a la transferencia de competencias a la organización por parte de sus Estados miembros entraña que, al hacerlo, los Estados miembros limitan

voluntariamente su soberanía. ¿Constituiría eso un impedimento para que firmaran la convención?

24. **El Sr. Carvell** (Reino Unido) dice que, aunque su delegación no ha participado activamente en el Grupo de Trabajo y no figura en la lista de países de la Unión Europea de la nota de pie de página 7 del documento A/CN.9/577, apoya la inclusión del proyecto de artículo 16 bis.

25. **El Sr. Adensamer** (Austria) dice que cualquier Estado u organización que ratifique la convención se compromete por el mismo hecho a adaptar su legislación a las disposiciones de la convención. Si bien podría aducirse que no tiene sentido que una organización ratifique la convención si no tiene competencias para promulgar la legislación necesaria, el orador considera que si tiene por lo menos ciertas competencias, como sucede en el caso de la Unión Europea, la ratificación tendría sentido. De otro modo, si la Unión Europea aprobara una ley que no fuera acorde con la convención, sus propios Estados miembros podrían verse obligados a denunciar la convención.

26. **El Sr. Khani Jooyabad** (República Islámica del Irán) dice que dos instrumentos internacionales recientes, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, permiten ser partes en ellas a las organizaciones regionales de integración económica. Por consiguiente, su delegación puede aceptar la inclusión del proyecto de artículo 16 bis. Con respecto a las inquietudes manifestadas por la delegación del Canadá, llama la atención sobre el párrafo 4 del artículo 67 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que dispone que las organizaciones regionales de integración económica "declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención".

27. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que la ratificación de la convención por la Unión Europea en su conjunto no impediría en modo alguno que lo hicieran también los distintos Estados miembros. Por lo tanto, no habría ambigüedad con respecto a la aplicabilidad de la convención en su conjunto.

28. **El Sr. Meena** (India) dice que no está claro cuál sería la posición resultante si los Estados miembros de una organización regional de integración económica no ratificaran la convención y por otra parte la organización sí lo hiciera. Su delegación no tendría objeción a la participación de esas organizaciones si se hubiera obtenido la aprobación previa de sus Estados miembros soberanos.

29. **El Sr. Martens** (Alemania) dice que, puesto que el objetivo es lograr la aceptación universal del proyecto de convención, hay que alentar la participación en las convenciones internacionales de las organizaciones regionales de integración económica aun cuando éstas no tengan las mismas atribuciones generales que los Estados soberanos. Los temores de la delegación del Canadá están infundados: la aprobación del proyecto de artículo 16 bis, que cuenta con el firme apoyo de su delegación, no tendría efectos ni en las facultades ni en las competencias de las Partes contratantes, ni otorgaría a la organización derechos o privilegios que afectaran a los de otras partes.

30. **El Sr. Sandoval** (Chile) dice que el proyecto de artículo 16 bis es aceptable para su delegación. El éxito de una convención depende de que consiga el máximo apoyo posible, y ha habido casos en que la renuencia de Estados importantes a firmar una convención ha impedido el progreso de ésta; un ejemplo sería el Convenio sobre el Transporte Marítimo de Mercancías.

31. **El Sr. Yamamoto** (Japón) dice que su delegación puede apoyar el proyecto de artículo si las organizaciones regionales de integración económica no gozan de derechos, especialmente derechos de voto, adicionales a los de sus miembros. La última oración del párrafo 1 del proyecto de artículo 16 bis parece resolver esa inquietud, pero la distinción que se hace en el párrafo 3 entre "Estados Partes" y "Estados Contratantes" es ambigua. Si ambas expresiones tuvieran significados distintos, su delegación no podría apoyar el proyecto de artículo, habida cuenta de lo dispuesto en el párrafo 3 del proyecto de artículo 19 bis y el párrafo 2 de la variante B del proyecto de artículo 22, que las organizaciones podrían invocar para reclamar derechos de voto adicionales a los de sus Estados miembros.

32. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) señala que la redacción del proyecto de artículo es muy similar a la de una cláusula del Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil (Convenio de Ciudad del Cabo), aprobado en una conferencia del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), a la que asistieron muchas de las delegaciones que están debatiendo el proyecto de convención. No obstante, el orador pide aclaraciones sobre los puntos planteados por las delegaciones del Canadá y del Japón. Tal vez sería preferible, por ejemplo, evitar utilizar las expresiones paralelas "Estados Partes" y "Estados Contratantes".

33. Con respecto a la propuesta de la Federación de Rusia, el orador sugiere que se aplace el debate hasta que las delegaciones, incluida la suya, hayan tenido tiempo de recibir instrucciones de sus capitales.

34. **El Sr. Chong** (Singapur) dice que su delegación apoya en principio el proyecto de artículo. Se pregunta, no obstante, si las competencias de los Estados soberanos y las de las organizaciones regionales de integración económica son mutuamente exclusivas o paralelas. Si, por ejemplo, una organización firmara la Convención pero no adoptara medidas para aplicarla, ¿deberían los miembros de la comunidad internacional acudir a la organización o a sus Estados miembros para exigir el cumplimiento de obligaciones impuestas por la convención? Y, como ya ha preguntado el representante de Serbia y Montenegro, ¿cuál sería la situación si un Estado miembro hiciera una declaración, por ejemplo en virtud del proyecto de artículo 18, que fuera distinta de la formulada por la organización? Si la competencia es mutuamente exclusiva, hay que concluir que en caso de que todos los Estados miembros menos uno acordaran una serie común de declaraciones, la discrepancia de ese único miembro demoraría en la práctica la adhesión a la convención de todos los demás Estados miembros.

35. **El Sr. Norlander** (Suecia), **la Sra. Lahelma** (Observadora de Finlandia) y **el Sr. Madrid Parra** (España) dicen que el proyecto de artículo es aceptable en su versión actual.

36. **El Sr. Chung Wan-Yong** (República de Corea) dice que el proyecto de artículo propuesto no existe en un vacío, sino que refleja las necesidades prácticas de un grupo de países que desean aplicar el proyecto de convención de la forma más eficaz posible. El proyecto de artículo facilitaría una participación más amplia en la convención. Solamente se plantearán problemas si la adhesión de las organizaciones regionales de integración económica afecta los derechos y obligaciones de otras partes, pero el orador confía en que éste no será el caso.

37. **El Sr. Maiyegun** (Nigeria) dice que su delegación apoya la inclusión del proyecto de artículo 16 bis en su forma actual y se opone a la propuesta de la delegación de la Federación de Rusia de sustituir las referencias a organizaciones regionales de integración económica por referencias a organizaciones internacionales.

38. **El Sr. Boulet** (Bélgica), que hace suyas las observaciones de los representantes de Alemania y de Austria, dice que su delegación está a favor de que se incluya el proyecto de artículo 16 bis.

39. **El Presidente** dice que, aunque hay un firme apoyo a la inclusión del proyecto de artículo 16 bis, se han hecho varias solicitudes de aclaraciones. Todavía no está claro, por ejemplo, qué posición prevalecería si una organización regional de integración económica efectuara una declaración sobre una cuestión concreta en el marco del proyecto de convención y uno de sus Estados Miembros no lo hiciera, o viceversa. Esa ambigüedad afectaría la seguridad de los contratos.

La sesión se suspende a las 10.55 horas y se reanuda a las 11.30 horas.

40. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) dice que su delegación apoya firmemente el proyecto de artículo 16 bis en principio, porque permite que el proyecto de convención entre en vigor el mismo día para un gran número de Estados, que en el caso de la UE serán 25. Esto será muy ventajoso desde el punto de vista de las empresas.

41. Sin embargo, su delegación todavía tiene ciertos recelos acerca de la posibilidad de que una organización regional de integración económica que tenga competencias sobre ciertos asuntos ratifique la convención y aplique solo los artículos pertinentes. Aunque en el caso de la UE es probable que cada uno de los Estados miembros también adopte su propia legislación para dar pleno efecto a la convención, los

beneficios del artículo 16 bis se verían menoscabados porque las empresas de fuera de la UE seguirían teniendo que considerar caso por caso si la convención era aplicable respecto de un país. Si los Estados miembros hubieran concedido a la Comisión Europea plena autoridad para negociar el proyecto de convención, ésta estaría en situación de aplicarla para todos sus Estados miembros y podría suprimirse la palabra "ciertos" antes de la palabra "asuntos" que figura en el proyecto de párrafo 1.

42. **La Sra. Struncova** (Observadora de la Comisión Europea) dice que la competencia estaría compartida entre la UE y sus Estados miembros. El mandato de la Comisión Europea no impedirá que cada uno de los Estados miembros negocie independientemente.

43. Con respecto a la cuestión de posibles incompatibilidades entre las declaraciones formuladas por la UE y distintos Estados miembros, dice que una razón de la cláusula de desconexión propuesta es asegurar que todas las declaraciones hechas por los Estados miembros estén coordinadas.

44. **El Sr. Meena** (India) propone que al final de la primera oración del párrafo 1 del proyecto de artículo 16 bis se agregue la frase "después de haber obtenido el consentimiento previo de esos Estados soberanos".

45. **El Sr. Correia** (Observador de Portugal) dice que su delegación apoya el proyecto de artículo 16 bis en su forma actual.

46. **El Sr. Buttimore** (Observador de Irlanda) dice que si una organización regional de integración económica, como la UE, se adhiriera por derecho propio al proyecto de convención, se supondría que tiene la competencia necesaria, y esta es una cuestión que deben determinar sus Estados miembros. Con respecto a la cuestión de las competencias mixtas, señala que el término "competencia" tiene un significado específico en el contexto de la UE. Normalmente los Estados miembros coordinan sus posiciones, tanto sobre la adhesión como sobre las declaraciones, cuando ratifican una convención por separado. El orador asegura a la Comisión que se hará todo lo posible para evitar incongruencias en la ratificación del proyecto de convención por la UE y sus Estados miembros. No obstante, ésta es una cuestión interna de la UE y no debe constituir un impedimento para incluir el proyecto de artículo 16 bis, que parece ser bien acogido en general por la Comisión como medio de facilitar la ratificación más amplia posible del proyecto de convención.

47. **El Sr. Chong** (Singapur), que acoge con beneplácito las garantías aportadas por el observador de Irlanda, solicita más aclaraciones del concepto de competencias "concurrentes" o "compartidas". Si hubiera, por ejemplo, cuatro ámbitos de competencia en el marco del proyecto de convención, habría que saber si la expresión "competencia compartida" significa que las competencias respecto de los dos primeros ámbitos, por ejemplo, corresponden exclusivamente a la organización regional de integración económica, mientras que los Estados miembros conservan la competencia respecto de los ámbitos tercero y cuarto, o si significa, por el contrario, que la competencia respecto de los cuatro ámbitos es compartida entre la organización regional de integración económica y sus Estados miembros. Por ejemplo, si la UE formula una declaración sobre una cuestión concreta, ¿puede un Estado miembro determinado retirar la declaración de manera independiente, o tendrán que retirar la declaración la totalidad de los 25 miembros? Aunque ésta sea una cuestión interna, que deberá decidirse en la UE, las terceras partes necesitan saber cuál sería la posición.

48. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que el representante de Singapur ha planteado una cuestión fundamental. Si bien no tiene ninguna duda de que la UE y cada uno de sus Estados miembros harán todo lo posible para asegurar que sus acciones no sean mutuamente incompatibles, no está claro que esos esfuerzos vayan a tener éxito. Por lo tanto, es posible que la cuestión de la incompatibilidad tenga que abordarse en el futuro.

49. **El Sr. Adensamer** (Austria) dice que la cuestión no es tan compleja como puede parecer. Si dos partes privadas entran en un contrato por medios electrónicos, se aplicarán las normas del derecho internacional privado, es decir, el derecho de un país concreto y no de una organización regional de integración económica. Por ejemplo, si una de la partes tiene la sede de su empresa en Alemania, la otra parte sabrá que se aplicarán el derecho alemán y cualesquiera declaraciones formuladas por Alemania, y no hay necesidad de buscar más allá. Los Estados Contratantes nunca aplicarán directamente la legislación de una organización regional de

integración económica sino más bien la del país concreto de que se trate.

50. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) pide a los representantes de los Estados de la UE que proporcionen un ejemplo de una cuestión regida por el proyecto de convención respecto de la cual la competencia resida en los Estados miembros, y de otra cuestión respecto de la cual la competencia resida en la UE.

51. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) pregunta qué sucedería si la UE ratificara el proyecto de convención y un Estado miembro formulara una declaración con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del proyecto de artículo 18. ¿Cómo se aplicaría en ese Estado miembro el proyecto de convención? Los terceros países necesitan saber la respuesta a esa pregunta, independientemente de las relaciones que existan entre la UE y sus miembros.

52. **El Sr. Carvell** (Reino Unido) dice que, ya que su país ocupa actualmente la Presidencia de la UE, desearía celebrar consultas con los demás Estados miembros de la UE antes de dar una respuesta fundamentada a las preocupaciones que se han manifestado.

53. **El Presidente** sugiere que se aplace el examen del proyecto de artículo 16 bis.

54. *Así queda acordado*.

Artículo 17. Aplicación a las unidades territoriales

55. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el proyecto de artículo 17 reproduce la redacción de disposiciones similares de anteriores instrumentos de la CNUDMI. La principal cuestión que deberá decidir la Comisión es si confirma o no la decisión del Grupo de Trabajo de suprimir las palabras "con arreglo a su constitución" que figuraban después de "dos o más unidades territoriales en las que" en el proyecto de párrafo 1, tal como se indica en la nota de pie de página 8 del documento A/CN.9/577.

56. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que su delegación apoya el proyecto de artículo 17 y que no tiene objeción a que se mantenga la enmienda indicada en la nota de pie de página 8.

57. *Queda aprobado el fondo del proyecto de artículo 17 y el texto se remite al grupo de redacción*.

Artículo 18. Declaraciones sobre el ámbito de aplicación

58. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que inicialmente el proyecto de artículo 18 sólo contemplaba declaraciones para excluir ciertos asuntos del ámbito de aplicación de la convención. Sin embargo, en su 44° período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó trasladar ciertas condiciones que regían la aplicabilidad de la convención — esencialmente que la convención se aplicaría sólo cuando las partes en un contrato tuvieran su sede en Estados Contratantes o cuando las partes hubieran acordado que era aplicable— del proyecto de artículo 1 al proyecto de artículo 18, a fin de conceder a los Estados que no se sentían cómodos con el ámbito de aplicación de la convención definido en el párrafo 1 del proyecto de artículo 1 la oportunidad de restringir su alcance mediante una declaración con arreglo al proyecto de artículo 18.

59. Dado que, al examinar el proyecto de artículo 1, la Comisión confirmó el entendimiento del Grupo de Trabajo al efecto de que el proyecto de convención se aplicará cuando la legislación de un Estado Contratante sea el derecho aplicable a un contrato, su aplicación no es autónoma sino que requiere una determinación positiva del Estado del foro al efecto de que su propia legislación o la de cualquier otro Estado Contratante es el derecho que rige una transacción, con lo cual toda la convención estará sujeta a las normas del derecho internacional privado. Por consiguiente, sería lógico suprimir el apartado b) del párrafo 1 del proyecto de artículo 18, que sólo tendría utilidad práctica si se considerara que el ámbito de aplicación del proyecto de convención era autónomo.

60. Se han expresado en el Grupo de Trabajo muchos argumentos de peso contra la posibilidad incondicional de efectuar declaraciones unilaterales de exclusión que ofrece el párrafo 2 del proyecto de artículo 18, que muchas delegaciones consideran contraria al espíritu de la unificación internacional del derecho. Sin embargo, el consenso final fue que había que mantener el párrafo, ya que de otro modo no era probable que los Estados se adhirieran a la convención y sería casi imposible elaborar una lista común de exclusiones.

61. **El Presidente** invita a la Comisión a examinar el proyecto de artículo párrafo por párrafo.

Párrafo 1

62. **El Sr. Mazzoni** (Italia) expresa apoyo a la supresión del apartado b) del proyecto de párrafo 1 y también propone suprimir el apartado c) del proyecto de párrafo 1. Es muy poco habitual que las partes convengan en someter su contrato a las disposiciones de una convención. Si un Estado hiciera una declaración de este tipo, su adhesión a la convención no tendría virtualmente ningún significado.

63. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que su delegación apoya que se suprima el apartado b) del proyecto de párrafo 1. Dado que puede interpretarse que el proyecto de artículo 1 estipula que las normas del derecho internacional privado rigen la aplicabilidad de la convención, sería redundante incluir una disposición con efecto idéntico en el proyecto de artículo 18.

64. Su delegación apoya también la supresión del apartado c) del proyecto de párrafo 1, puesto que crearía una situación de inseguridad jurídica.

65. **El Sr. Lavalle** (Guatemala) considera que el apartado b) del proyecto de párrafo 1 tal vez no sería superfluo si se interpretara que se refiere a circunstancias en que las normas del derecho internacional privado difieren de las normas aplicables por los Estados Contratantes con arreglo al proyecto de artículo 1. Admite, no obstante, que el defecto de ese razonamiento es que las disposiciones del proyecto de artículo 1 prevalecerían sobre cualquier norma de un Estado Contratante que entrara en conflicto con el derecho internacional privado.

66. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) dice que los proyectos de artículos 1 y 18 contemplan cuatro posibles regímenes jurídicos de aplicación del proyecto de convención. No está claro si esos regímenes son alternativos o acumulativos. A su juicio, sería más apropiado incorporar las disposiciones del apartado a) del párrafo 1 del artículo 18 en el proyecto de artículo 1, y las disposiciones del proyecto de artículo 1 en el proyecto de artículo 18, de forma que se contemplaran dos regímenes. Sin embargo, la supresión del apartado b) del párrafo 1 del proyecto de artículo 18 presenta la ventaja de eliminar un régimen. Destaca que la expresión "la ley de un Estado Contratante" denota la ley interna ordinaria de ese Estado que, en principio, debería incluir las disposiciones de la convención.

67. Su delegación apoya también la supresión del apartado c) del proyecto de párrafo 1 a fin de reducir aún más el número de regímenes de aplicación, aunque continúa apoyando la autonomía de las partes con arreglo al proyecto de artículo 3, que entraña que la convención no contiene normas perentorias y que las partes tienen libertad para hacer las exclusiones que consideren apropiadas. Resulta difícil imaginar que las partes convengan en aplicar la convención en Estados que no son partes contratantes, y resultaría difícil que los tribunales de un Estado que no fuera parte contratante aplicaran las disposiciones de la convención.

68. **El Sr. Yamamoto** (Japón) dice que su delegación no tiene una opinión firme con respecto al apartado b) del proyecto de párrafo 1. Corresponde a la Comisión decidir si desea conservar la posibilidad de aplicación autónoma del proyecto de convención. La decisión de eliminar esa posibilidad tendría la ventaja de respetar más plenamente las intenciones de los Estados Contratantes que formulan declaraciones con arreglo al párrafo 2 del proyecto de artículo 18 y el proyecto de artículo 19, ya que los tribunales del Estado del foro están obligados a aplicar la convención con sujeción a esas declaraciones si las normas del derecho internacional privado del Estado del foro conducen a la aplicación del derecho del Estado Contratante. Sin embargo, también presenta ventajas mantener la posibilidad de aplicación autónoma, ya que los tribunales del Estado Contratante, como Estado del foro, no necesitarán entonces examinar qué derecho es aplicable o en qué medida afecta ese derecho al ámbito de aplicación de la convención.

69. Con respecto al apartado c) del proyecto del párrafo 1, su delegación se suma a las declaraciones efectuadas por las delegaciones de Italia, Francia y Serbia y Montenegro. Resultaría extraño que un Estado declarase que la convención se aplicaría solo si las partes así lo hubieran convenido. Esa posibilidad ya queda abarcada por el proyecto de artículo 3, relativo a la autonomía de las partes.

70. **El Sr. Madrid Parra** (España) dice que, puesto que en el párrafo 2 del artículo 18 se concede a los Estados una posibilidad ilimitada de efectuar las

exclusiones que consideren apropiadas, el párrafo 1 no cumple otra función que indicar explícitamente cuáles son esas posibilidades. Por tanto, su delegación no sólo no tiene objeciones a que se supriman los apartados b) y c) del párrafo, sino que también estaría a favor de suprimir el apartado a) del proyecto de párrafo.

71. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que las palabras "todo Estado" deberían ser sustituidas por "todo Estado Contratante" o "todo Estado Parte", o posiblemente ambos, dependiendo de si se hiciera una distinción entre esos términos. Solicita a la Secretaría que presente una recomendación a ese respecto.

72. El apartado c) del proyecto de párrafo tiene la utilidad de aumentar la probabilidad de una aprobación más general del proyecto de convención ya que tiene en cuenta a los Estados que tal vez deseen aprobar la convención y dejar al mismo tiempo la posibilidad de que las empresas opten por seguir o no sus disposiciones. En ese caso se aplicaría a los contratos que estuvieran sujetos al derecho de un Estado Contratante cuando las partes comerciales así lo hubieran acordado.

73. Observa con interés el reconocimiento del alcance del proyecto de párrafo 2 por parte del representante de España, que también podría alentar a los Estados a adherirse a la convención. Dado que la aplicación de normas de comercio electrónico se encuentra en sus primeras etapas, es probable que en un principio haya muchas exclusiones por parte de los Estados Contratantes, pero que éstas sean cada vez menos necesarias con el tiempo.

74. **El Sr. Chong** (Singapur) dice que su delegación comparte la interpretación hecha por la delegación de los Estados Unidos del propósito del apartado c) del proyecto de párrafo 1. Se aplicaría, por ejemplo, si las partes convinieran en que un contrato debía regirse por el derecho de un Estado no contratante, pero el Estado del foro decidiera por el contrario que había que aplicar el derecho de un Estado Contratante. Si este último hubiera hecho una declaración en el marco del apartado c) del proyecto de párrafo 1, la convención no se aplicaría porque las partes no habrían convenido en que así fuera. Por consiguiente, el apartado c) del proyecto de párrafo 1 ofrece garantías a los Estados que desean aprobar la convención. Su delegación apoya que se mantengan los apartados a) y c) del proyecto de párrafo 1. Se opone a que se supriman todos los apartados, ya que ello haría que el proyecto de párrafo 1 fuera excesivamente amplio y flexible.

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

Acta resumida de la 803ª sesión, celebrada en el Centro Internacional de Viena, el viernes 8 de julio de 2005, a las 14.00 horas

[A/CN.9/SR.803]

Presidente: Sr. Chan (Singapur), (Vicepresidente)

En ausencia del Sr. Pinzón Sánchez (Colombia), el Sr. Chan (Singapur), Vicepresidente, ocupa la Presidencia.

Se declara abierta la sesión a las 14.10 horas.

Conclusión y aprobación de un proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (*continuación*) (A/CN.9/571, 573, 577 y Add.1, 578 y Add.1 a 17)

Artículo 16 bis. Participación de organizaciones regionales de integración económica (continuación)

1. **El Sr. Carvell** (Reino Unido), hablando en su calidad de representante del actual titular de la Presidencia de la Unión Europea, dice que las delegaciones de los Estados miembros de la Unión Europea han celebrado consultas oficiosas sobre las preguntas formuladas en la sesión anterior en relación con la posible ratificación por la Unión Europea del proyecto de convención. La posición de las delegaciones es que la decisión sobre la ratificación y sobre si se tienen que formular declaraciones es competencia del Consejo Europeo. En su decisión, el Consejo tendrá en cuenta la posibilidad de que los distintos Estados miembros de la Unión Europea tal vez quieran formular declaraciones individuales. De esta forma se solucionaría cualquier posible contradicción y se establecería una posición jurídica coherente. De hecho, de conformidad con las normas del Tratado de la Unión Europea, los Estados miembros tienen la obligación legal de no vulnerar el derecho comunitario. Por consiguiente, es altamente improbable que surjan esferas de conflicto entre la Unión Europea y sus Estados miembros. Además, en el párrafo 58 del preámbulo de la Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea sobre el comercio electrónico se indica que ésta no será aplicable a los servicios procedentes de prestadores establecidos en un tercer país, y que, habida cuenta de la dimensión global del comercio electrónico, conviene garantizar la coherencia del marco comunitario con el marco internacional. En el mismo párrafo se señala que la Directiva se entenderá sin perjuicio de los resultados a que se llegue en los debates en curso sobre los aspectos jurídicos en las organizaciones internacionales (entre otras, la CNUDMI).

2. **El Sr. Chong** (Singapur) dice que, aunque su delegación agradece las garantías que ofrece el representante del Reino Unido, su principal preocupación es que en el instrumento de adhesión o ratificación se indique claramente la forma en que se compartirán las competencias, de manera que otras partes puedan saber, por ejemplo en el caso de que un Estado miembro de la Unión Europea decida retirar una declaración y modificar su legislación nacional, hasta qué punto es efectiva esa legislación enmendada y si otras partes pueden seguir teniendo relaciones comerciales con una empresa de ese Estado miembro. Su delegación también ha solicitado aclaraciones sobre si la distribución de competencias adoptará la forma de una transferencia absoluta de competencias a la Unión Europea en ámbitos determinados, manteniendo los Estados sus competencias en otras esferas, o si la Unión Europea y sus Estados miembros comparten competencias en ámbitos concretos.

3. **La Sra. Struncova** (Observadora de la Comisión Europea) dice que, aunque la Comisión Europea es, según el proyecto de convención, la encargada de formular declaraciones relacionadas con asuntos sobre los que tiene competencia, la responsabilidad de decidir los ámbitos en que la Comisión Europea tiene competencia compartida con Estados miembros o competencia exclusiva recae en

el Consejo Europeo. El instrumento de adhesión o ratificación aclarará qué esferas están reguladas por instrumentos comunitarios y cuáles se rigen por la legislación nacional.

4. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) propone que las cuestiones planteadas por el representante de Singapur se reflejen en el comentario, en el que se debería indicar que las declaraciones de la Unión Europea o de cualquier otra organización regional de integración económica deberían proporcionar información específica sobre competencias exclusivas o compartidas, a fin de que otros Estados Contratantes y las partes que realizan transacciones a las que se aplican los términos de la convención, puedan prever cómo se aplicará la convención en determinadas circunstancias.

5. **El Sr. Chong** (Singapur) dice que su delegación desea que se refleje en el comentario su entendimiento de que las transferencias de competencias de un Estado miembro a una organización regional de integración económica a las que se hace referencia en el proyecto de párrafo 2 no significan necesariamente que se trate de transferencias exclusivas que priven a ese Estado miembro de competencia en los asuntos que se examinan.

6. **El Presidente**, en respuesta a una pregunta del **Sr. Tikhaze** (Federación de Rusia) relativa a la propuesta de su delegación para que se amplíe el concepto de "organización regional" con objeto de que abarque a todas las organizaciones internacionales, dice que parece que no hay apoyo a esa propuesta. Por consiguiente, entiende que la Comisión desea aprobar el texto del proyecto de artículo 16 bis como figura en el documento A/CN.9/577, sin que aparezcan los corchetes.

7. *Así queda acordado*.

8. **El Presidente** invita a formular observaciones sobre la "cláusula de desconexión" propuesta por la Unión Europea, cuyo texto figura en el documento A/CN.9/578/Add.5 y que, en caso de aprobarse, constituiría el párrafo 4 del proyecto de artículo 16 bis.

9. **El Sr. Buttimore** (Observador de Irlanda) reitera el firme apoyo de su delegación al párrafo propuesto.

10. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que su delegación se opone rotundamente al texto del nuevo párrafo propuesto, ya que, cuando se redacta un tratado, es totalmente improcedente pedir a un organismo de las Naciones Unidas que establezca términos de aplicación obligatoria para Estados miembros de otra organización. No obstante, su delegación está dispuesta a trabajar para lograr un texto más apropiado.

11. **El Presidente** dice que la delegación de los Estados Unidos ha planteado una cuestión fundamental de derecho internacional público, de la que quizás fuera más conveniente que se ocupara la Sexta Comisión de la Asamblea General. Si la Comisión decide abordar la cuestión, podría ser criticada por excederse en su mandato en materia de derecho internacional privado.

12. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que la Comisión es plenamente competente para aceptar o rechazar propuestas relacionadas con un texto jurídico que esté redactando. Sería un error que la Comisión presentara el proyecto de convención a la Sexta Comisión sin antes solucionar esa cuestión que se considera fundamental, ya que podría generar un retraso inaceptable en el proceso para su aprobación.

13. **El Sr. Carvell** (Reino Unido) dice que la cláusula propuesta sirve para conciliar posibles diferencias entre el proyecto de convención y la Directiva de la Unión Europea. También podría servir como modelo para hacer frente a los problemas con que se encuentran otras agrupaciones de Estados.

14. **El Sr. Martens** (Alemania) coincide con las opiniones expresadas por el representante de los Estados Unidos sobre los riesgos que supone remitir el asunto a la Sexta Comisión. Señala que las disposiciones finales del capítulo IV se encuadran en el ámbito del derecho internacional público y que la competencia de la Comisión para tratar esas cuestiones es indiscutible. Aunque su delegación apoya la cláusula de desconexión, coincide en gran medida con las objeciones al texto planteadas por los Estados Unidos. En caso necesario, su delegación está dispuesta a proponer un texto alternativo que sirva a los fines previstos en la cláusula y que evite al mismo tiempo los posibles problemas que puedan presentarse.

15. **El Presidente** dice que la diferencia entre la cláusula de desconexión propuesta y las disposiciones finales es que éstas se adoptaron sobre la base de precedentes establecidos. No obstante, está dispuesto a aceptar la opinión de que la Comisión está facultada para decidir sobre el asunto sin remitirlo a la Sexta Comisión. La delegación de los Estados Unidos ha planteado una verdadera objeción y, en vista de que la delegación alemana está dispuesta a trabajar en la elaboración de un texto de avenencia, propone encargar esa labor a un grupo especial de redacción.

16. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) apoya la propuesta del Presidente.

17. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) dice que la cláusula de desconexión propuesta equivale a una reserva, algo que ya se había previsto en el proyecto de convención. Además, aunque la propuesta ha sido aparentemente formulada por la Unión Europea, el resultado es que los 25 Estados miembros de la Unión Europea podrían invocar el párrafo 2 del proyecto de artículo 18 para alegar que las normas promulgadas por la Unión Europea son aplicables en lugar de las del proyecto de convención.

18. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión desea convocar un grupo especial para encargarle la redacción de un texto alternativo.

19. *Así queda acordado*.

Artículo 18. Declaraciones sobre el ámbito de aplicación (continuación)

Párrafo 1 (continuación)

20. **El Presidente** señala que, aunque parece que hay un apoyo casi unánime para que se suprima el apartado b) del párrafo 1 del proyecto de artículo 18, hay opiniones divergentes sobre el mantenimiento del apartado c) del proyecto de párrafo 1.

21. **El Sr. Nordlander** (Suecia) dice que, tras escuchar las declaraciones de los representantes de los Estados Unidos y de Singapur, considera que es preferible mantener el apartado c) del proyecto de párrafo 1.

22. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión desea suprimir el apartado b) del proyecto de párrafo 1 y mantener el apartado c) del proyecto de párrafo 1.

23. *Así queda acordado*.

Párrafo 2

24. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) dice que la cuestión del alcance y la aplicación del proyecto de párrafo 2 ha dado lugar a divergencias en el Grupo de Trabajo, en el que algunas delegaciones sostienen que hay restricciones inherentes a las declaraciones que pueden formularse y otras consideran que las declaraciones incondicionales son aceptables. Por consiguiente, su delegación desea dejar constancia de que entiende que, con arreglo al proyecto de párrafo, puede formularse una declaración del siguiente tipo :

> "1. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Convención todos los asuntos que no afecten a la aplicación de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958) ni a la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980).
>
> 2. El ámbito de aplicación de la Convención previsto en el párrafo 1 abarca únicamente las unidades territoriales [a] y [b]."

El efecto de una declaración de ese tipo sería que, en un Estado federal, el proyecto de convención sólo se aplicaría a algunas unidades territoriales y únicamente a los asuntos relacionados con dos convenciones de las Naciones Unidas. Quedarían excluidos de su ámbito de aplicación los contratos entre empresas que no estuvieran relacionados con esas dos convenciones. Añade que su delegación no desea enmendar el texto del proyecto de párrafo 2.

25. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que, en su opinión, un Estado tiene todo el derecho, de conformidad con el proyecto de párrafo 2, a formular una declaración de ese tipo, pero su delegación confía en que no haya muchos Estados que se sientan obligados a hacerlo. Aunque al principio algunos Estados consideraron que era necesario adoptar un enfoque más conservador, todas las ratificaciones del proyecto de convención amplían el alcance de las normas básicas de comercio

electrónico, lo que a su vez contribuirá a que más Estados lo ratifiquen.

26. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) dice que, aunque su delegación está a favor del proyecto de párrafo 2, le preocupan las consecuencias que pueda tener el hecho de que un Estado haga declaraciones que priven a la convención de gran parte de su valor jurídico.

27. **El Sr. Madrid Parra** (España) se suma a la opinión expresada por el representante de los Estados Unidos. Es importante dar cabida a las declaraciones de exclusión para alentar al mayor número posible de Estados, en diversas fases de desarrollo tecnológico, a que ratifiquen la convención, contribuyendo de esa manera al desarrollo del comercio electrónico. Al mismo tiempo, desea hacerse eco del mensaje de prudencia expresado por el representante de Serbia y Montenegro. Si se aprueba el tipo de declaración propuesto por la delegación del Canadá, podría considerarse que la Comisión está recomendando esa línea de actuación.

28. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) dice que no está proponiendo que se incluya la declaración en el comentario sobre el proyecto de párrafo.

29. **El Sr. Lavalle** (Guatemala) dice que de la lista de definiciones que figura en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados se deduce claramente que, de conformidad con el párrafo 2 del proyecto de artículo 18, algunas declaraciones constituirían reservas, pese a que éstas están prohibidas por el proyecto de artículo 21. Una declaración unilateral no tiene que tener las características de una reserva para ser considerada como tal. Además, de conformidad con el artículo 20 del proyecto de convención, esas declaraciones pueden formularse en cualquier momento. Sin embargo, según los proyectos de directriz sobre las reservas a los tratados publicados por la Comisión de Derecho Internacional, una reserva formulada por un Estado después de haber manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado únicamente será válida si las demás partes contratantes no presentan ninguna objeción. Pregunta si las normas de la Convención de Viena se aplicarían a las declaraciones efectuadas con arreglo al párrafo 2 del proyecto de artículo 18, en particular la norma por la que una reserva no es válida si es incompatible con el objeto y la finalidad de un tratado. Una posible solución sería incluir una condición en el proyecto de artículo 21 en la que se estipulara que sus disposiciones no prejuzgan las del párrafo 2 del proyecto de artículo 18, y dejar claro en el comentario que las declaraciones efectuadas de conformidad con el proyecto de párrafo 2 no están sujetas al régimen de objeciones previsto en la Convención de Viena.

30. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que los trabajos preparatorios de la Convención de Viena demuestran que la Convención no es aplicable al derecho internacional privado. Tradicionalmente, en las convenciones sobre derecho privado elaboradas por la Comisión y otros órganos se prevén declaraciones que son mecanismos estructurados para su adaptación por un Estado parte y no constituyen reservas de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena. Así pues, las disposiciones de la Convención relativas a las objeciones a las reservas tampoco se aplican. En cualquier caso, un número considerable de miembros de la Comisión no es parte en la Convención de Viena. Aunque no se opone a incluir en el comentario una referencia a la larga tradición de declaraciones estructuradas en las convenciones sobre derecho privado, no puede apoyar la enmienda propuesta al proyecto de artículo 21.

31. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que la Secretaría, antes de publicar el texto del proyecto de convención como documento A/CN.9/577, presentó las cláusulas finales a la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, que es la encargada de refrendar las cláusulas finales de los tratados negociados por organismos de las Naciones Unidas. La mayor parte de los tratados de las Naciones Unidas están relacionados con el derecho internacional público, pero la Sección de Tratados es consciente de que en las convenciones sobre derecho privado ha pasado a ser una práctica aceptada el hecho de que los Estados adapten las distintas disposiciones mediante declaración, ya que esas convenciones solo se aplican a contratos privados. Por consiguiente, aunque evidentemente los consejos de la Secretaría no tienen efecto vinculante para los Estados Miembros, desea asegurar a la Comisión que, por lo menos a nivel interno, el texto ha sido aprobado.

32. **La Sra. Schulz** (Observadora de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado) observa que la Comisión decidió que el proyecto de convención se aplicaría cuando las normas de derecho internacional privado dieran lugar a la aplicación de la legislación de un Estado Contratante. Sin embargo, la situación no está totalmente clara. Plantea un caso en el que un Estado hace una declaración de conformidad con el párrafo 2 del proyecto de artículo 18 para excluir del ámbito de aplicación de la convención, por ejemplo, los asuntos relacionados con el derecho de familia. Si un caso de ese tipo se lleva ante los tribunales de ese Estado y las normas de derecho internacional privado del Estado conducen a la aplicación de la legislación de otro Estado Contratante que no haya excluido el derecho de familia, se plantearía la cuestión de si los tribunales tendrían que aplicar la convención al derecho de familia. Según el derecho internacional privado, esa solución parecería perfectamente razonable, pero el proyecto de convención no lo aplicarían necesariamente expertos en derecho internacional privado. Por consiguiente, podría ser útil que la Comisión aclarase el asunto en el comentario.

33. **El Presidente** dice que la declaración de la observadora de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado constituye una petición de asesoramiento jurídico y duda de que responder a esa petición en el plenario sea lo mejor para la Comisión. Propone que se examine el asunto en privado con los miembros de la Comisión que hayan participado activamente en la redacción del texto.

34. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión desea aprobar el texto del proyecto de párrafo 2.

35. *Así queda acordado*.

36. *Queda aprobado el contenido del proyecto de artículo 18, en su versión enmendada, y se remite el texto al grupo de redacción*.

Se suspende la sesión a las 15.25 horas y se reanuda a las 15.55 horas.

Artículo 16 bis. Participación de organizaciones regionales de integración económica (continuación)

37. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que el grupo especial de redacción ha acordado el siguiente texto de avenencia para el párrafo 4 del proyecto de artículo 16 bis:

> "La presente Convención no prevalecerá sobre las normas obligatorias de ninguna organización regional de integración económica con las que pueda entrar en conflicto y que sean aplicables a partes cuyos respectivos establecimientos se encuentren en Estados miembros de una organización de esa índole, conforme a una declaración."

El texto se basa en el artículo 90 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y parece contar con un amplio apoyo.

38. **La Sra. Struncova** (Comisión Europea) dice que su delegación tiene reservas en relación con el texto propuesto porque el concepto de "establecimiento" es diferente al de "lugar de establecimiento" que figura en la Directiva de la Unión Europea sobre el comercio electrónico y porque el concepto de "normas obligatorias con las que pueda entrar en conflicto", inexistente en el derecho comunitario, crearía incertidumbre en cuanto a qué normas son aplicables. La Comisión Europea no podrá firmar y ratificar el instrumento en esas circunstancias.

39. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que entiende que se dejará que las distintas organizaciones regionales de integración económica interpreten qué entienden por "establecimiento" cuando formulen una declaración. Las organizaciones regionales de integración económica serán libres de utilizar cualquier definición de "establecimiento" que convenga a sus propósitos. Indica que su delegación está dispuesta a estudiar una alternativa a la palabra "obligatorias".

40. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) expresa su apoyo al texto en su forma actual y a las opiniones expresadas por la delegación de los Estados Unidos. Además de definir el concepto de "establecimiento", en las declaraciones formuladas por organizaciones regionales de integración económica se podrá indicar que las "normas obligatorias" son fundamentalmente las aplicadas por la propia organización, como la Directiva Europea.

41. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que la opinión preliminar de la Comisión Europea de que quizás no podrá ratificar la convención no debería considerarse la última palabra sobre el asunto. Corresponde en última instancia a la Comunidad Europea decidir si se procede o no a la ratificación.

42. **La Sra. Lahelma** (Observadora de Finlandia), el **Sr. Boulet** (Bélgica), el **Sr. Nordlander** (Suecia) y el **Sr. Adensamer** (Austria) expresan su apoyo al texto de avenencia.

43. **El Sr. Martens** (Alemania) dice que su delegación también apoya el texto de avenencia y que lo aceptaría incluso aunque se suprimiera la palabra "obligatorias". La cuestión de si la Unión Europea ratificará o no la convención se decidirá con arreglo al procedimiento habitual de adopción de decisiones de la Unión Europea.

44. **El Sr. Buttimore** (Observador de Irlanda) dice que el texto elaborado por el grupo especial de redacción constituye una solución intermedia justa. Propone que se indique en el comentario que las organizaciones regionales de integración económica pueden definir en una declaración los términos "establecimiento" y "normas obligatorias con las que pueda entrar en conflicto". Su delegación no tiene objeciones a la eliminación de la palabra "obligatorias".

45. **El Sr. Carvell** (Reino Unido) manifiesta su apoyo a la propuesta de que las organizaciones regionales de integración económica tengan libertad para aclarar la definición de "establecimiento" en una declaración. Su delegación también está a favor de suprimir la palabra "obligatorias".

46. **El Sr. Lavalle** (Guatemala), observando que el texto original propuesto por la Comisión Europea hace referencia a las normas especiales aplicables a las "relaciones mutuas" entre los Estados miembros de una organización determinada, propone incluir la frase "en sus relaciones mutuas" tras la palabra "aplicables" en el texto de avenencia.

47. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) propone el texto siguiente:

> "Los Estados miembros de una organización regional de integración económica podrán efectuar declaraciones relativas a su obligación de aplicar entre sí las respectivas normas de su organización que difieran de las previstas en la convención."

48. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América), el **Sr. Adensamer** (Austria) y la **Sra. Lahelma** (Observadora de Finlandia) expresan su apoyo a la eliminación de la palabra "obligatorias" en el texto propuesto por el grupo especial de redacción.

49. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión desea suprimir la palabra "obligatorias".

50. *Así queda acordado*.

51. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) señala que en la disposición propuesta no se especifica quién formularía la declaración a que se hace referencia en la frase "conforme a una declaración". Su delegación entiende que se trata de la organización regional de integración económica.

52. **El Sr. Maiyegun** (Nigeria) expresa preocupación por el hecho de que el texto esté sentando un precedente, en virtud del cual una convención de las Naciones Unidas está de hecho limitando su propio ámbito de aplicación. Quizás habría que aclarar esa cuestión en el comentario.

53. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el texto de avenencia está inspirado en parte en el texto del artículo 94 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en virtud del cual dos o más Estados Contratantes con normas jurídicas idénticas o similares pueden declarar que la Convención no se aplica a contratos de compraventa ni a su formación cuando las partes poseen sus establecimientos en esos Estados. Aunque la estructura de la disposición es diferente, tendría el mismo efecto.

54. Propone incluir las palabras "presentada de conformidad con el artículo 20" tras la palabra "declaración" al final del proyecto de párrafo.

55. **El Sr. Martens** (Alemania) dice que entiende que la frase "conforme a una declaración" se refiere a una declaración de una organización regional de integración económica, lo cual quizás debería reflejarse de manera explícita en el comentario mediante la adición de las palabras "formulada por la organización" tras la frase "conforme a una declaración".

56. **El Sr. Adensamer** (Austria), oponiéndose a la propuesta de Alemania, duda de la conveniencia de que solo se permita a una organización regional de integración económica efectuar una declaración con arreglo al proyecto de artículo. Por ejemplo, cuando una organización regional de integración económica no haya ratificado la convención, sus Estados miembros podrían necesitar recurrir a la cláusula de desconexión y formular una declaración por su cuenta.

57. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que la Secretaría entiende que lógicamente la disposición se aplica sólo a las declaraciones presentadas por organizaciones regionales de integración económica y que el artículo 16 bis sería irrelevante en caso de que una organización de esa índole no ratificara la convención, dado que se supone que sus Estados miembros, antes de ratificar la convención, verificarían las obligaciones que les incumben en virtud de los tratados regionales a los que se han adherido y formularían una declaración en virtud del párrafo 2 del artículo 18 en la que se garantizara el cumplimiento de esos acuerdos.

58. **El Sr. Lavalle** (Guatemala) dice que si la Comisión acepta la propuesta de Alemania, una organización regional de integración económica podría formular y modificar una declaración en cualquier momento, incluso después de haberse adherido a la convención. Pregunta si la Comisión desea realmente dar cabida a esa posibilidad.

59. **El Sr. Madrid Parra** (España), haciendo suya la observación de la delegación de Austria, dice que está en contra de permitir a una organización regional de integración económica que formule una declaración sin el consentimiento de sus Estados miembros. Además, se corre el riesgo de incurrir en una contradicción con el párrafo 2 del proyecto de artículo 18, que otorga amplia flexibilidad a los Estados para que decidan sobre el ámbito de aplicación de la convención. Su delegación está favor de que se vuelva al texto del artículo 90 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

60. **El Sr. Martens** (Alemania) dice que desea retirar su propuesta en vista de las objeciones presentadas por los oradores anteriores.

61. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que nada impide a los Estados miembros de una organización regional de integración económica que no haya ratificado la convención declarar que desean excluir ciertos asuntos del ámbito de aplicación de ésta o que las normas de la organización regional de integración económica de la que son miembros prevalecen sobre las normas de la convención.

62. **El Sr. Adensamer** (Austria) dice que, en vista de la explicación de la Secretaría, desea retirar su objeción al entendimiento de que solo las organizaciones regionales de integración económica pueden formular declaraciones.

63. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión desea aceptar el texto del párrafo 4 del proyecto de artículo 16 bis propuesto por el grupo especial de redacción, con la eliminación de la palabra “obligatorias” y la adición propuesta por la Secretaría.

64. *Así queda acordado*.

65. *Queda aprobado el contenido del proyecto de artículo 16 bis, en su versión enmendada, y se remite el texto al grupo de redacción*.

Artículo 19. Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales

66. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el párrafo 1 del proyecto de artículo 19 tiene la finalidad de aclarar que las disposiciones del proyecto de convención pueden utilizarse para facilitar la aplicación de los instrumentos que en él se enumeran. El resto del proyecto de artículo ofrece a los Estados Contratantes opciones sobre el grado de aplicación de la convención para facilitar la aplicación de otros tratados o acuerdos internacionales en los que son partes. El proyecto de párrafo 2 permite a los Estados ampliar la aplicación de la convención a los instrumentos no enumerados en el proyecto de párrafo 1, salvo que los Estados hayan declarado que no quedarán obligados por dicho párrafo. Pese a esas exclusiones de aplicación incondicional, los Estados pueden declarar de conformidad con el proyecto de párrafo 3 que aplicarán la convención a determinados instrumentos además de los enumerados en el proyecto de párrafo 1. El proyecto de párrafo 4 prevé otra opción para que no se aplique la convención a determinados

instrumentos, incluidos los mencionados en el párrafo 1, aun cuando un Estado no haya excluido la aplicación del párrafo 2. La complejidad de la disposición en su forma actual es el resultado de las amplias deliberaciones mantenidas en el Grupo de Trabajo.

67. **El Presidente** dice que el delicado equilibrio del texto, con su serie de cláusulas de aceptación y de exclusión, trata de dar respuesta a una amplia gama de preocupaciones y situaciones hipotéticas.

68. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) señala que el proyecto de párrafo 4 ofrece una solución a las cuestiones planteadas anteriormente en la propuesta de la Comisión Europea.

69. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión desea aceptar el artículo 19 en su versión actual.

70. *Queda aprobado el contenido del artículo 19 y se remite el texto al grupo de redacción*.

Artículo 19 bis. Procedimiento para enmendar el párrafo 1 del artículo 19

71. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el proyecto de artículo 19 bis ha sido incorporado en una fase relativamente avanzada de las deliberaciones del Grupo de Trabajo por la delegación de Bélgica, que pensó que sería conveniente disponer de un procedimiento sencillo para modificar la lista de instrumentos que figura en el párrafo 1 del proyecto de artículo 19 a fin de evitar el engorroso procedimiento tradicional de enmienda previsto en el derecho internacional público. Por supuesto, la necesidad de un artículo de esas características dependerá también del procedimiento general de enmienda que la Comisión decida adoptar para el proyecto de convención. El proyecto de artículo 22 tiene dos variantes: una variante A "clásica" y una variante B algo más moderna.

72. **El Presidente** señala a la atención de la Comisión que la totalidad del proyecto de artículo está entre corchetes.

73. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) propone aplazar el debate sobre el proyecto de artículo 19 bis hasta que la Comisión haya concluido su debate sobre el proyecto de artículo 22.

74. **El Sr. Madrid Parra** (España), apoyado por el **Sr. Chung Wan-yong** (República de Corea), dice que el proyecto de artículo 19 bis parece redundante, dado que su contenido ya se refleja en los proyectos de artículo 19 y 22. Por tanto, su delegación propone que sea eliminado lo antes posible.

75. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) apoya la propuesta de aplazar el debate sobre el proyecto de artículo 19 bis hasta que la Comisión haya concluido su debate sobre el proyecto de artículo 22.

76. **El Presidente** dice que, ante la falta de consenso sobre la modificación del orden de debate de los proyectos de artículo, la Comisión reanudará su debate sobre el proyecto de artículo 19 bis en su próxima sesión.

Se levanta la sesión a las 17.00 horas.

Acta resumida de la 804ª sesión, celebrada en el Centro Internacional de Viena, el lunes 11 de julio de 2005, a las 9.30 horas

[A/CN.9/SR.804]

Presidente: Sr. Chan (Singapur), (Vicepresidente)

Se declara abierta la sesión a las 9.45 horas.

Conclusión y aprobación de un proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (*continuación*)
(A/CN.9/571, 573, 577 y Add.1, 578 y Add.1 a 17)

Artículo 19 bis. Procedimiento para enmendar el párrafo 1 del artículo 19 *(continuación)*

1. **El Presidente** da la bienvenida al Presidente de la Comisión, el Sr. Pinzón Sánchez, quien le ha solicitado que continúe presidiendo los debates relativos al tema 4 del programa en su calidad de Vicepresidente. Acto seguido invita a la Comisión a reanudar el examen del proyecto de artículo 19 bis.

2. **El Sr. Tikhaze** (Federación de Rusia) se opone al proyecto de párrafo 3 debido a que, si un Estado Contratante omite por cualquier motivo indicar su posición respecto de una determinada enmienda, se presumirá que la ha consentido. El orador propone, como solución para evitar esa aprobación tácita, que se enmiende el proyecto de párrafo a fin de exigir la aprobación escrita de los dos tercios de los Estados Contratantes dentro de un plazo de 12 meses en lugar de 180 días. Además, dado que una enmienda aprobada en forma tácita podría entrar en vigor en un Estado que no la ha apoyado, su delegación propone insertar una oración a efectos de establecer que si un Estado no ha aceptado expresamente una enmienda, dicha enmienda entrará en vigor respecto de ese Estado 30 días después de su aprobación.

3. **El Sr. Yamamoto** (Japón) dice que su delegación es renuente a introducir una disposición que facilite el proceso de enmienda de la convención. En todo caso, los párrafos 2 a 4 del proyecto de artículo 19 ofrecen a los Estados amplias posibilidades de reducir o ampliar la lista de convenciones que figura en el párrafo 1. Además, los Estados Contratantes que deseen introducir una enmienda pueden hacerlo aplicando el proyecto de artículo 22. Por lo tanto, se opone al proyecto de artículo 19 bis.

4. **El Sr. Khani Jooyabad** (República Islámica del Irán) dice que su delegación está a favor de mantener el proyecto de artículo.

5. **La Sra. Schmidt** (Alemania) dice que apoya las opiniones expresadas por el representante del Japón y la propuesta formulada por los representantes de España y la República de Corea en la sesión anterior, de eliminar el proyecto de artículo. Si éste se aprueba, el proyecto de párrafo 3 planteará serias preocupaciones a su delegación.

6. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) expresa apoyo al proyecto de artículo. Si bien los principios generales aplicables a las enmiendas están establecidos en el proyecto de artículo 22, y a pesar de que el Canadá indicó en sus observaciones escritas (A/CN.9/578/Add.15) que toda enmienda a la convención solo debía ser vinculante para los Estados que expresaran la voluntad de obligarse, el proyecto de artículo 19 bis es un caso especial en la medida en que aborda un aspecto concreto de la lista de convenciones de la CNUDMI que figura en el párrafo 1 del proyecto de artículo. El motivo por el cual se incluyó la lista fue promover su aprobación y la aplicabilidad a ésta del proyecto de convención. En vista de ello, el procedimiento de enmienda de la lista debería ser flexible.

7. **El Sr. Sandoval** (Chile) dice que su delegación se opone a la aprobación del proyecto de artículo 19 bis debido a que ya existen procedimientos de enmienda.

8. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que si bien su delegación apoya la iniciativa de ampliar la lista de instrumentos que figura en el

párrafo 1 del proyecto de artículo 19, la disposición que prevé la aprobación tácita de las enmiendas en el párrafo 3 del proyecto de artículo 19 bis plantea un grave problema, como lo señaló el representante de la Federación de Rusia. La referencia que se hace en el proyecto de párrafo 2 a que el depositario solicitará la opinión de los Estados Parte tampoco es una expresión apropiada para el texto de un tratado.

9. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que el proyecto de artículo 19 ya es excesivamente complejo. Los operadores comerciales tendrán dudas en cuanto a si la convención se aplica o no a determinado país o instrumento. El proyecto de artículo 19 bis complicaría las cosas aún más.

10. **El Sr. Correia** (Observador de Portugal) dice que apoya la posición de los Estados Unidos y Francia.

11. **El Presidente**, si bien toma nota del fuerte apoyo de que goza la idea de promover la aplicabilidad del proyecto de convención a otros instrumentos de la CNUDMI, dice que entiende que la Comisión desea eliminar el proyecto de artículo 19 bis.

12. *Así queda acordado.*

Artículo 20. Procedimiento y efectos de las declaraciones

13. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría), tras señalar que el proyecto de artículo 20 es una disposición corriente, análoga a la que figura en otras convenciones, recuerda a la Comisión que en una sesión anterior se sugirió que se eliminara la referencia al párrafo 1 del artículo 17 que figura en el párrafo 1 del proyecto de artículo 20, debido a que las declaraciones relativas a los efectos de la convención en unidades territoriales de los países se hacían normalmente en el momento de la ratificación.

14. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) se pregunta si no convendría insertar en el párrafo 1 del proyecto de artículo 20 una referencia al proyecto de artículo 16 bis.

15. Si bien las declaraciones que se hacen en el momento de la firma o la ratificación surten efecto simultáneamente con la entrada en vigor de la convención, su delegación propone enmendar los párrafos 3 y 4 del proyecto de artículo 20 a fin de establecer que las declaraciones, modificaciones o retiros surtirán efecto a los tres meses, y no a los seis meses, contados a partir de la fecha de recepción de la notificación por el depositario. Ese es el plazo que se estableció para las declaraciones iniciales o posteriores en el Convenio de La Haya sobre los acuerdos de elección de foro, negociado recientemente.

16. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que si se incluye una referencia al proyecto de párrafo 16 bis, la remisión debería hacerse al párrafo 4 y no al párrafo 2 de ese proyecto de artículo.

17. Con respecto a la propuesta de reducir el plazo de seis a tres meses, la Comisión debería considerar en qué medida podría ser necesario introducir una enmienda paralela en el proyecto de párrafo 24, sobre disposiciones transitorias.

18. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que su delegación está a favor de que se haga referencia al párrafo 4 del proyecto de artículo 16 bis en el párrafo 1 del proyecto de artículo 20. La referencia al párrafo 1 del artículo 17 es incorrecta ya que la Comisión —a su juicio, acertadamente— decidió que las declaraciones debían hacerse en el momento de la ratificación.

19. Su delegación apoya, en principio, la propuesta de establecer un plazo más corto. Sin embargo, los grupos comerciales necesitan que se les avise con suficiente antelación para organizar sus operaciones financieras y obtener asesoramiento en cuanto a la influencia que podría tener una determinada declaración en una jurisdicción en particular. Por lo tanto, el apoyo de su delegación a esta propuesta dependerá de la capacidad de la Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional para trabajar en estrecha colaboración con la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas a fin de garantizar que las declaraciones se hagan conocer de inmediato. Si la secretaría no puede ofrecer garantías en tal sentido, deberá mantenerse el plazo de seis meses para dar tiempo a los comerciantes para que ajusten sus compromisos comerciales.

20. **El Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que la Sección de Tratados ha introducido la práctica de enviar rápidamente a los Estados Miembros, por correo electrónico, notificaciones de los tratados y

declaraciones. También transmite por escrito la misma información a las misiones permanentes

21. **La Sra. Kamenkova** (Belarús) dice que si la frase "en cualquier momento" que figura en el párrafo 1 del proyecto de artículo 20 significa al momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, su delegación no tiene objeciones a que se haga referencia en ese párrafo al párrafo 1 del proyecto de artículo 17. Sin embargo, si la expresión significa en cualquier momento después de que el proyecto de convención haya entrado en vigor en un determinado Estado, la referencia deberá suprimirse.

22. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el Grupo de Trabajo opinó en un principio que, en aras de la seguridad jurídica, todas las declaraciones debían hacerse en el momento de la ratificación. Sin embargo, la opinión que en definitiva prevaleció fue la de permitir que se hicieran declaraciones en virtud de los artículos 18 y 19 del proyecto en cualquier momento, sobre todo considerando la posibilidad de que algún Estado no quisiera hacer una declaración con arreglo a esos artículos desde el principio, y que no debía interpretarse que el proyecto de convención alentaba ese tipo de declaraciones.

23. Sin embargo, el proyecto de artículo 17 se refiere al ámbito geográfico de aplicación del proyecto de convención respecto de determinadas jurisdicciones, más que al ámbito sustantivo de aplicación. Dado que en algunas jurisdicciones —por motivos constitucionales o de otra índole— una convención podría aplicarse únicamente a determinadas unidades territoriales, el Grupo de Trabajo decidió mantener la exigencia de que las declaraciones en virtud del párrafo 1 del proyecto de artículo 17 deben hacerse en el momento de la ratificación. En el caso del proyecto de artículo 16, se acordó que toda organización tendría que demostrar desde el principio, es decir, en el momento de ratificar la convención, que tenía competencia en determinadas materias.

24. **El Sr. Field** (Estados Unidos de América), con el apoyo de la **Sra. Schmidt** (Alemania), dice que su delegación se opone a la propuesta del Canadá de sustituir las palabras "seis meses", en los párrafos 3 y 4 del proyecto de artículo 20, por las palabras "tres meses". Si bien el correo electrónico ha agilizado las comunicaciones, la modificación de los contratos en el mundo comercial puede ser un proceso largo.

25. **El Sr. Potyka** (Austria) y la **Sra. Schmidt** (Alemania) expresan apoyo a la propuesta de eliminar la referencia al párrafo 1 del proyecto de artículo 17 en el párrafo 1 del proyecto de artículo 20, y a la propuesta de incluir una referencia al párrafo 4 del proyecto de artículo 16 bis.

26. **El Presidente** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión desea suprimir la referencia al párrafo 1 del proyecto de artículo 17 en el párrafo 1 del proyecto de artículo 20, y añadir una referencia al párrafo 4 del artículo 16 bis. Como la propuesta del Canadá de enmendar los párrafos 3 y 4 del proyecto de artículo 20 no parece tener apoyo suficiente, entenderá que la Comisión desea mantener la redacción actual de esos párrafos.

27. *Se aprueba, en lo sustancial, el proyecto de artículo 20 en su forma enmendada, y el texto se remite al grupo de redacción.*

Artículo 21. Reservas

28. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el proyecto de artículo 21 es una disposición corriente en los instrumentos de la CNUDMI y es sin perjuicio de las declaraciones que se hagan en virtud de los artículos 16, 17, 18 y 19 del proyecto. Sin embargo, no permite que se formulen reservas tales como la exclusión de la aplicación del proyecto de convención a determinadas organizaciones regionales o la exclusión de la aplicación de determinados artículos.

29. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro), tras expresar la opinión de que determinados artículos del proyecto de convención permiten que se hagan declaraciones que son reservas de facto, propone que, en aras de la claridad jurídica, se enmiende el proyecto de artículo 21 de tal manera que diga: "Con excepción de las declaraciones hechas conforme al artículo 20, no se podrán hacer reservas a la presente Convención".

30. **El Presidente** señala que, si se aprueba la enmienda, el proyecto de artículo 21 estaría dando a entender que las declaraciones equivalen a reservas.

31. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América), con el apoyo del **Sr. D'Allaire** (Canadá), dice que su

delegación se opone a la enmienda propuesta por ser contraria a la práctica establecida por la CNUDMI desde 1974. El artículo 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente establece que no se podrán hacer reservas a la Convención, aunque en otros artículos se prevé la posibilidad de hacer declaraciones. El artículo 56 del Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, aprobado recientemente, excluye la posibilidad de formular reservas pero prevé que se puedan hacer declaraciones con arreglo a varios artículos, estableciendo así una clara distinción entre las reservas formuladas de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y las declaraciones hechas en virtud de convenios de derecho privado. Por consiguiente, el proyecto de artículo 21 debería conservar su redacción actual.

32. *Se aprueba en lo sustancial el proyecto de artículo 21 y el texto se remite al grupo de redacción.*

Artículo 22. Enmiendas

33. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que la variante A del proyecto de artículo 22 refleja disposiciones de convenios anteriores de la CNUDMI. Sigue la práctica tradicional de someter las enmiendas propuestas a tratados internacionales a debate y votación por los Estados Contratantes en conferencias diplomáticas. Por ejemplo, el Protocolo por el que se enmienda la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías fue aprobado en una conferencia diplomática en 1980. La base consensual que rige la labor de la Comisión puede, en principio, quedar incorporada en los requisitos de votación establecidos en el proyecto de artículo 22.

34. La variante B fue propuesta por los Estados Unidos en el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo. Esta variante exige que la secretaría de la CNUDMI vigile los acontecimientos de interés para la aplicación de la convención y determine los aspectos que podría ser necesario enmendar. La secretaría también realizaría parte de la labor preparatoria necesaria para la aprobación de enmiendas en una conferencia de los Estados Contratantes. Otra posibilidad implícita en la variante B es que, como casi todos los Estados Contratantes serán miembros de la Comisión o Estados Miembros de las Naciones Unidas, la Comisión podría acordar enmiendas y luego someterlas a consideración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, eliminando la necesidad de celebrar una conferencia diplomática. Ese es el procedimiento que se ha recomendado para la aprobación del propio proyecto de convención y podría ser un criterio más pragmático y eficiente que el procedimiento tradicional previsto en la variante A.

35. En el proyecto de párrafo 2 de la variante B, la Comisión podría tal vez referirse simplemente al "Secretario General de las Naciones Unidas" o al "depositario", según corresponda, ya que la secretaría de la CNUDMI no es una persona jurídica independiente.

36. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que el proyecto de artículo 22 no es necesario porque, de acuerdo con la práctica seguida por la Comisión desde fines del decenio de 1980, las enmiendas al proyecto de convención pueden simplemente ser examinadas por la Comisión durante el curso normal de sus trabajos. No obstante, si la Comisión desea mantener el proyecto de artículo, su delegación apoyará la variante B. La variante A introduce el formalismo de una conferencia diplomática, lo cual no es congruente con la práctica tradicional de la Comisión, así como procedimientos de votación rigurosos que tienden a politizar los debates. Las conferencias diplomáticas son además eventos costosos, y sería difícil lograr que la Quinta Comisión de la Asamblea General aprobara los recursos presupuestarios necesarios.

37. La variante B, por el contrario, permitiría lograr un objetivo útil, ya que exige que la secretaría vigile los acontecimientos, los señale a la atención de los Estados Contratantes y convoque conferencias de revisión que estarían comprendidas dentro del volumen de trabajo normal de la Comisión y no requerirían un presupuesto adicional.

38. Su delegación no se opondrá a la eliminación del proyecto de párrafo 3 de la variante B, que prevé un proceso de enmienda. Sin embargo, no es un mecanismo de enmienda tácito, ya que las enmiendas solo entrarían en vigor después de ser ratificadas, aceptadas o aprobadas por los Estados a título individual.

39. El Presidente sugiere que la Comisión decida cuál de las variantes desea elegir, si es que se inclina por alguna de ellas, antes de proceder a un debate detallado.

40. *Así queda acordado.*

Se suspende la sesión a las 10.50 horas y se reanuda a las 11.20 horas.

41. **El Sr. Al-Jazy** (Jordania) dice que su delegación está a favor de eliminar el proyecto de artículo 22 porque la Comisión ya tiene un mecanismo de enmienda de las convenciones. No obstante, si se decide mantener el proyecto de artículo, su delegación prefiere la variante B antes que la A, principalmente debido a que la variante B sería más práctica en términos de tiempo y presupuesto. Si se opta por la variante B, se asignará a la secretaría de la CNUDMI un papel fundamental.

42. **La Sra. Ladová** (República Checa) y el **Sr. Velázquez** (Paraguay) dicen que sus delegaciones desean mantener el artículo 22 y prefieren la variante B porque es más práctica y garantizaría una mayor seguridad jurídica.

43. **El Sr. Khani Jooyabad** (República Islámica del Irán) dice que su delegación está a favor de suprimir el proyecto de artículo 22. No obstante, si se mantiene, considera que tanto la variante A como la B tienen sus ventajas y desventajas. Mientras que la variante B es preferible en términos presupuestarios y porque prevé la vigilancia de los acontecimientos en materia de comercio electrónico, también sienta precedentes y plantea cuestiones difíciles en lo que respecta a la aplicación de la convención, la vigilancia y la presentación de informes. La variante A se ajusta más a la práctica tradicional.

44. **El Sr. Yamamoto** (Japón) dice que la posición de su delegación es flexible con respecto al proyecto de artículo 22 y sus variantes propuestas. Sin embargo, si la Comisión decide mantener la variante B, su delegación propone eliminar el proyecto de párrafo 3, ya que entiende que las conferencias de revisión estarán abiertas no solo a los Estados Contratantes sino también a otros Estados miembros de la Comisión, y que podría influir en el procedimiento de enmienda.

45. **La Sra. Schmidt** (Alemania) dice que su delegación apoya la supresión del proyecto de artículo 22 por las razones expuestas por otros oradores.

46. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) invita a la Comisión a evaluar las consecuencias de eliminar el proyecto de artículo 22. Es habitual que los tratados establezcan procedimientos de enmienda de sus propias disposiciones. Si un tratado no prevé esos procedimientos, se aplicarían las normas del derecho internacional público que rigen la enmienda de los tratados multilaterales, tal como se establecen en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sin embargo, no todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas han ratificado la Convención de Viena. Si bien un gran número de Estados Miembros la consideran una codificación del derecho internacional público consuetudinario, no es una opinión compartida universalmente. Aun cuando se conviniera en que la mayoría de los Estados Contratantes podrían proponer que se convocara una conferencia para considerar enmiendas, se plantearían otros interrogantes con respecto a, por ejemplo, la mayoría necesaria para su aprobación. El orador también sugiere a la Comisión que considere las consecuencias prácticas de eliminar el proyecto de párrafo 3 de la variante B, relativo al procedimiento de enmienda.

47. En respuesta a una pregunta del Presidente, dice que si bien no tiene ante sí los textos de todos los convenios de la CNUDMI, le sorprendería que algún instrumento omitiera establecer un procedimiento de enmienda.

48. **El Sr. Bouacha** (Argelia) apoya la supresión del artículo 22 y las declaraciones formuladas por los representantes de Jordania y la República Islámica del Irán.

49. **El Sr. Sandoval** (Chile) dice que su delegación está a favor de mantener el artículo 22, ya que es necesario prever un procedimiento de enmienda, y de aprobar la variante A, que refleja la práctica establecida respecto de la CNUDMI y de otros instrumentos de las Naciones Unidas.

50. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que, como norma, los convenios de la CNUDMI no contienen ninguna disposición sobre su enmienda. Por lo tanto, sería aceptable suprimir el artículo 22. En general se entiende, de acuerdo con la práctica de la CNUDMI, que los Estados miembros y

observadores que asisten a las sesiones plenarias de la Comisión tienen facultades para aprobar enmiendas, incluso, por ejemplo, protocolos de convenios existentes.

51. Su delegación se opone firmemente a la variante A, que implantaría un procedimiento extremadamente formal y costoso que tendería más a desalentar que a promover la aprobación de enmiendas.

52. En cambio, su delegación ha sido convencida por otras delegaciones de que la variante B contribuiría a aclarar el actual procedimiento de enmienda de facto, por lo que está dispuesta a apoyar esa variante.

53. **El Sr. Pinzón Sánchez** (Colombia) dice que, en atención a lo señalado por la secretaría, su delegación apoya la inclusión de una norma que prevea un procedimiento de enmienda. Con respecto a la variante B, la Comisión debería considerar la capacidad real de la secretaría de la Comisión para asumir la función de vigilancia propuesta en el proyecto de párrafo 1. En todo caso, será la propia Comisión la que continúe desempeñando esa función.

54. **El Sr. Chung Wan-yong** (República de Corea) dice que el artículo 22 debería mantenerse porque un procedimiento de enmienda es un componente común y necesario de cualquier convenio internacional. Su delegación apoya la variante A por las razones expresadas por la delegación de Chile. Con respecto a la variante B, en su opinión no corresponde que la secretaría desempeñe la función de órgano de vigilancia, preparando informes sobre convenios internacionales.

55. **El Sr. Chong** (Singapur) dice que su delegación comparte la opinión de la secretaría en cuanto a la conveniencia de prever un procedimiento de enmienda, y opta por la variante B.

56. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que su delegación está a favor de mantener una disposición que prevea un procedimiento de enmienda. Si la propia convención se aprueba mediante un procedimiento flexible, sería inapropiado establecer un procedimiento menos flexible para las enmiendas. Por lo tanto, su delegación prefiere la variante B, que puede mejorarse eliminando los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo. A la vez de señalar que el proyecto de párrafo 3 exige, para que una enmienda entre en vigor, que sea ratificada, aceptada o aprobada por tres Estados, el orador propone que el número de Estados sea el mismo que se indica en el proyecto de artículo 23, que aún no ha sido examinado. Propone además sustituir la frase “los Estados que participen en la conferencia” por “los Estados Contratantes”.

57. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) se opone a la aprobación del proyecto de artículo 22. El procedimiento de enmienda de la convención podría analizarse en una etapa posterior. Sin embargo, la propuesta que figura en la variante B, de vigilar la aplicación de la convención, y en particular las repercusiones de las declaraciones, reviste cierto interés.

58. **El Sr. Markus** (Suiza) dice que, en su opinión, el proyecto de artículo 22 podría probablemente eliminarse. La disposición relativa a una conferencia de los “Estados Parte” prevista en la variante A es engorrosa e innecesaria. Si bien la Comisión aprueba normalmente sus textos por consenso, el orador reconoce que la aprobación de una norma que facilite el examen de las enmiendas podría acelerar el proceso. Sin embargo, se opone firmemente a la disposición contenida en el proyecto de párrafo 2 de la variante A, que prevé un procedimiento para la aprobación, ratificación y entrada en vigor de las enmiendas, y en particular al requisito, establecido entre corchetes, de que dos tercios de los Estados Contratantes aprueben la enmienda y depositen sus instrumentos de aceptación. Por consiguiente, su delegación prefiere la variante B.

59. **El Sr. Tikhaze** (Federación de Rusia) y la **Sra. Kamenkova** (Belarús) expresan preferencia por la variante A.

60. **El Sr. Yang Lixin** (China) y la **Sra. Cherif Chefchaouni** (Marruecos) están a favor de que se apruebe una versión enmendada de la variante B.

61. **El Sr. Ndiaye** (Observador del Senegal) dice que prefiere la variante A pero que también podría aceptar la variante B.

62. **El Sr. D’Allaire** (Canadá), el **Sr. Rodrigo** (Sri Lanka), el **Sr. Asawawattanaporn** (Tailandia), la **Sra. Mosoti** (Kenya) y el **Sr. Olutujoye** (Nigeria) optan por la variante B.

63. **El Presidente** observa que hay un fuerte apoyo a la idea de mantener el proyecto de artículo 22, así

como a la variante B, y dice que entenderá que la Comisión desea eliminar la variante A.

64. *Así queda acordado.*

65. **El Presidente** invita a la Comisión a considerar la variante B párrafo por párrafo.

Párrafo 1

66. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que el proyecto de párrafo 1 tiene por objeto promover la vigilancia periódica de los acontecimientos relacionados con la convención, ya que ésta se refiere a un aspecto nuevo de las prácticas económicas que está aún en una etapa temprana de su desarrollo y que se prevé que cambiará rápidamente en los próximos años. El orador propone suprimir "Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas" y "secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional" y reemplazar ambos nombres ya sea por "Secretario General de las Naciones Unidas" o por "Secretaría de las Naciones Unidas". También propone suprimir las palabras "todos los años o" que figuran entre corchetes, para permitir así que la Secretaría determine en qué momento los acontecimientos pertinentes dan mérito a que se prepare un informe.

67. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) sugiere que se haga referencia al Secretario General y no a la Secretaría de las Naciones Unidas.

68. **El Sr. Potyka** (Austria) dice que su delegación apoya el proyecto de párrafo 1 en su forma enmendada por la delegación de los Estados Unidos.

69. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión desea aprobar el proyecto de párrafo 1 en su forma enmendada.

70. *Así queda acordado.*

Párrafos 2 y 3

71. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que la finalidad del proyecto de párrafo 2 es prever un procedimiento para que la convención se incluya en el programa de la Comisión en el futuro. Como la frase "[por lo menos el veinticinco por ciento de] los Estados Parte" refleja un intento de incorporar algunos de los términos de la variante A, ya no cree que su inclusión sea necesaria ni apropiada. Por lo tanto, recomienda modificar el encabezamiento del proyecto de párrafo de manera que diga lo siguiente:

> "A solicitud de los Estados miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el Secretario General convocará periódicamente conferencias de revisión con objeto de examinar:".

El orador reconoce, sin embargo, que el término "conferencias de revisión" puede dar lugar a interpretaciones erróneas. La idea es que las enmiendas sean consideradas en primer lugar por la Comisión, para garantizar que exista correspondencia entre el método de aprobación del propio instrumento y las enmiendas de éste. La Quinta Comisión también preferirá que ese procedimiento separe las conferencias que tengan consecuencias presupuestarias. Por lo tanto podría ser aconsejable sustituir la expresión "conferencias de revisión" por la palabra "reunión".

72. **El Presidente** dice que en el encabezamiento se debería especificar la forma en que los Estados miembros podrán solicitar que se convoque una conferencia de revisión u otra reunión.

73. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que su delegación supuso que las solicitudes se harían durante las sesiones ordinarias de la Comisión, de la misma manera que se solicita la inclusión de temas en el programa.

74. **El Presidente** señala que, tal como está redactado el párrafo 2, el Secretario General debería convocar conferencias de revisión "periódicamente", lo que resulta incongruente con el hecho de que se convocarán en respuesta a solicitudes concretas de los Estados Miembros.

75. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) propone suprimir la palabra "periódicamente".

76. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que supone que no es la intención de la variante B que la Comisión apruebe internamente las enmiendas sin someterlas a consideración de la Sexta Comisión de la Asamblea General. Tal como él lo entiende, se pedirá a la secretaría de la Comisión que prepare informes para ayudar a los Estados miembros de la Comisión o a los Estados Contratantes a velar por la aplicación práctica del proyecto de convención y a evaluar la conveniencia de enmendarlo. Si la

Comisión, tras examinar un informe, llega a la conclusión de que es aconsejable enmendar la convención, presentará las propuestas correspondientes a la Asamblea General, en cuyo ámbito se podría convocar una reunión especial de los Estados Contratantes para aprobar la enmienda. Si se eliminan del encabezamiento todas las referencias a los Estados Contratantes y se da la impresión de que las enmiendas pueden ser aprobadas por la propia Comisión, es poco probable que la Sexta Comisión apruebe el texto. Además, no es la práctica habitual que se haga referencia, en el texto de una convención internacional, a un determinado órgano de las Naciones Unidas en particular, como la Comisión.

77. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que su delegación ya había indicado anteriormente que apoyaba la supresión del proyecto de párrafo 3 para resolver cuestiones como las que plantea la secretaría. Agrega que no hay nada en la variante B del proyecto de artículo 22 que menoscabe el derecho de las Partes Contratantes a decidir, por acuerdo entre ellas y con arreglo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y al derecho internacional consuetudinario, introducir las enmiendas que consideren pertinentes. Es un derecho que, sin embargo, no se ejerce con frecuencia en el ámbito del derecho internacional privado, ya que la práctica ha sido que las enmiendas sean examinadas por el órgano que redactó el instrumento. En el caso del proyecto de convención, dado que al principio el número de Estados Contratantes será pequeño, los Estados miembros de la Comisión son quienes estarán mejor preparados para considerar las enmiendas.

78. **El Sr. Ndiaye** (Observador del Senegal) dice que es importante establecer quién podrá iniciar un procedimiento de enmienda. El derecho a enmendar un instrumento corresponde normalmente a los Estados parte y es extremadamente inusual que ese derecho se extienda a otros. Aun cuando la Comisión inicie el procedimiento de enmienda, los Estados Contratantes, que pueden no ser todos miembros de la Comisión, tendrán que tomar las riendas del proceso de allí en más. El argumento que invoca las consecuencias presupuestarias no lo convenció totalmente.

79. **El Sr. Khani Jooyabad** (República Islámica del Irán) expresa su firme apoyo a las observaciones formuladas por la secretaría y encomia la disposición de los Estados Unidos a enmendar la variante B. Propone eliminar el proyecto de párrafo 2 y la frase "que participen en la conferencia mencionada en el párrafo anterior", que figura en el proyecto de párrafo 3. Luego se podrían hacer algunos cambios menores en ese proyecto de párrafo para aclarar que la Comisión no está facultada para adoptar decisiones en nombre de los Estados Contratantes.

80. **El Sr. Markus** (Suiza) dice que se debe hacer una distinción entre el proceso de vigilar la convención y proponer enmiendas, por una parte, y la aprobación y entrada en vigor de las enmiendas, por la otra. Los Estados Contratantes que no sean Estados miembros de la Comisión deberán participar en el proceso de vigilancia y tener la posibilidad de solicitar, al igual que los Estados miembros de la Comisión, que se consideren enmiendas. Sin embargo, cuando la Comisión se disponga a aprobar el texto de una enmienda, deberá tener cuidado de no interferir con el procedimiento habitual de las Naciones Unidas. Por otra parte, el orador pide el asesoramiento de la secretaría en cuanto a si es posible establecer, antes de la participación en la Asamblea General, un mecanismo a nivel de la Comisión que difiera del procedimiento normal de adopción de decisiones de la Comisión y que simplemente permita aprobar el texto. En tal sentido, el orador propone mantener el requisito que figura al comienzo del proyecto de párrafo 3 de la variante B, de que las enmiendas sean aprobadas, "como mínimo, por una mayoría de dos tercios de los Estados que participen en la conferencia". En cambio, no debería preverse disposición alguna con respecto a la aprobación y entrada en vigor de las enmiendas.

81. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que debería mantenerse la afirmación explícita que se hace en el proyecto de párrafo 3 del principio según el cual ninguna enmienda puede aplicarse a un Estado que no la haya ratificado.

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

Acta resumida de la 805ª sesión, celebrada en el Centro Internacional de Viena, el lunes 11 de julio de 2005, a las 14.00 horas

[A/CN.9/SR.805]

Presidente: Sr. Chan (Singapur), (Vicepresidente)

Se declara abierta la sesión a las 14.15 horas

Conclusión y aprobación de un proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (*continuación*) (A/CN.9/571, 573, 577 y Add.1, 578 y Adds. 1 a 17)

Artículo 22. Enmiendas (continuación)

Variante B, párrafos 2 y 3 (continuación)

1. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que, aunque su delegación sigue considerando que sería preferible suprimir el proyecto de artículo 22, ha celebrado consultas con otras delegaciones y redactado tres declaraciones que, aparentemente, gozarían se amplía aceptación. Sin embargo, habida cuenta de que equivalen a confirmar el derecho de los tratados vigente, quizás fuera más pertinente incluirlos en el comentario. En ese caso, su delegación reitera su recomendación, que parece contar con el apoyo de muchas delegaciones, de que se suprima el proyecto de párrafo 3.

2. La primera declaración aclara el proyecto de párrafo 2 y dice lo siguiente: "Las recomendaciones de la Comisión se examinarán a su debido tiempo de conformidad con los procedimientos aplicables de las Naciones Unidas". Las declaraciones segunda y tercera sustituirían el proyecto de párrafo 3. La segunda rezaría como sigue: "Las enmiendas de la Convención, de haberlas, solo se aplicarán a los Estados que las hayan ratificado, aceptado o aprobado". Y la tercera diría: "Ninguna de las disposiciones del presente artículo afecta a los derechos de los Estados Partes de enmendar entre ellos la Convención cuando lo estimen oportuno".

3. **El Sr. Bellenger** (Francia) dice que debería conservarse el proyecto de párrafo 3 porque, de otro modo, en el artículo 22 no se dispondría de ningún procedimiento de revisión. Subrayando que, en todo proceso de revisión, corresponde a los Estados Contratantes, y no a la Comisión, proponer las enmiendas, señala que el proyecto de párrafo 3 establece un procedimiento que es flexible y se adecua a la práctica establecida. En cambio, considera que se deberían suprimir los proyectos de párrafo 1 y 2.

4. **El Sr. Khani Jooyabad** (República Islámica del Irán) dice que su delegación considera que el proyecto de artículo 22 se debería suprimir porque las cuestiones de la supervisión de la aplicación, la presentación de informes y la introducción de enmiendas son excesivamente controvertidas como para examinarlas desde todos los ángulos en el tiempo que queda. Las enmiendas se podrían abordar aplicando los procedimientos normales del derecho internacional de los tratados. Si se mantiene el proyecto de artículo, apoyará la propuesta de Francia de que se supriman los proyectos de párrafo 1 y 2.

5. **El Sr. Velázquez** (Paraguay) es partidario de que se mantenga el proyecto de artículo 22. Si en el proyecto de convención no se prevé la posibilidad de enmienda, se aplicaría la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo que con toda probabilidad plantearía graves dificultades. Una posible solución sería incluir en el proyecto de párrafo 2 una frase que dijera: "A petición de los Estados Partes, la Asamblea General celebrará conferencias periódicas para revisar la presente Convención".

6. **La Sra. Kamenkova** (Belarús) dice que si la Comisión suprime el proyecto de párrafo 3 también sería lógico suprimir los proyectos de párrafo 1 y 2 porque nada impide a la Comisión examinar la aplicación práctica de la Convención durante sus procedimientos normales. Por otra parte, si la Comisión decide mantener el proyecto de artículo 22, no puede mantener los dos primeros párrafos y

suprimir el tercero porque la referencia a posibles enmiendas que aparece en el apartado c) del párrafo 2 se quedaría sin contexto. La lógica requiere que para introducir esas enmiendas se establezca un procedimiento flexible.

7. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) apoya la propuesta de la delegación de los Estados Unidos y propone que se sustituya el título del proyecto de artículo, "Enmiendas", por "Evaluación de la aplicación de la Convención".

8. **El Sr. Ndiaye** (Observador del Senegal) propone que el proyecto de párrafo 2 se sustituya por el siguiente texto, que otorga a las Partes Contratantes la iniciativa a la hora de convocar conferencias de revisión, pero que también establece que las enmiendas tendrán que ser debatidas por la Comisión:

> "A petición de [dos tercios] [un tercio] de los Estados Partes, los proyectos de enmienda serán examinados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional."

9. El proyecto de párrafo 3 se debería modificar de forma que rezara:

> "Toda enmienda de la presente Convención deberá ser aprobada por mayoría de dos tercios de los Estados Partes, de conformidad con la práctica de las Naciones Unidas."

10. **El Sr. Martens** (Alemania) señala que la Comisión está llegando repetidamente a la conclusión de que el texto se limita a declarar lo evidente. Considera que sería mejor suprimir el proyecto de artículo 22. En caso de necesidad, la Convención se podría enmendar siguiendo el procedimiento habitual del derecho internacional público. Aunque la Comisión podría examinar las posibles enmiendas de una convención, la decisión definitiva siempre correspondería a los Estados Partes.

11. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que su delegación, que nunca ha estado plenamente convencida de que el proyecto de artículo 22 fuera necesario, desea retirar su propuesta.

12. **El Presidente** dice que la Secretaría, al examinar los instrumentos de la CNUDMI vigentes, ha encontrado que sólo contiene una disposición de enmienda la reciente Convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional. No obstante, la Secretaría ha indicado a la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas que convendría incluir una disposición de enmienda en la convención, y muchas delegaciones parecen estar a favor. Señala que, pese a que la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías no contiene ninguna disposición de enmienda, se la ha enmendado mediante la celebración de una conferencia diplomática. Además, la Comisión examinará la aplicación de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) en su actual período de sesiones, a pesar de que la Convención no establece un procedimiento de examen periódico.

13. **El Sr. Al-Jazy** (Jordania) manifiesta su apoyo a la declaración del representante de Alemania. En caso de necesidad, el proyecto de convención se podría enmendar de conformidad con los principios generales del derecho internacional público.

14. **El Sr. Khani Jooyabad** (República Islámica del Irán), observando que la delegación de los Estados Unidos ha retirado la propuesta de incluir la variante B y que la variante A se ha rechazado, insta a la Comisión a suprimir el proyecto de artículo 22.

15. **El Sr. Yamamoto** (Japón) dice que su delegación es partidaria de que se mantenga una disposición de enmienda. A la vista de la decisión de los Estados Unidos de retirar su propuesta, propone que se vuelva a la variante A, que representa una solución sencilla.

16. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que su delegación no aceptará bajo ninguna circunstancia la variante A, por lo que espera que no se revoque la decisión de rechazarla.

17. **El Presidente** dice que la decisión no se revocará a menos que lo solicite una mayoría sustancial de los miembros de la Comisión.

18. **El Sr. Ndiaye** (Observador del Senegal) dice que, aunque su delegación no se opone a que se suprima el proyecto de artículo 22, desearía que la Secretaría explicara cuáles serían las consecuencias de esa decisión.

19. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que, de conformidad con las normas generales aplicables en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y del derecho internacional consuetudinario, si los Estados Contratantes desean formular una enmienda abierta a la aprobación de todos los Estados Contratantes, será preciso notificarlo a esos Estados y convocar una conferencia especial, y los Estados participantes tendrán que ponerse de acuerdo sobre el reglamento de la conferencia, incluido un procedimiento para votar las enmiendas y la mayoría necesaria para su aprobación. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contempla la posibilidad de que dos o más Estados Contratantes lleguen a un acuerdo sobre una enmienda que sería aplicable entre ellos. Sin embargo, ese acuerdo no estaría abierto a la firma y aprobación de los demás Estados Contratantes. En definitiva, si la cuestión se deja pendiente, la Comisión se encontrará en una situación similar a la que resultaría de la variante A, sin determinar de antemano la mayoría necesaria para aprobar una enmienda.

20. **El Sr. Minihan** (Australia), **el Sr. Bellenger** (Francia) y **el Sr. Adensamer** (Austria) apoyan la supresión del proyecto de artículo 22.

21. **El Presidente** dice que, de no oír objeciones, entenderá que la Comisión desea suprimir el artículo 22.

22. *Así queda acordado*

Artículo 23. Entrada en vigor

23. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el proyecto de artículo 23 es una disposición estándar. La Comisión debe decidir cuántos instrumentos de ratificación se necesitarán para que la convención entre en vigor.

24. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que la práctica habitual en la mayoría de las convenciones de derecho privado es que se requieran tres ratificaciones. Esa opción permitiría a los Estados Contratantes beneficiarse lo antes posible de la modernización de las normas básicas aplicables al comercio electrónico transfronterizo, lo que alentaría a otros Estados a adherirse a la convención.

25. **El Sr. Khani Jooyabad** (República Islámica del Irán) señala que en la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa se requieren diez ratificaciones que, a su entender, es el mínimo necesario para garantizar una representación equitativa. Propone que en el caso del proyecto de convención se requieran 20 ratificaciones.

26. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que no se debería impedir a un grupo más pequeño de Estados beneficiarse de la convención si así lo desean. Se ha tardado ocho años en conseguir las diez ratificaciones estipuladas en la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa. Dentro de ocho años, la convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales habrá quedado tan obsoleta que será totalmente inútil. Por lo tanto, su delegación insta encarecidamente a la Comisión a que permita que entre en vigor con el menor número posible de ratificaciones.

27. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) señala a la atención de la Comisión el hecho de que el Convenio relativo a los acuerdos exclusivos de elección de foro, aprobado en La Haya en junio de 2005, solo requiere para entrar en vigor que se depositen dos instrumentos de ratificación. No cabe duda de que diez es un número excesivo habida cuenta de que la Convención solo se aplicará entre Estados Contratantes. En su opinión, tres ratificaciones sería un número más adecuado dadas las circunstancias.

28. **El Presidente** observa que la Convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, la Convención sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente y el Convenio sobre responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional requieren cinco ratificaciones, mientras que la Convención de Nueva York prescribe tres.

29. **El Sr. Sekolec** (Secretario de la Comisión) dice que, para tomar una decisión sobre la cuestión, tal vez sea útil tener en cuenta el contexto en el que se aprueban las convenciones. Cuando una convención se redacta para sustituir a un instrumento anterior, como en el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa y del Convenio sobre el Transporte

Marítimo de Mercancías (Reglas de Hamburgo), el número de ratificaciones necesarias puede ser considerable, dependiendo del número de Estados que fueran partes en el instrumento anterior. Cuando la aplicación de una convención entraña la circulación de títulos u obligaciones, como la Convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales y la Convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, dos ratificaciones sería un número excesivamente bajo. Lo mismo cabe decir de los instrumentos de transporte. Sin embargo, una convención que recoge fundamentalmente derechos y obligaciones entre dos partes debería poder funcionar, en ausencia de otras consideraciones de peso, si hay dos Estados que tienen sumo interés en permitir a sus comerciantes beneficiarse de ella.

30. **El Sr. Velázquez** (Paraguay), **el Sr. Sandoval** (Chile), **el Sr. Pinzón Sánchez** (Colombia) y **el Sr. Kim Chong-hoon** (República de Corea) apoyan la propuesta de los Estados Unidos.

31. **El Sr. Khani Jooyabad** (República Islámica del Irán) dice que si solo se requieren tres ratificaciones para que entre en vigor la convención, cualquier decisión que se tome en una conferencia de los tres primeros Estados Contratantes se aplicará posteriormente a todos los demás Estados Contratantes. Señala que en otras ramas del derecho internacional se considera normal que para que una convención entre en vigor se requieran de 40 a 65 ratificaciones.

32. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que exigir un gran número de ratificaciones en las convenciones de derecho privado las privaría de toda eficacia. Esas convenciones son eficaces cuando son aplicables entre partes contratantes que las han aceptado, y la Comisión debería reducir al mínimo los obstáculos para su aplicación.

33. **El Presidente** entiende que la Comisión está de acuerdo en que se requieran tres ratificaciones para que entre en vigor el proyecto de convención.

34. *Así queda acordado.*

35. *Queda aprobado el contenido del proyecto de artículo 23, en su forma modificada, y el texto se remite al grupo de redacción.*

Artículo 24. Disposiciones transitorias

36. **El Presidente** señala que la totalidad del proyecto de artículo 24 figura entre corchetes.

37. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que se ha considerado importante incluir disposiciones transitorias a fin de aclarar la aplicación temporal del proyecto de convención a la vista de las distintas opciones a disposición de los Estados Contratantes para formular declaraciones y del hecho de que la convención también se aplicaría a transacciones y contratos privados. Sin embargo, el proyecto de artículo se ha añadido en una etapa relativamente tardía de las deliberaciones del Grupo de Trabajo y no se ha debatido en profundidad

38. **El Sr. Field** (Estados Unidos de América) dice que, aunque su delegación reconoce que es sumamente difícil establecer disposiciones transitorias que abarquen todas las contingencias posibles, en el artículo se identifica correctamente la cuestión más importante, a saber, si el proyecto de convención se aplica los contratos o las comunicaciones anteriores a su entrada en vigor.

39. El proyecto de párrafo 2 se debería modificar a fin de adaptarlo al texto enmendado del artículo 18. Propone la siguiente formulación:

> “En los Estados Contratantes que hagan una declaración con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 18, la presente Convención solo se aplicará a las comunicaciones electrónicas posteriores a la fecha de su entrada en vigor respecto de los Estados Contratantes a los que se hace referencia en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 18.”

40. Su delegación considera que se podrían suprimir los proyectos de párrafo 3 y 4. El proyecto de párrafo 3 es superfluo porque, en cualquier caso, según el párrafo 1 del artículo 19 de la convención solo se aplicaría a los contratos a los que se aplica una de las convenciones incluidas en la lista. En opinión de su delegación, el proyecto de párrafo 5 abarca lo dispuesto en el proyecto de párrafo 4.

41. **El Sr. D’Allaire** (Canadá) pregunta si la frase “la fecha de su entrada en vigor” que figura en el proyecto de párrafo 1 se refiere a la entrada en vigor de la convención a nivel internacional o a su entrada

en vigor en un Estado Contratante determinado. El hecho de que en el proyecto de artículo no se haga referencia al proyecto de artículo 17 sobre aplicación a las unidades territoriales, ni al proyecto de artículo 16 bis sobre participación en organizaciones regionales de integración económica, hace aún más complicada su interpretación.

42. En su opinión, el proyecto de párrafo 3 debería referirse tanto a la entrada en vigor de las convenciones enumeradas en la lista del párrafo 1 del artículo 19 como del propio proyecto de convención.

43. Habida cuenta de que el proyecto de artículo no abarca todas las situaciones transitorias que pueden darse, su delegación propone que se suprima. La legislación aplicable en los distintos Estados Contratantes puede aplicarse a todas las situaciones transitorias que puedan plantearse. Al ratificar y aplicar la convención, los Estados deberían tomar medidas a fin de garantizar que esas situaciones estén debidamente contempladas de conformidad con las obligaciones contraídas en virtud de la convención.

44. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) señala que en algunos Estados Contratantes el proyecto de convención entrará en vigor con el régimen establecido en el proyecto de artículo 1, mientras que en otros Estados, que han hecho distintos tipos de declaraciones, no está claro qué régimen se va a aplicar. Por lo tanto, su delegación propone que se supriman todos los párrafos, con excepción del proyecto de párrafo 1, añadiendo las palabras “en cada Estado” detrás de “después de la fecha de su entrada en vigor”. De esa manera se respondería también a la pregunta de la delegación del Canadá acerca del proyecto de párrafo 1.

45. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que la convención no se puede aplicar si existe incertidumbre sobre si se aplica retroactivamente a las actuaciones de las partes comerciales. El proyecto de párrafo 1 excluye en la aplicación retroactiva pero no proporciona a las partes comerciales la predecibilidad que requieren. El proyecto de párrafo 5 también tiene que abordar la cuestión de la fecha en que las declaraciones surten efecto. Además, debería haber una norma que garantizara la predecibilidad con respecto al apartado a) del párrafo 1 del proyecto de artículo 18.

46. **El Sr. Sandoval** (Chile) apoya la propuesta de que solo se mantenga el párrafo 1 del proyecto de artículo 24.

47. **El Sr. Pinzón Sánchez** (Colombia) dice que el proyecto de párrafo 1 no es realmente una disposición transitoria sino que complementa los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 23, que recogen tanto una disposición para la entrada en vigor general del proyecto de convención como una disposición para su entrada en vigor en los Estados que la hayan ratificado, aceptado o aprobado o que se hayan adherido a ella. Apoya la propuesta de que solo se mantenga el proyecto de párrafo 1, con la modificación de la formulación propuesta por el representante de Serbia y Montenegro.

48. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que, si se suprime el proyecto de párrafo 5, la Comisión dejará a las partes sin saber si se aplica retroactivamente una declaración que surta efecto después de la entrada en vigor de la convención. El objetivo de la convención es mejorar la predecibilidad en el mercado. No hacerlo daría lugar a diferencias, discusiones e incertidumbre que se podrían evitar fácilmente.

49. **La Sra. Schmidt** (Alemania), respondiendo a la preocupación manifestada por la delegación del Canadá, dice que la finalidad del proyecto de párrafo 1 es simplemente impedir que la convención entre en vigor con efecto retroactivo. Para aclarar su significado, propone que se incluya en el proyecto de párrafo 1 la frase “de conformidad con el párrafo 1 del artículo 23” detrás de “después de la fecha se su entrada en vigor”.

50. **El Sr. Olutujoye** (Nigeria) es partidario de que sólo se mantenga el párrafo 1 del proyecto de artículo 24**.** Sin embargo, pide a la Secretaría que explique la declaración que figura en la nota 13 a pie de página del documento A/CN.9/577 de que en la versión más reciente del proyecto de convención examinada por el Grupo de Trabajo únicamente figuraba el proyecto de párrafo 1.

51. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que en una etapa anterior del proceso de redacción el Grupo de Trabajo esperaba que pudiera llegarse a un proyecto de convención que no contuviera el complicado sistema de declaraciones y contradeclaraciones contemplado en los proyectos

de artículos 18 y 19. Los párrafos adicionales se propusieron porque la versión definitiva del proyecto de texto prevé una amplia gama de declaraciones.

52. Una lectura lógica del proyecto de párrafo 1, a la luz del proyecto de artículo 1, es que se refiere a la entrada en vigor de la convención en el Estado Contratante por cuya legislación se rige el intercambio de la comunicación electrónica en cuestión. Si el Estado de la jurisdicción es un Estado Contratante, podría aplicar la convención para interpretar su propia legislación, y sólo lo haría a partir de la fecha en la que la convención hubiera entrado en vigor en ese Estado. Sin embargo, si las normas del derecho internacional privado del Estado de la jurisdicción dan lugar a la aplicación de la ley de otro Estado Contratante, el Estado de la jurisdicción tendría que aplicar la convención a partir de la fecha de su entrada en vigor en el otro Estado.

53. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) dice que la delegación de los Estados Unidos le ha convencido de la utilidad de mantener el proyecto de párrafo 5, además del proyecto de párrafo 1, como proyecto de párrafo 2.

Se suspende la sesión a las 15.30 horas y se reanuda a las 15.50 horas.

54. **El Sr. Field** (Estados Unidos de América) propone que el proyecto de artículo 24 conste de un único párrafo que diga lo siguiente:

> "La Convención y cualquier declaración serán aplicables únicamente a las comunicaciones electrónicas que se cursen después de la fecha de la entrada en vigor de la Convención o de que surta efecto esa declaración en cada Estado."

55. **El Sr. Yang Lixin** (China) apoya la propuesta de la delegación de los Estados Unidos.

56. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) dice que su delegación también apoya la propuesta de los Estados Unidos. El proyecto de artículo reafirmaría el principio de aplicación no retroactiva de la convención. Sin embargo, su delegación se opone tajantemente a la propuesta de la delegación de Alemania de que se haga referencia al párrafo 1 del proyecto de artículo 23 porque ello generaría la posibilidad de retroactividad. Una vez que la convención entre en vigor a nivel internacional, será aplicable a los Estados que la hayan ratificado a partir de la fecha de su entrada en vigor a nivel internacional.

57. **La Sra. Schmidt** (Alemania) dice que su delegación apoya ahora plenamente la propuesta de los Estados Unidos.

58. **El Sr. Chong** (Singapur) dice que su delegación también apoya la propuesta de los Estados Unidos. Sin embargo, propone que en el comentario se aclare que la palabra "declaración" del proyecto de texto también se aplica a la retirada o modificación de una declaración.

59. **El Sr. Yamamoto** (Japón), **el Sr. Sandoval** (Chile) y **el Sr. Velázquez** (Paraguay) manifiestan su apoyo a la propuesta de los Estados Unidos.

60. **El Presidente** entiende que la Comisión desea sustituir el texto del proyecto de artículo 24 por el párrafo único propuesto por la delegación de los Estados Unidos.

61. *Así queda acordado*.

62. **El Sr. Field** (Estados Unidos de América) propone "No retroactividad" como nuevo título.

63. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) dice que el principio de aplicación a casos futuros es inherente a cualquier convención internacional a menos que se indique otra cosa. Propone que el párrafo que se acaba de aprobar se convierta en párrafo 3 del proyecto de artículo 23.

64. **El Sr. Velázquez** (Paraguay) propone el título "Aplicabilidad".

65. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que su delegación está dispuesta a apoyar ese título.

66. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) retira su propuesta de que el párrafo aprobado se traslade al proyecto de artículo 23.

67. **El Sr. Chong** (Singapur) señala que puede existir cierta confusión por lo que respecta a la diferencia entre "Aplicabilidad" y el título del proyecto de artículo 1 "Ámbito de aplicación". Propone como título alternativo "Momento de la aplicación".

68. **El Sr. Adensamer** (Austria) y **el Sr. Burman** (Estados Unidos de América) apoyan esa propuesta.

69. **El Presidente** entiende que la Comisión desea sustituir el título del proyecto de artículo 24 por "Momento de la aplicación".

70. *Así queda acordado*.

71. *Queda aprobado el contenido del artículo 24, en su forma modificada, y el texto se remite al grupo de redacción*.

Artículo 25. Denuncia

72. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el proyecto de artículo 25 es una disposición estándar en los instrumentos de la CNUDMI y en otros instrumentos de las Naciones Unidas.

73. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) propone que, en el futuro, la Comisión y otros órganos de las Naciones Unidas que redactan tratados estudien la posibilidad de sustituir la palabra "denuncia", que tiene connotaciones negativas, por la palabra "retirada".

74. **La Sra. Schmidt** (Alemania) propone que se reduzca el período de entrada en vigor de una denuncia de 12 a seis meses con el fin de alinear el proyecto de artículo 25 con el proyecto de artículo 23 por lo que respecta a la entrada en vigor.

75. **El Presidente** dice que, dado que nadie parece apoyar esa propuesta, entiende que la Comisión desea aprobar el artículo 25 tal y como está redactado.

76. *Queda aprobado el contenido del proyecto de artículo 25 y el texto se remite al grupo de redacción*.

Cláusula de firma

77. *Queda aprobada la cláusula de firma, que se remite al grupo de redacción*.

Preámbulo

78. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que, por limitaciones de tiempo, el Grupo de Trabajo no ha podido adoptar una decisión firme sobre el proyecto de preámbulo. La formulación se basa en elementos de los preámbulos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa y otros instrumentos de la CNUDMI. Sin embargo, algunas delegaciones han sugerido que era excesivamente largo en comparación, por ejemplo, con el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa, cuya longitud es de tan solo un tercio de la del preámbulo del proyecto de convención, a pesar de que esa Convención tiene aproximadamente el triple de artículos. Las palabras "teniendo en cuenta la posibilidad de intercambiarlos" que figuran entre corchetes en el quinto párrafo del preámbulo reflejan una propuesta formulada por una delegación en uno de los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo.

79. **El Sr. Bellenger** (Francia) propone que el proyecto de preámbulo se reduzca a dos párrafos en los que se reflejen los objetivos del proyecto de convención, a saber, promover la utilización de las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional y, para tal fin, fomentar la confianza en las comunicaciones electrónicas garantizando la seguridad jurídica del comercio electrónico. Los dos párrafos dirían lo siguiente:

> *"Deseosos* de promover la utilización de las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional,
>
> *Aspirando* a crear las condiciones necesarias para fomentar la confianza en la utilización de las comunicaciones electrónicas."

80. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que, aunque su delegación comprende el deseo de simplicidad de la delegación de Francia, los objetivos mencionados ya están reflejados en el cuarto párrafo del preámbulo. Los tres primeros párrafos del preámbulo son cláusulas estándar de los instrumentos de las Naciones Unidas. Por lo tanto, su delegación apoya la formulación actual del texto, con sujeción a la supresión de la expresión "se podría ayudar" delante de "a los Estados" en el cuarto párrafo del preámbulo, por ser innecesariamente dubitativa. La adopción de normas uniformes para eliminar los obstáculos a la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales ayudará sin duda a los Estados a obtener acceso a las rutas comerciales modernas.

81. Para atender a las reservas manifestadas con respecto a la frase "teniendo en cuenta la posibilidad de intercambiarlos" que aparece en el quinto párrafo del preámbulo, propone sustituir las palabras "la posibilidad de intercambiarlos" por "el principio de

neutralidad tecnológica y equivalencia funcional", que aparecen en el párrafo 2 de las observaciones presentadas por el Canadá (A/CN.9/578/Add.15).

82. **El Presidente** observa que la redacción del proyecto de preámbulo se parece más a la de una resolución de la Asamblea General haciendo suya una convención que al preámbulo de una convención de las Naciones Unidas.

83. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que los preámbulos de otras convenciones de la CNUDMI tienen aproximadamente la misma longitud. Lo que importa no es la longitud del proyecto de preámbulo, sino si sirve a algún objetivo y si es significativo para todos los países, cualquiera que sea su etapa de desarrollo económico.

84. **El Sr. D'Allaire** (Canadá) dice que el objetivo del proyecto de convención es promover la utilización de las comunicaciones electrónicas y, por lo tanto, poco importa que el preámbulo exceda en cierta medida el ámbito del proyecto de convención. Su delegación apoya el proyecto de preámbulo en su forma modificada por los Estados Unidos porque refleja tanto las preocupaciones de las economías en desarrollo como de las economías desarrolladas.

85. **El Sr. Velázquez** (Paraguay) manifiesta su apoyo a la formulación del preámbulo porque refleja el espíritu del proyecto de convención y remite a un ámbito de aplicación que es pertinente para países que se encuentran en distintas etapas de desarrollo.

86. **El Sr. Sandoval** (Chile) dice que su delegación apoya la modificación del proyecto de preámbulo propuesta por los Estados Unidos.

87. **El Presidente** entiende que la Comisión desea aprobar el proyecto de preámbulo con las modificaciones de los párrafos cuarto y quinto propuestas por los Estados Unidos.

88. *Queda aprobado el contenido del proyecto de preámbulo, en su forma modificada, y el texto se remite al grupo de redacción*.

Título de la convención

89. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) propone el título "Convención sobre contratos internacionales en formato electrónico", que probablemente se abreviaría para denominarse habitualmente "Convención sobre el formato electrónico". La cuestión clave a la que se refiere la convención es el formato de los contratos electrónicos, en otras palabras, su negociación, su preparación y sus resultados.

90. **El Presidente** dice que, aunque el título actual refleja con precisión el contenido del proyecto de convención, se pregunta si la Comisión no podría optar por un título más breve.

91. **El Sr. Sandoval** (Chile) propone el título "Convención sobre los contratos internacionales concluidos por medios electrónicos". En su opinión, la palabra "concluidos" abarca todo el proceso, desde la preparación hasta los resultados.

92. **El Sr. Chong** (Singapur) manifiesta su apoyo al título del proyecto porque sigue de cerca el párrafo 1 del proyecto de artículo 1. El título completo de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa también es largo, pero es adecuado. Las Partes siempre pueden inventar un título abreviado para utilizarlo habitualmente.

93. **El Sr. Gabriel** (Estados Unidos de América) está de acuerdo en que el título del proyecto es adecuado. Sin embargo, se podría abreviar suprimiendo las palabras "la utilización de", que son superfluas. Propone que se sustituya la palabra "contratos" por "contratación" porque el proyecto de convención no se refiere a los contratos propiamente dichos.

94. **La Sra. Kamenkova** (Belarús) dice que su delegación apoya el título del proyecto pero no tiene objeciones a que se supriman las palabras "la utilización de".

95. **El Sr. Martens** (Alemania), con el apoyo del **Sr. Bellenger** (Francia), propone que el título del proyecto se deje como está. Es preferible un título largo para una convención breve si aclara qué esferas son las que están contempladas. En cambio los títulos breves son adecuados para las convenciones que lo abarcan todo, como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

96. **El Sr. Yamamoto** (Japón), sumándose a las declaraciones formuladas por las delegaciones de Singapur y Alemania, manifiesta su apoyo al título actual del proyecto.

97. **El Sr. Kim Chong-hoon** (República de Corea) señala que el párrafo 1 del proyecto de artículo 1 de

la Convención se aplica a "la utilización de" las comunicaciones electrónicas. Por consiguiente, apoya la formulación del título del proyecto.

98. **El Sr. Tikhaze** (Federación de Rusia) dice que su delegación no tiene objeciones a que se mantenga la formulación del título.

99. **El Presidente** entiende que la Comisión desea mantener el título "Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales".

100. *Así queda acordado*.

101. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría), respondiendo a la pregunta formulada anteriormente por la delegación del Japón, dice que las expresiones "Estados Contratantes" y "Estados Partes" tienen dos significados distintos en el proyecto de convención, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Mientras "Estados Contratantes" se refiere a los Estados que han aceptado estar vinculados por un tratado que todavía no ha entrado en vigor, por "Estados Partes" se entiende los Estados que han aceptado estar vinculados por un tratado que ya está en vigor. La distinción es innecesaria una vez que se aprueba el texto. Habida cuenta de que solo se hace referencia a los Estados Partes en el párrafo 3 del antiguo proyecto de artículo 16 bis, que se ha convertido en proyecto de artículo 17, propone que se supriman las palabras "Estado Parte" o "Estados Partes" de la disposición, manteniendo solamente "Estado Contratante" o "Estados Contratantes".

102. **El Presidente** entiende que la Comisión desea aprobar la propuesta de la Secretaría.

103. *Así queda acordado.*

Notas explicativas

104. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) pregunta si la Comisión desea que la Secretaría de la CNUDMI prepare y publique bajo su propio nombre y responsabilidad unas "Notas explicativas", o que sea la Comisión la que apruebe un comentario oficial que se publique bajo sus auspicios. La Secretaría también podría preparar un comentario y remitirlo a la Comisión para su aprobación. Naturalmente, la Secretaría se atendría a las orientaciones e instrucciones que le diera la Comisión y, si fuera necesario, recurriría a la asistencia de expertos externos.

105. **El Sr. Mitrović** (Serbia y Montenegro) propone que sea la Secretaría la que prepare las notas explicativas. Evidentemente, esas notas no serán vinculantes para los Estados que hayan concluido una convención entre ellos.

106. **El Sr. Burman** (Estados Unidos de América) propone que la Secretaría presente a la Comisión en su 39º período de sesiones, en 2006, las notas explicativas que prepare, quizás coincidiendo con la ceremonia de firma que ha propuesto su delegación.

107. **El Presidente** entiende que la Comisión desea pedir a la Secretaría que prepare las notas explicativas en el entendimiento de que la Comisión tomará nota de ellas.

108. *Así queda acordado.*

Se levanta la sesión a las 16.50 horas.

Acta resumida de la 810ª sesión, celebrada en el Centro Internacional de Viena, el viernes 15 de julio de 2005, a las 10.00 horas

[A/CN.9/SR.810]

Presidente: Sr. Pinzón Sánchez (Colombia)

Se declara abierta la sesión a las 10.25 horas.

Finalización y aprobación de un proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (*continuación*) (A/CN.9/XXXVIII/CRP.2/Add.4)

1. **El Presidente** invita a la Comisión a aprobar el proyecto de convención enunciado en el informe del grupo de redacción (A/CN.9/XXXVIII/CRP.2/Add.4).

Título

2. *Queda aprobado el proyecto de título*.

Preámbulo

3. *Queda aprobado el proyecto de preámbulo.*

Capítulo I. Esfera de aplicación

Artículos 1 a 3

4. Quedan aprobados los proyectos de artículo1 a 3.

Capítulo II. Disposiciones Generales

Artículos 4 a 7

5. Quedan aprobados los proyectos de artículo 4 a 7.

Capítulo III. Utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

Artículos 8 a 14

6. Quedan aprobados los proyectos de artículo 8 a 14.

Capítulo IV. Disposiciones finales

Artículos 15 a 19

7. Quedan aprobados los proyectos de artículo 15 a 19.

8. Artículo 20. Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales

9. **El Sr. Schöfisch** (Alemania), con el apoyo del **Sr. Burman** (Estados Unidos), propone que, en aras de una mayor coherencia con el texto del proyecto de artículo 1, en los párrafos 1 a 4 del proyecto de artículo 20 las palabras “contrato o acuerdo” se sustituyan por la palabra “contrato”

10. **El Sr. Estrella Faria** (Secretaría) dice que el hecho de que las palabras “contrato o acuerdo” no se sustituyeran por la palabra “contrato” en el proyecto de artículo 20 las versiones en inglés y español del texto obedeció a un descuido.

11. *Queda aprobado el proyecto de artículo 20, en su forma enmendada*.

Artículos 21 a 25

12. *Quedan aprobados los proyectos de artículo 21 a 25*.

13. Queda aprobado el proyecto de convención en su totalidad, en su forma enmendada.

El debate de que trata el acta resumida finalizó a las 11.05 horas

III. BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS RECIENTEMENTE PUBLICADAS RELATIVAS A LA LABOR DE LA CNUDMI*
NOTA DE LA SECRETARÍA

(A/CN.9/581) [Original: inglés]

ÍNDICE

Capítulo

I. Cuestiones generales
II. Compraventa internacional de mercaderías
III. Arbitraje y conciliación comercial internacional
IV. Transporte internacional
V. Pagos internacionales
VI. Comercio electrónico
VII. Garantías independientes y cartas de crédito contingente
VIII. Contratación pública
IX. Insolvencia
X. Financiación por cesión de créditos
XI. Contratos internacionales de construcción
XII. Comercio compensatorio internacional
XIII. Proyectos de infraestructura con financiación privada
XIV. Garantías reales
Anexo Textos jurídicos de la CNUDMI

I. Cuestiones generales

Barres Benlloch, P. Nota informativa sobre la 36ª sesión del plenario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL). *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid) 93:319-331, 2004.

Daudet, Y. Actualités de la codification du droit international. En Recueil des cours, Académie de droit international de La Haye. Leiden, Martinus Nijhoff, 2004. Vol. 303, p. 9-118.

Véanse, en particular, págs. 81 a 83.

* La jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (CLOUT) y las referencias bibliográficas al respecto figuran en la serie de documentos A/CN.9/SER.C/….

Gopalan, S. The creation of international commercial law: sovereignty felled? *San Diego international law journal* (San Diego, California) 5:267-322, 2004.

_____. New trends in the making of international commercial law. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pensilvania) 23:2:117-168, 2004.

Hafner, G. Certain issues of the work of the Sixth Committee at the fifty-sixth General Assembly. *American journal of international law* (Washington, D.C) 97:147-162, 2003.

Kessedjian, C. Codification du droit international commercial et droit international privé. *En* Recueil des cours; Académie de droit international de La Haye. Leiden, Martinus Nijhoff, 2004. Vol. 300, págs. 78 a 308.

Lando, O. Der Aktionsplan der EG-Kommission zum europäischen Vertragsrecht. *Recht der Internationales Wirtschaft: Betriebs-Berater international* (Heidelberg) 51:1:1-6.

Lannan, K. Revisión anual; trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) desde 2002 hasta 2003. *En* DeCITA; derecho del comercio internacional, temas y actualidades. Buenos Aires, Zavalía, 2004, págs. 414 a 419.

Meessen, K.M. *Economic law in globalizing markets*. La Haya, Kluwer Law International, 2004. 382 págs.

Véanse, en particular, las págs. 39 a 47 sobre la contribución de la CNUDMI a la internacionalización del derecho económico.

Reich, A. The WTO as a law-harmonizing institution. *University of Pennsylvania journal of international economic law* (Filadelfia, Pensilvania) 25:321-382, 2004.

Véase, en particular, el párrafo 6.2 sobre las actividades de la CNUDMI como organización armonizadora del derecho.

Sánchez Calero, J. La labor de UNCITRAL en materia de fraude comercial internacional. Revista de derecho bancario y bursátil (Valladolid) 95:272-275, 2004.

Schneider, U.H. y M. Nietsch. Internationale Rechtsangleichung. *En* Festschrift für Erik Jayme. Munich, Sellier European Law Publishers, 2004. págs. 1361 a 1376.

Torsello, M. *Common features of uniform commercial law conventions*. Munich, Sellier European law publishers, 2004. 344 págs.

Transnational commercial law. International instruments and commentary. *Por* R. Goode *y otros*. Oxford, Oxford University Press, 2004. l, 1058 págs.

II. Compraventa internacional de mercaderías

Almeida Prado, M. *Le hardship dans le droit du commerce international*. Bruselas [/París], Bruylant [Forum européen de la communication], 2003. 345 págs.

Baasch Andersen, C. From resource of law to source of law; the Internet as a source of law in unifying the jurisprudence of the CISG. *Journal of information, law and technology* 3, 2004

Puede consultarse en http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2004_3/andersen/

_____. Exceptions to the notification rule – are they uniformly interpreted? *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 9:1:17-42, 2005.

Baker, M.B. "A hard rain's a-gonna fall"; terrorism and excused contractual performance in a post-September 11th world. *Transnational lawyer* (Sacramento, California) 17:1-35, 2004.

Berger, M. Préjudice indemnisable et droit international des contrats, (Damages and international contract law). *Revue de droit des affaires internationales / International business law journal* (París) 4:427-443, 2004.

Borisova, B. Remarks on the manner in which the UNIDROIT principles may be used to interpret or supplement article 6 of the CISG. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 9:1:153-160, 2005.

Buschbaum, M. Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts im Verhältnis zu Hongkong? IPRax; Praxis des internationales Privat - un Verfahrensrechts (Bielefeld) 24:6:546, 2004.

Charters, A.L. Fitting the "situation": the CISG and the regulated market. *Washington University global studies law review* (St. Louis, Missouri) 4:1-42, 2005.

Chengwei, Liu. The concept of fundamental breach: perspectives from the CISG, UNIDROIT principles, PECL and case law. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 9:1:123-152, 2005.

CISG-AC opinion Nº 2, examination of the goods and notice of non-conformity – articles 38 and 39, 7 de junio de 2004. *Internationales Handelsrecht* (Múnich) 4:4:163-175, 2004.

Dokter, D. Interpretation of exclusion-clauses of the Vienna Sales Convention. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen) 68:4:430-443, 2004.

Faust, F. Zinsen bei Zahlungsverzug. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen) 68:4:511-527, 2004.

Ferrante, E. "Battle of the forms" and the 1980 United Nations Convention on contracts for the international sale of goods (CISG) – a note on the BGH (German Supreme Court) decision of 9 January 2002. *Uniform law review / Revue de droit uniforme* (Roma) 8:975-981, 2003-2004.

Ferrari, F. Divergences in the application of the CISG's rules on non-conformity of goods. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen) 68:4:473-494, 2004.

_____. International sale law and the inevitability of forum shopping; a comment on Tribunale di Rimini, 26 de noviembre de 2002. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pensilvania) 23:2:169-192, 2004.

_____. La place de la régionalisation dans l'unification du droit de la vente (Unification of sales law; do regions matter?). *Revue de droit des affaires internationales / International business law journal* (París) 4:445-459, 2004.

Se publicó una versión anterior de este artículo *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 8:1:1-22, 2004.

En el apéndice figura una traducción al inglés del caso Tribunale di Rimini (26 de noviembre de 2002).

_____. Wesentliche Vertragsverletzung nach UN-Kaufrecht. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:1:1-9, 2005.

Flechtner, H.M. Substantial revisions to U.S. domestic sales law (article 2 of the Uniform Commercial Code) *Internationales Handelsrecht* (Múnich) 4:6:225-236, 2004.

Garro, A.A. y P. Perales Viscasillas. Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CNUCCIM): primera opinión del consejo consultivo de la CNUCCIM (CISG-AC). *Revista de la Contratación Electrónica* (Cádiz) 44:39-56, 2003.

Gillette, C.P. The empirical and theoretical underpinnings of the law merchant: the law merchant in the modern age: institutional design and international usages under the CISG. Chicago journal of international law (Chicago, Illinois) 5:157-179, 2004.

Grieser, S.G. Die Behandlung von atypischen Kaufverträgen im UN-Kaufrecht. Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004. 200 págs.

Herber, R. Das Verhältnis des CISG zu anderen Übereinkommen und Rechtsnormen, insbesondere zum Gemeinschaftsrecht der EU. *Internationales Handelsrecht* (Múnich) 4:3:89-94, 2004.

Ho-Sun, Lee. Mulpumui Gyeyak Bujeokhapseongye Tarun Sonhaebaesangaek Gyoljeong. *Arbitration journal* (Seúl) 311:13-23, 2004.

En Coreano. Título en inglés: An overview on the measures of remedies in CISG).

Jamison, M. The on-sale bar and the new UCC article 2; arguments for defining a commercial offer for sale pursuant to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *North Carolina journal of law & technology* (Chapel Hill, Carolina del Norte) 5:351-370, 2004.

Jeong-Il, Suh. CISG Hyopyaksang Gujejochiye Gwanhayo. *Arbitration journal* (Seúl) 311:6-12, 2004.

En Coreano. Título en inglés: Damages decision for lack of conformity of goods in CISG).

Kee, C. Remarks on the manner in which the UNIDROIT principles may be used to interpret or supplement article 48 of the CISG. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 8:2:245-248, 2004.

King, C. The CISG; another one of equity's darlings? *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 8:2:249-268, 2004.

Köhler, M. Die Haftung nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis zwischen Vertrag und Delikt. Tübingen, Mohr Siebeck, 2003. xv, 290 págs.

Kropholler, J., ed. *Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts im Jahre 2002*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2004. 635 págs.

Véase, en particular, la parte IV.

Kruisinga, S.A. (Non-)conformity of the 1980 UN Convention on contracts for the international sales of goods: a uniform concept? Amberes, Intersentia, 2004. 299 págs.

Lookofsky, J. Digesting CISG case law; how much regards should we have? *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 8:2:181-194, 2004.

_____. *Understanding the CISG in the USA*. 2. ed. La Haya: Kluwer Law International, 2004. xi, 214 págs.

_____. *y* H. Flechtner. Nominating Manfred Forberich; the worst CISG decision in 25 years? *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 9:1:199-208, 2005.

Lubbe G. Fundamental breach under the CISG; a source of fundamentally divergent results. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen) 68:4:444-472, 2004.

Lutz, H. The CISG and common law courts: is there really a problem? Victoria University of Wellington law review (Wellington, Nueva Zelandia) 35:711-733, 2004.

Malan, A. L'extension du champ d'application d'une convention d'unification matérielle par la volonté des parties. *Journal du droit international* (París) 131:2: 443-464, 2004.

McNamara, T. U.N. Sale of Goods Convention: finally coming of age? *Colorado lawyer* (Denver) 32:2:11-22, 2003.

Müller T.M. Die Beweislastverteilung für die Bösgläubigkeit des Verkäufers im Rahmen des Art. 40 CISG. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:1:16-20, 2005.

Osuna González, A. Los honorarios legales como "daños" en el ámbito de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías. *Normas legales* (Trujillo, Perú) 328:3-11, 2003.

Perales Viscasillas, P. Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo. *Actualidad civil* (Madrid) 47-48: 1199-1224, 2003.

_____. Los contratos "mixtos" del artículo 3.1 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías. En Estudios de contratación internacional (Régimen uniforme e internacional privado). Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2004. Págs. 423 a 454 (Colección seminarios, 16).

Piltz, B. AGB in UN-Kaufverträgen. Internationales Handelsrecht (Munich) 4:4:133-138, 2004.

_____. Standard terms in UN-contracts of sale. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 8:2:233-244, 2004.

Ramberg, C. Electronic communications under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG. En Scandinavian studies in law. Volumen 47; IT law. P. Wahlgren, *ed.* Instituto de Derecho Escandinavo de Estocolmo, 2004. Págs. 111 a 130.

Regula, S. *y* B. Kannowski. Nochmals, UN-Kaufrecht oder BGB? Erwägungen zur Rechtswahl aufgrund einer vergleichenden Betrachtung, *Internationales Handelsrecht* (Munich) 4:2:45-54, 2004.

Reid, A. International sale of goods contracts in the 21st century. *Business law review* (La Haya) 25:5-6:120-126, 2004.

Reynolds, F. Some reservations about CISG. *En* New trends in international trade law. Turín, G. Giappichelli editore, 2000. Págs. 287 a 297.

Rosett, A. The Many Paths to Harmony in international commercial law. *En* New trends in international trade law. Turín, G. Giappichelli, 2000. Págs. 319 a 324.

Sauthoff, E. Lieferverzug als wesentliche Vertragsverletzung bei Vereinbarung sofortiger Lieferung und wirksame Einbeziehung fremdsprachiger AGB. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 5:1:21-24, 2005.

Schlechtriem, P. *y* I. Schwenzer. Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. 4. ed. Munich, Beck, 2004. 1041 págs. (vol. LXXXII).

Siehr, K. Convention on the International Sale of Goods; summary. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen) 68:4:528-532, 2004.

Suk-Chul, Kim. Gukjehyeopyakye Daehan Alkisuiwoon Jeonmunhaesol. Arbitration journal (Seúl) 313:67-77, 2004.

En coreano (título en inglés: Easy to understand interpretations of the Vienna (CISG) Convention).

Tetley, W. Good faith in contract; particularly in the contracts of arbitration and chartering. *Journal of maritime law and commerce* (Baltimore, Maryland) 35:561-616, 2004.

Veneziano, A. Interpretazione ed applicazione del diritto uniforme del commercio internazionale; la "banca dati UNILEX". *En* Io comparo, tu compari, egli compara; che cosa, come, perché? V. Bertorello, *ed.* Milán, Giuffrè, 2003, págs. 301 a 311.

En italiano.

Wang Xiaolin *y* C. Baasch Andersen. The Chinese declaration as to form of contracts under CISG;– time to withdraw? *Uniform law review / Revue de droit uniforme* (Roma) 8:870-873, 2003-4.

Webb, L. International BBB ratings a la eBay: a proposal for an improved online better business bureau to facilitate international business transactions. *California western international law journal* (San Diego, California) 35:127-152, 2004.

Wiener Katz, A. The empirical and theoretical underpinnings of the law merchant; the relative costs of incorporating trade usage into domestic versus international sales contracts; comments on Clayton Gillette, institutional design and international usages under the CISG. *Chicago journal of international law* (Chicago, Illinois) 5:181-190, 2004.

Winship, P. Exemptions under article 79 of the Vienna Sales Convention. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen) 68:4:495-510, 2004.

Woorinara Gukjemulpum Maemaegyeyakye Gwanhan UN Hyopyak Gaip. *Arbitration journal* (Seúl) 311:4-5, 2004.

En coreano (título en inglés: Korea's ratification of the Vienna (CISG) Convention).

Yamaguchi, M. The problem of delay in the contract formation process; a comparative study of contract law. *Cornell international law journal* (Ithaca, Nueva York) 37:357-388, 2004.

Zeller, B. International trade law; problems of language and concepts? *The journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pensilvania) 23:1:39-51, 2003.

Zimmermann, R. Symposium; The Convention on the International Sale of Goods and its application in comparative perspective. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen) 68:4:427-429, 2004.

III. Arbitraje y conciliación comercial internacionl

Adachi, E.Gaikoku chusai handan no torikeshi, shonin-shikko, toku ni shikko kettei tetsuzuki ni tsuite - *JCA Journal* (Tokio) 51:12:67-72, diciembre de 2004.

En japonés (título en inglés: Appeal against recognition and enforcement of foreign arbitral awards, in particular, on the procedure regarding enforcement decision).

Adams, C. *y* V. Liborio L'exequatur des sentences arbitrales étrangères aux Etats-Unis. *Journal du droit international* (París) 131:4:1165-1177, 2004.

Alexander, N. The UNCITRAL model law on international commercial arbitration. *World arbitration and mediation report* (Huntington, Nueva York) 15:4:105-117, 2004.

Entrevista con J. Sekolec, Secretario de la CNUDMI (reimpresión parcial en Alexander N. When your multicultural dinner party conversation becomes an international mediation. ADR bulletin (Sidney) 6:8: 145-151, 2004).

Alyoshin, O.Y. *y* T. Slipachuk. Enforcement of foreign arbitral awards in the Ukraine; to be or not to be. *Journal of international arbitration* (La Haya) 22:1:65-74, 2005.

Ansay T. International arbitration in Turkey. American review of international arbitration (Nueva York) 14:3:333-340, 2003.

Arbitration and alternative dispute resolution; how to settle international business disputes. Ginebra, Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC, 2001. 266 págs. (vol. XVII).

Existe también en español y en fracés.

Arbitration law of Japan. Tokio: Shojihomu, 2004. 374 págs.

Arkin, H.L. *y* J.A. Frank. Emasculation of enforcement under the New York Convention in the USA? *Arbitration* (Londres) 71:1:25-35, 2005.

Bachand, F. The UNCITRAL model law's take on anti-suit injunctions. *En* IAI series on international arbitration Nº 2. Anti-suit injunctions in international arbitration. E. Gaillard, *ed.* Nueva York - Bern, Juris Publishing, y Berna, Stämpfli Verlag, 2005. Págs. 87-112.

Balaš, V. Rozhodčí doložky v dvoustranných smlouvách na ochranu investic. (Cláusulas sobre arbitraje en los tratados bilaterales de inversión) *Právník* (Praga) 143:8:787-811, 2004.

En checo.

Ball, M. Probity deconstructed; how helpful, really, are the new International Bar Association Guidelines on conflicts of interest in international arbitration? *World arbitration and mediation report* (Huntington, Nueva York) 15:11:333-342, 2004.

Barona Vilar, S. (*Coord.*) Comentario a la ley de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre). Madrid, Civitas, 2004. 1722 págs.

Barona Vilar, S. *y* C. Esplugues Mota. Arbitraje (legislación básica). Valencia, Tirant lo Blanch, 2004. 149 págs.

Bates, D.M. A consumer's dream or Pandora's box; is arbitration a viable option for cross-border disputes? *Fordham international law journal* (Nueva York) 27:2:823-898, 2004.

Bazinas, S.V. International arbitration, ADR and insolvency. *INSOL world; the requarterly journal of INSOL International* (Londres) págs. 17-18, segundo trimestre de 2004.

Beaumont, B. Ex parte or default proceedings in international arbitration. *Asian dispute review*, 76-78, 2004.

Berti, S.V., ed. International arbitration in Switzerland. La Haya, Kluwer Law International, 2004. 696 págs.

Véanse, en particular, los párrafos 278 a 290 sobre el reglamento de arbitraje de la CNDMI y los párrafos 450 a 464 sobre la Ley Modelo de la CNUDMI.

Biggs, G. Resolving international trade and investment disputes. *CEPAL review* (Santiago) 80:97-114, agosto de 2003. Publicación de las Naciones Unidas.
Existe en español y en inglés.

Blessing, M. ComParíson of the Swiss rules with the UNCITRAL arbitration rules and others. *En* The Swiss rules of international arbitration. Basilea, Swiss Arbitration Association, 2004. págs. 17 a 65.

Bunni, N.G. Construction arbitration in the Middle East. DIAC journal (Dubai) 1:1, 6-12, 2004.
En árabe y en inglés.

Burghetto, M.B. Current status of arbitration legislation in Argentina. *Journal of international arbitration* (La Haya) 21:6:519-538, 2004.

Butler, D. The state of international commercial arbitration in Southern Africa: tangible yet tantalizing progress. *Journal of international arbitration* (La Haya) 21:2:169-203, 2004.

Cann, F. United States; 2003 decisions under the New York Convention; conflicting post-award enforcement litigation in national courts; problems with non-parties to arbitration clauses. *International arbitration law review* (Londres) 7:5:145-149, 2004.

Chovancová, K. Rozhodcovské pravidlá UNCITRAL v bankovej praxi. (Aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en la práctica bancaria, *Právník* (Praga)) 143:11:1093-1125, 2004.
En checo.

Chow, P. Enforcement of international arbitration agreements; a case study. *International arbitration law review* (Londres) 7:4:97-107, 2004.

Cordero Moss, G. Risk of conflict between the New York Convention and newer arbitration-friendly national legislation? *Stockholm arbitration report* (Estocolmo) 2:1-17, 2003.

Cucarella Galiana, L.A. El procedimiento arbitral (ley 60/2003, de 23 diciembre, de arbitraje). Zaragoza, Cometa, 2004, 364 págs.

Dae-Bin, Baek. Gukbangbu Jodalbonbu Woejagumae Gyeyak "Joongjae Johangui Pyojunhwa". *Arbitration journal* (Seúl) 315:13-19, 2005.
En coreano (título en inglés: Ministry of Defence's office of procurement standardization of the arbitration clause in foreign procurement contracts).

Davies, M. Litigation fights back; avoiding the effect of arbitration clauses in charterparty bills of lading. *Journal of maritime law and commerce* (Baltimore, Maryland) 35:617-643, 2004.

Deason, E.E. Competing and complementary rule systems; civil procedure and ADR: procedural rules for complementary systems of litigation and mediation; worldwide. *Notre Dame law review* (South Bend, Indiana) 80:553-592, 2005.

De Nadal, E. The new Spanish arbitration act: an overview. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pensilvania) 19:4:42-48, 2004.

Devolvé, J.L., J. Rouche y G.H. Pointon. *French arbitration law and practice*. La Haya: Kluwer Law International, 2003. 359 págs.

Véanse, en particular, los párrafos 391 y ss. sobre cuestiones relativas a la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).

De Witt Wijnen, O., N. Voser, *y* N. Rao. Background information on the IBA guidelines on conflicts of interest in international arbitration. *Business law international* (Londres) 5:3:433-458, 2004.

Does section 34 of the Arbitration Act 1952 (Act 93) follow the spirit and purpose of the UNCITRAL Rules of Arbitration 1976 and the 1958 New York Convention? *RCAKL newsletter* (Kuala Lumpur), septiembre de 2004 : 20-23.

Eliasoph, I.H. Missing link; international arbitration and the ability of private actors to enforce human rights norms. *New England journal of international and comparative law* (Boston, Massachusetts)10:83-120, 2004.

Francois,G. Arbitrage international ;: modalités et conséquences du contrôle de la validité d'un compromis ou d'une clause compromissoire en Europe. *Revue générale du droit des assurances* (París), 3:577-592, 2004.

Frey, H. *y* Ahrens, J.M. New arbitration rules reflect modern trends. *International financial law review* (Londres) 58-60, marzo de 2004.

Examen de las nuevas normas suizas sobre arbitraje internacional.

Friedrich, F. UNCITRAL Model law on international commercial conciliation. *Zeitschrift für Schiedsverfahren* (Munich) 2:6:297-304, 2004.

En alemán.

Fry, J.D. The Federal Arbitration Act, UNCITRAL model law and New York. *International arbitration law review* (Londres) 7:4:97-107, 2004.

García Sanz, J. Spain; new arbitration act. *International business lawyer* (Londres) 32:6:301-302, 2004.

Giovannini, T. Le nouveau règlement suisse d'arbitrage international. *Gazette du Palais* (París) 338-339:25-30, 3 y 4 de diciembre de 2004.

Gómez Jene, M. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Binnenmarkt. *IPRax; Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (Bielefeld) 25:2:84-93, 2005.

González Soria, J. Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre. Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2004. 680 págs.

Griffith G. *y* J. Sekolec. Insider; UNCITRAL and its model law. *IAMA national newsletter* (Melbourne) noviembre de 2004, págs. 7-10.

Hu, L. Enforcement of foreign arbitral awards and court intervention in the People's Republic of China. *Arbitration International* (La Haya) 20:2:167-178, 2004.

Huntley, C. The Scope of Article 17; Interim measures under the UNCITRAL model law. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 9:1:69-98, 2005.

Hwang, M. *y* M. Lai. Do egregious errors amount to a breach of public policy? *Arbitration; the journal of the Chartered Institute of Arbitrators* (Londres) 71:1:1-24, 2005.

ICC as appointing authority. *ICC International Court of Arbitration Bulletin* (París) 14:2:7, 2003.

Contiene en un apéndice el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Idornigie, P.O. The principle of arbitrability in Nigeria revisited. *Journal of international arbitration* (La Haya) 21:3:279-288, 2004.

Jacquet, J.M. La loi-type de la CNUDCI du 24 juin 2002 sur la conciliation commerciale internationale. *Revue de l'arbitrage* (París) 1:63-75, 2004.

Kaplan, N. The good, the bad and the ugly. *Arbitration; the journal of the Chartered Institute of Arbitrators* (Londres) 70:3:183-192, 2004.

Examen de cuestiones relativas a los textos sobre arbitraje de la CNUDMI, con atención especial a Asia.

Karakaš, E. Origin of arbitral awards and its impact on applicable enforcement regime. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb) 11: 15-50, 2004.

Krasselt-Priemer, T. Neuregelung des spanischen Schiedsverfahrensrechts. *IPRax; Praxis des internationalen Privt - und Verfahrensrechts* (Bielefeld) 25:2:164-169, 2005.

Krishan, R. An overview of the Arbitration and Conciliation Act 1996. *Journal of international arbitration* (La Haya) 21:3:263-278, 2004.

Examen de la legislación interna india y la jurisprudencia conexa relativa a la ley modelo de la CNUDMI.

Kröll, S. Recourse against negative decisions on jurisdiction. *Arbitration international* (La Haya) 20:1:55-72, 2004.

_____. *y* J. Wenzel. Art. VII New York Convention and the need to produce an arbitration agreement; recent development in German law. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pensilvania) 19:4:27-33, 2004.

Lizares, E.P., Arbitration in the Philippines and the alternative dispute resolution act of 2004 R.A. 9285. Makati City (Filipinas), EPL Publications, 2004, 328 págs. (vol X).

Maniruzzaman, A.F.M. Bangladesh embraces the UNCITRAL model law on arbitration; but not quite! *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pensilvania) 19:3:61-64, 2004.

Contiene en un apéndice la Ley sobre Arbitraje de Bangladesh, Ley núm. 1, de 2001.

_____. The new law of international commercial arbitration in Bangladesh; a comparative perspective. *American Review of International Arbitration* (Nueva York) 14:1-2:139-174, 2003.

Mantilla Serrano, F. La nouvelle loi espagnole du 23 décembre 2003 sur l'arbitrage. *Revue de l'arbitrage* (París) 2:225-251, 2004.

_____. The new Spanish arbitration act. *Journal of international arbitration* (La Haya) 21:4:367-382, 2004.

_____. Towards a transnational procedural public policy. *Arbitration international* (La Haya) 20:4:333-353, 2004.

Matheus López, C.A. El derecho de arbitraje peruano. *Revista de ciencias jurídicas* (San José), 102:143-174, 2003.

Matsumoto, T. Recent developments in arbitration in Japan. *Wavelength; JSE Bulletin* (Tokio) 48:1-4, 2004.

Contiene también el texto en inglés del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de arbitraje marítimo de Tokio (TOMAC), el Reglamento de Arbitraje simplificado de la TOMAC, el Reglamento de Procedimiento Arbitral de la TOMAC para reclamaciones de pequeña cuantía y la Ley de Arbitraje (Ley núm. 138, de 2003) del Japón.

Montineri C. *y* F. Musolino. UNCITRAL's current work on interim measures of protection granted by arbitral tribunals and their enforcement. *The arbitrator and mediator* (Melbourne) 23:3:1-13, 2004.

Mullerat, R. Spain Joins the Model Law. *Arbitration International* (La Haya) 20:2:139-150, 2004.

Nakamura, T. Parallel proceedings before an arbitral tribunal and a national court from the perspective of the UNCITRAL model law. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pensilvania) 19:7:23-29, 2004.

_____. Salient features of the new Japanese arbitration law based upon the UNCITRAL model law on international commercial arbitration. *JCAA newsletter* (Tokio) 17:1-6, 2004.

Nakano, S. Chusai keiyaku no junkyoho to chusaiho. *JCA Journal* (Tokio) 51:11:68-74, 2004.

En japonés (título en inglés: The law governing the arbitration agreement and the Arbitration Law).

Nariman, F. East meets West: tradition, globalization and the future of arbitration. *Arbitration International* (La Haya) 20:2:123-137, 2004.

Newmark, C. and R. Hill The appointment of arbitrators in international arbitration. *International arbitration law review* (Londres) 7:3:73-80, 2004.

Niklas, M. Schiedsverfahren via Internet nach den Wiener Regeln. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 4:3:103-106, 2004.

Nishikawa, R. Arbitration law reform in Japan. *Journal of international arbitration* (La Haya) 21:3:303-307, 2004.

Nolan, R. International arbitration and cross-border trade. *DIAC journal* (Dubai) 1:1: 68-72, 2004.

En árabe y en inglés.

Nouvelles de l'arbitrage à l'étranger; CNUDCI et mesures provisoires. *ASA bulletin* (La Haya) 22:4:746-749, 2004.

Oda, H. Arbitration reform in Japan. *ICC International Court of Arbitration bulletin* (París) 15:1:23-35, 2003.

Onyema, E. The role of the international arbitral tribunal secretary. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 9:1:99-110, 2005.

Parlade, C.O. Alternative dispute resolution act of 2004 (Republic Act núm. 9285) (annotated). Quezón City, Filipinas, Central Professional Books, 2004. 750 págs. (Vol. XXVI).

Pengelley, N. The convention strikes back; enforcement of international commercial arbitration awards annulled elsewhere. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 8:2:195-210, 2004.

Perales Viscasillas, P. Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de arbitraje y convenio societario. Cizur Menor, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005. 266 págs.

Pillay, R. The Singapore arbitration regime and the UNCITRAL model law. *Arbitration international* (La Haya) 20:4:355-386, 2004.

Polkinghorne, M. More changes in Singapore; appearance rights of foreign counsel. *Journal of international arbitration* (La Haya) 22:1:75-80, 2005.

Poudret, J.-F. L'originalité du droit français de l'arbitrage au regard du droit comparé. *Revue international de droit comparé* (París) 56:1:133-149, 2004.

_____. *y* S. Besson. Droit comparé de l'arbitrage international. Bruselas, Bruylant, 2002. 1179 págs.

Puhakka, P. *y* J. Pråhl. Välimiesmenettelystä Baltiassa. (sobre el procedimiento arbitral en los Estados bálticos) *Defensor legis* (Helsinki) 85:3:478-482, 2004. En finlandés.

Putnam Lowry, H. Recent developments in international commercial arbitration. ILSA journal of international & comparative law (Fort Lauderdale, Florida) 10:335-344, 2004.

Ramos Méndez, F. International arbitration in the new Spanish arbitration act. International arbitration law review (Londres) 7:6:165-176, 2004.

Rau, A.S. Provisional relief in arbitration; how things stand in the United States. *Journal of international arbitration* (La Haya) 22:1:1-64, 2005.

Recherche sur l'arbitrage en droit international et comparé. *Por* L. Gouiffès *y otros* París: L.G.D.J. y Montchresticu, 1997. 269 págs.

Reed, L. *y* S. Hill Rosenkranz. The UNCITRAL rules as applied in the Iran-US claims tribunal. *En* The Swiss rules of international arbitration. Basilea, Association Suisse de l'Arbitrage, 2004. Págs. 119 a 129.

Reid, A. The UNCITRAL model law on international commercial arbitration and the English arbitration act; are the two systems poles apart? *Journal of international arbitration* (La Haya) 21:3:227-238, 2004.

Rico Carrillo, M. La forma en la contratación electrónica. *Derecho de los negocios* (Madrid) 16:172:15-21, 2005.

Rogers, J.L. Overseas enforcement of judgments and arbitral awards. *South Carolina lawyer* (Columbia, South Carolina) 16:22-27, 2005.

Rubinstein, J.H. International commercial arbitration; reflections at the crossroads of the common law and civil law traditions. *Chicago journal of international law* (Chicago, Illinois) 5:303-310, 2004.

Sacerdoti, G. Investment arbitration under ICSID and UNCITRAL rules : prerequisites, applicable law, review of awards. *ICSID review; foreign investment law journal* (Washington, D.C.) 19:1:1-48, 2004.

Saidov, D. Cases on the Sales Convention and the UNIDROIT principles decided in the Russian Federation: an update. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Viena) 9:1:1-16, 2005.

Salomon, C. The conduct of an international arbitration; do the rules make a difference? *Journal of international arbitration* (La Haya) 21:2:103-141, 2004.

Samuel, A. Imperialism and chauvinism in international arbitration: lawyers, statutes and scoundrels. *En* Imperialism and chauvinism in the law. Ginebra, Schulthess, 2004. Págs. 193 a 213. (Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, 48).

Sanders, P. Has the moment come to revise the arbitration rules of UNCITRAL? *Arbitration international* (La Haya) 20:3:243-268, 2004.

_____. The work of UNCITRAL on arbitration and conciliation. 2ª ed. La Haya, Kluwer Law International, 2004.

Sentner, R. Judicially ordered provisional measures in New York; an update. *Journal of international arbitration* (La Haya) 22:1:81-82, 2005.

Stampa, G. The 2003 Spanish arbitration act. ASA bulletin (La Haya) 22:4:671-694, 2004.

Strong, S.I. Invisible barriers to the enforcement of arbitral awards in the United States. *Journal of international arbitration* (La Haya) 21:6:479-492, 2004.

Svensen, T. New Norwegian arbitration act; draft statute. *Stockholm arbitration report* (Estocolmo) 1:47-59, 2003.

Tetley, W. Good faith in contract: particularly in the contracts of arbitration and chartering. *Journal of maritime law and commerce* (Baltimore, Maryland) 35:561-616, 2004.

Thirgood, R. International arbitration: the justice business. *Journal of international arbitration* (La Haya) 21:4:341-354, 2004.

Ude, L. Arbitration in the Republic of Slovenia. Croatian arbitration yearbook (Zagreb) 11: 159-172, 2004.

UNCITRAL adopts new model conciliation law. *International arbitration report* (Houston) 4:1:10-16, 2004.

Van Houtte, H. Ten reasons against a proposal for ex parte interim measures of protection in arbitration. *Arbitration international* (La Haya) 20:1:85-95, 2004.

Von Saucken, A.J. Die Reform des österreichischen Schiedsverfahrensrechts auf der Basis des UNICTRAL-Modellgesetzes über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004. 408 págs.

Von Wobeser, C. The UNCITRAL model law on international commercial conciliation and its possible adoption in Mexico. *ADR and the law* (Nueva York) 19:195-199, 2004.

Wahab, M. The global information society and online dispute resolution; a new dawn for dispute resolution. *Journal of international arbitration* (La Haya) 21:2:143-168, 2004.

Williams, D. Recent developments in arbitration in New Zealand. *International arbitration law review* (Londres) 7:5:127-144, 2004.

Wilske, S. *y* H.H. Chen. International arbitration practice in Germany. *En* Comparative law yearbook of international business; volume 2004. La Haya, Kluwer Law International, 2005. Págs. 641-657.

Yamamoto, K. La nouvelle loi japonaise sur l'arbitrage. *Revue de l'arbitrage* (París) 4: 829-841, 2004.

Zambrana Tévar, N. Das neue spanische Schlichtungsgesetz. ZfRV: Zeitschrift für Rechtsvergleichung, *Internationales Privatrecht und Europarecht* (Viena) 6:225-228, 2004.

IV. Transporte internacional

A guide to the e-commerce features in the draft instrument on the carriage of goods [wholly or partly] [by sea]. *En* Yearbook 2003, Vancouver I, documents for the Conference. Amberes, Comité maritime international, 2003. Págs. 250-259.

Asariotis, R. Main obligations and liabilities of the shipper. *Transportrecht* (Neuwied, Alemania) 27:7-8:284-294, 2004.

Baughen, S. International conventions. *En* International maritime and commercial law yearbook 2004. F. D. Rose, *ed*. Londres, Informa Professional, 2004. Págs. 169-188.

Berlingieri, F. Freedom of contract under the rules; forum and arbitration clauses. *Transportrecht* (Neuwied, Alemania) 27:7-8:303-308, 2004.

_____. The May 2004 session of the UNCITRAL working group on transport law. *Il diritto marittimo* (Génova), 3: 1148-1182, 2004.

Czerwenka, B. Scope of application and rules on multimodal transport contracts. *Transportrecht* (Neuwied, Alemania) 27:7-8:297-303, 2004.

Davies, M. Litigation fights back; avoiding the effect of arbitration clauses in charterparty bills of lading. *Journal of maritime law and commerce* (Baltimore, Maryland) 35:617-643, 2004.

Delebecque, P. The UNCITRAL draft instrument on the carriage of goods by sea. *En* Yearbook 2003. Comité maritime international 2003. Págs. 208-229.

Haak, K.F. *y* M.A.I.H. Hoeks. Arrangements of multimodal transport in the field of conflicting conventions. *Journal of international maritime law* (Witney, Reino Unido) 10:5:422-433, 2004.

Herber, R. Welcome and introduction [to UNCITRAL's attempt toward global unification of transport law]. *Transportrecht* (Neuwied, Alemania) 27:7-8:274-275, 2004.

Hetherington, S. Jurisdiction and arbitration. *En* Yearbook 2003. Amberes, Comité maritime international, 2003. Págs. 245 a 249.

Honka, H. The legislative future of carriage of goods by sea; could it not be the UNCITRAL draft? *En* Scandinavian studies in law; volume 46; Maritime and transport law. P. Wahlgren, *ed.* Estocolmo, Instituto de Derecho Escandinavo de Estocolmo, 2004. Págs. 93 a 120.

_____. Main obligations and liabilities of the carrier. *Transportrecht* (Neuwied, Alemania) 27:7-8:278-283, 2004.

Schelin, J. Documents. *Transportrecht* (Neuwied, Alemania) 27:7-8:294-296, 2004.

_____. Documents under the UNCITRAL draft instrument on carriage of goods by sea. *En* Scandinavian studies in law; volume 46. Maritime and transport law. P. Wahlgren, *ed.* Estocolmo, Instituto de Derecho Escandinavo de Estcolmo 2004. Págs. 191 a 199.

Sturley, M.F. Scope of coverage under the UNCITRAL draft instrument. *Journal of international maritime law* (Witney, Reino Unido) 10:2:138-154, 2004.

_____. Transport law: the treatment of performing parties. *En* Yearbook 2003. Amberes, Comité maritime international, 2003. Págs. 230 a 244.

Tetley, W. Letters of indemnity at shipment and letters of guarantee at discharge. *European transport law* (Amberes) 39:3:287-344, 2004.
Véase, en particular, el párrafo XVI, sobre las cuotas de garantía y las reglas de Hamburgo.

La última renovación pendiente; el derecho de la navegación. *Derecho de los negocios* (Madrid) 15:165:1-4, 2004.

Van der Ziel, G. The legal underpinning of e-commerce in maritime transport by the UNCITRAL draft instrument on the carriage of goods by sea. *En* Yearbook 2003. Comité maritime international, 2003, Amberes. Págs. 260-271.

_____. Survey on history and concept. *Transportrecht* (Neuwied, Alemania) 27:7-8:275-278, 2004.

Zekos, G.I. The contractual role of documents issued under the CMI draft instrument on transport law 2001. *Journal of maritime law and commerce* (Baltimore, Maryland) 35:1:99-120, 2004.

V. Pagos internacionales

Black, V. Foreign currency obligations in private international law. *En* Recueil des cours; Académie de droit international de La Haya. Leiden, Martinus Nijhoff, 2004. Págs. 9 a 196.

Textos en francés e inglés; véanse en particular las págs. 161 a 164, relativas a la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, 1988.

Naciones Unidas. Centro UNCTAD/OMC de Comercio Internacional. Financiaciones y garantías en el comercio internacional: Guía Jurídica. 404 páginas.

Núm. de venta S.02.III.T.4; existe también en francés e inglés; véanse, en particular, los párrafos 82 y ss.

VI. Comercio electrónico

Blythe, S.E. Digital signature law of the United Nations, European Union, United Kingdom and United States; promotion of growth in e-commerce with enhanced security. *Richmond journal of law and technology* (Richmond, Virginia) 11:2, 2005.

Puede consultarse en http://law.richmond.edu/jolt/v11i2/article6.pdf

Bouchard, C. *y* M. Lacoursière Les enjeux du contrat de consommation en ligne. *Revue générale de droit* (Ottawa) 33:3:373-438, 2003.

Fung Daniel, R. *y* Wang Sheng Chang, *eds.* Arbitration in China; a practical guide. Sweet and Maxwell Asia, 2004. 2 vols.

Véase, en particular, el vol. I, págs. 484 a 500.

Gabriel, H.D. The fear of the unknown; the need to provide special procedural protections in international electronic commerce. *Loyola law review* (Nueva Orleans, Luisiana) 50:307-331, 2004.

Lincoln, A. Electronic signature laws and the need for uniformity in the global market. *Journal of small and emerging business law* (Portland, Oregón) 8:1:67-86, 2004.

Niibori, S. Gurobaru sho torihikiho kakuron sono 4 denshi shotorihiki ni kansuru UNCITITRAL moderu ho. *JCA Journal* (Tokio), 51:6:37-41, junio de 2004 (parte I); 51:7:30-33, julio de 2004 (parte II); 51:8:30-34, agosto de 2004 (parte III); 51:9:39-43, septiembre de 2004 (parte IV); 51:10:45-49, octubre de 2004 (parte V); 51:11:32-36, noviembre de 2004 (parte VI); 51:12:30-35, diciembre de 2004 (parte VII).

El artículo, publicado en varias etapas (partes I a VII), está en japonés (título en inglés: UNCITRAL model law on electronic commerce).

Ong, R. Consumer based electronic commerce; a comparative analysis of the position in Malaysia and Hong Kong. *International journal of law and information technology* (Oxford, Reino Unido) 12:1:101-122, 2004.

Oyarzábal, M.J.A. International electronic contracts; a note on Argentine choice of law rules. *University of Miami Inter-American law review* (Coral Gables, Florida) 35:3:499-526, 2004.

Sarmiento, M.G. Anteproyecto de convención sobre la contratación electrónica llevado a cabo por el Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI. *Derecho y tecnología* (San Cristóbal, Venezuela) 3:99-125, 2003.

Senni, T. Electronic signatures ; the UNCITRAL model law/Signatures électroniques; la loi type élaborée par la CNUDCI. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (París) 1:55-75, 2005.
En francés y en inglés.

Sorieul, R. *y* J.R Clift. Establishing a legal framework for electronic commerce: the work of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) In New trends in international trade law. Turín, G. Giappichelli, 2000. Págs. 333 a 347.

VII. Garantías independientes y cartas de crédito contingente

Diedrich, F. *e* I. Švarca. Unfair calling under international bank guarantees; fraud and the principle of independence. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 4:4:139-147, 2004.

Mugasha, A. Enjoining the beneficiary's claim on a letter of credit or bank guarantee. *Journal of business law* (Londres) 515-538, septiembre de 2004.

Naciones Unidas. Centro UNCTAD/OMC de Comercio Internacional, Financiaciones y garantías en el comercio internacional: Guía Jurídica. 404 págs.
Nº de venta S. 02.III.T.4; existe también en francés e inglés; véanse los párrafos 315 y ss.

Niibori, S. Gurobaru sho torihikiho kakuron sono 3 dokuritsu hosho oyobi sutandobai shinyojo ni kansuru kokuren joyaku. *JCA Journal* (Tokio); 50:11:68-72, noviembre de 2003 (parte I); 50:12:42-46, diciembre de 2003 (parte II); 51:1:68-73, enero de 2004 (parte III); 51:2:42-46, febrero de 2004 (parte IV); 51:3:67-71, marzo de 2004 (parte V); 51:4:58-62, Abril de 2004 (parte VI); 51:5:53-58, mayo de 2004 (parte VII).

El artículo, públicado en varias etapas (partes I a VII) está en japonés (título en inglés: Global law on commercial transactions; the United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit).

VIII. Contratación pública

Kovács, A. The global procurement harmonisation initiative. *Public procurement law review* (Londres) 14:1:15-38, 2005.

Mosoti, V. The WTO agreement on government procurement: a necessary evil in the legal strategy for development in the poor world? *University of Pennsylvania*

journal of international economic law (Filadelfia, Pensilvania, Estados Unidos) 25:593-638, 2004.

IX. Insolvencia

Bazinas, S.V. International arbitration, ADR and insolvency. *INSOL world; the quarterly journal of INSOL International* (Londres) segundo trimestre de 2004. Págs. 17 y 18.

Burdette, D. Some initial thoughts on the development of a modern and effective business rescue model for South Africa. *South African mercantile law journal* (Lansdowne). 16:2:241-263, 2004. (Parte I).

Clift, J. The UNCITRAL model law on cross-border insolvency; a legislative framework to facilitate coordination and cooperation in cross-border insolvency. *Tulane journal of international and comparative law* (Nueva Orleans, Luisiana) 12:307-433, 2004.

Contiene en un apéndice la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y la Guía para su incorporación al derecho interno.

Cooper, N. The UNCITRAL legislative guide on insolvency law; a success story. *INSOL world*; *the quarterly journal of INSOL International* (Londres) primer trimestre de 2005. Pág. 3.

_____. UNCITRAL model law on cross-border insolvency; *update. INSOL world; the quarterly journal of INSOL International* (Londres) tercer trimestre de 2004. Pág. 31.

_____. World standards; The role of INSOL International. *International corporate rescue* (La Haya) 1:4:172-174, 2004.

Dawson, K. The doctrine of *forum non conveniens and the winding up of insolvent foreign companies. Journal of business law* (Londres) 28-47, enero de 2005.

Farley, C. An overview, survey, and critique of administrating cross-border insolvencies. *Houston journal of international law* (Houston, Texas) 27:181-219, 2004.

Guilarte Gutiérrez, A. Quinto coloquio judicial UNCITRAL-INSOL sobre insolvencia transfronteriza. *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid) 95:256-257, 2004.

Harmer, R. The quest for a modern secured transactions law. *INSOL world; the quarterly journal of INSOL International* (Londres) tercer trimestre de 2004. Págs. 30 y 31.

Klauser, A. UN beschliesst Gesetzesleitfaden zum nationalen Insolvenzrecht; der UNCITRAL legislative guide on insolvency law. *Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz* (Viena) 1:26-28:2005.

Loubser, A. Aiding the development of a new insolvency law in South Africa; the UNCITRAL draft legislative guide on insolvency law. *South African mercantile law journal* (Lansdowne) 15:3: 396-406, 2003.

Sanderson, R. *y* N. Cooper. United Nations guide on insolvency law. *INSOL world; the quarterly journal of INSOL International* (Londres) tercer trimestre de 2004. Pág. 22.

Shidlovitsky, L. Adoption of chapter 15; a necessary step in international bankruptcy reform. *Southwestern journal of law and trade in the Americas* (Los Angeles, California) 10:171-193, 2003-2004.

Takagi, S. Cross-border insolvency in Japan. *International business lawyer* (Londres) 32:1:15-17, 2004.

Vallens, J.-L. L'affaire Youkos ou l'instrumentalisation du droit de la faillite. *Recueil Dalloz* (París) 181:11:778-781, 2005.

_____. Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité ; vers l'harmonisation du droit de la faillite? *Recueil Dalloz* (París) 180:33:2420-2428, 2004.

X. Financiación por cesión de créditos

Bazinas, S.V. The Convention on international receivables financing. *DCInsight (*París) 10:2:19-21, 2004.

_____. The United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade: insolvency aspects. *International insolvency review* (Chichester, Reino Unido) 13:3:155-165, 2004.

Birch, J. The UNCITRAL model law on secured transactions. *INSOL world; the quarterly journal of INSOL International* (Londres), cuarto trimestre de 2004. Pág. 19.

Murphy, S.D. Contemporary practice of the United States relating to international law; U.S. signing of UNCITRAL Convention on Assignment of Receivables. *American journal of international law* (Washington, D.C.) 98:368-370, 2004.

Naciones Unidas. Centro UNCTA/OMC de Comercio Internacional. Financiaciones y garantías en el comercio internacional: Guía Jurídica. 404 págs.
Nº de venta S.02.III.T.4; existe también en francés e inglés; véase, en particular, el párrafo 219.

Opposabilité aux tiers de la cession de créance dans le commerce international (projets de convention CNUDCI et de réforme de la Convention de Rome). *Revue de droit bancaire et financier* (París) 2:128-129, 2004.

Schmidt, H. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Abtretung von Forderungen im Internationalen Handel. Ein Fortschritt für die Forfaitierungs- und Kreditsicherungspraxis? *IPRax : Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (Bielefeld) 25:2:93-103, 2005.

Voges M. *y* M. Rehberg. Aktuelle Entwicklungen im Recht der Kreditsicherheiten; national und international. *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* (Frankfurt) 58:33:1611-1616, 2004.

XI. Contratos internacionales de construcción

[*No se consigna ninguna publicación sobre este tema.*]

XII. Comercio compensatorio internacional

Milenković-Kerković, M.A. Medunarodni kontratrgovinski poslovi; pravna priroda. (International countertrade transactions; legal nature.) *Pravni život* (Belgrado) 52:11:379-396, 2003.

En serbio.

_____. Tehnika strukturiranja medunarodnih kontratrgovinskih poslova; ili kako iskoristiti cinidbu kupovine. (Technique of structuring the international countertrade transactions (or how to use the prestation of purchasing)). *Pravo i privreda* (Belgrado) 41:5-8:1143-1156, 2004.

En serbio.

XIII. Proyectos de infraestructura con financiación privada

Clement-Davies, C., G. Stasevičius *y* A. Zverev. Laying the foundation stone: Lithuania's new concessions law and its lessons for PPPs. *International business lawyer* (Londres) 32:6:267-273, 2004.

Estrella Faría, J.A. UNCITRAL model legislative provisions on privately financed infrastructure projects ; an introductory note / Dispositions types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé – note introductive. *Uniform law review/Revue de droit uniforme* (Roma) 8:890-891, 2003-4.

El artículo está en francés e inglés. Contiene en un apéndice las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada.

XIV. Garantías reales

Affaki, G. De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés. *Banque et droit* (París) 97:26-34, 2004.

All, P.M. El régimen de las garantías mobiliarias en el tráfico comercial internacional; la situación argentina. *En* DeCITA: derecho del comercio internacional, temas y actualidades. Buenos Aires, Zavalía, 2004, págs. 300 a 319.

Ancel, M.E. Le droit français des sûretés réelles en quête d'un second souffle. Banque & droit (París) 97:3-8, 2004.

Bazinas, S.V. The philosophy and the presentation of the draft UNCITRAL guide on secured transactions. *Banque et droit* (París) 97:16-21, 2004.

De Fontmichel, A. Le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et les conflits de lois. *Banque et droit* (París) 97:22-25, 2004.

Deschamps, M. La réforme du droit québécois des sûretés. *Banque et droit* (París) 97:43-45, 2004.

Drobnig, U. Le projet de guide législatif face à la propriété-sûreté; un casus belli? *Banque et droit* (París) 97:46-49, 2004.

Riffard, J.F. Le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties; un projet actuel et nécessaire. *Banque et droit* (París) 97:9-15, 2004.

Sigman, H.C. L'influence du modèle américain sur le projet de guide législative de la CNUDCI; mythe ou réalité? *Banque et droit* (París) 97:35-42, 2004.

Stoufflet, J. L'apport du Guide législatif de la CNUDCI à la réforme du droit des sûretés; Rapport de synthèse. *Banque et droit* (París) 97:50-51, 2004.

Anexo

Textos jurídicos de la CNUDMI

Título abreviado	*Título completo*
Convención de la CNUDMI sobre la Letra y el Pagaré (1988)	Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (1988)[a]
Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos (2001)	Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2001)[b]
Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías y Cartas de Crédito Contingente (1995)	Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (1995)[c]
Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980)	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)[d]
Convención sobre la Prescripción (1974/1980)	Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, 1974 (Nueva York)[e] y Protocolo de modificación de la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, 1980 (Viena)[f]
Convenio de las Naciones Unidas sobre los Empresarios de Terminales (1991)	Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (1991)[g]
Disposiciones Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura (2003)	Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (2003)[h]
Guía de la CNUDMI para los Contratos de Construcción (1987)	Guía jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales (1987)[i]
Guía sobre de la CNUDMI Comercio Compensatorio Internacional (1992)	Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional (1992)[j]
Guía de la CNUDMI sobre el régimen de la Insolvencia (2004)	Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la Insolvencia (2004)[k]
Guía de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura (2001)	Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (2001)[l]

Título abreviado	*Título completo*
Guía de la CNUDMI sobre Transferencias Electrónicas de Fondos (1986)	Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Transferencias Electrónicas de Fondos[m]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)[n]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias de Crédito (1992)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito[ñ]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje (1985)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985)[o]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública (1994)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (1994)[p]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación (2002)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002)[q]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia (1997)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997)[r]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001)[s]
Notas sobre el Proceso Arbitral de la CNUDMI (1996)	Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (1996)[t]
Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976)	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976)[u]
Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980)	Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980)[v]
Reglas de Hamburgo (1978)	Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo)[w]

Notas

[a] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.16.

[b] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.04.V.14.

[c] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.97.V.12.

[d] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.12.

[e] *Documentos Oficiales 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.

[f] *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.81.IV.3), parte I.

[g] *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.

[h] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.04.V.11.

[i] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.87.V.10.

[j] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.V.7.

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

[l] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.01.V.4.

[m] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.87.V.9.

[n] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4.

[ñ] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.11.

[o] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.18.

[p] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.98.V.13.

[q] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.05.V.4.

[r] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.3.

[s] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V.8.

[t] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), parte II.

[u] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.V.6.

[v] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.81.V.6.

[w] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.14.

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 38 período de sesiones		
	1. Serie de distribución general	
A/CN.9/567	Programa provisional con anotaciones y calendario de reuniones del 38º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/568	Informe del Grupo de Trabajo (Contratación Pública) sobre la labor de su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004)	Segunda parte, II, A
A/CN.9/569	Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 41º período de sesiones (Viena, 13 a 17 de septiembre de 2004)	Segunda parte, III, A
A/CN.9/570	Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su sexto período de sesiones (Viena, 13 a 17 de septiembre de 2004)	Segunda parte, V, A
A/CN.9/571	Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor realizada en su 44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	Segunda parte, I, A
A/CN.9/572	Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 14º período de sesiones (Viena, 29 de noviembre a 10 de diciembre de 2004)	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/573	Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 42º período de sesiones (Nueva York, 10 a 14 de enero de 2005)	Segunda parte, III, D
A/CN.9/574	Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su séptimo período de sesiones (Nueva York, 24 a 28 de enero de 2005)	Segunda parte, V, D
A/CN.9/575	Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor de su séptimo período de	Segunda parte, II, D

Signatura del documento	Título o descripción	Ubicación en el presente volumen
	sesiones (Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005)	
A/CN.9/576	Informe del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) sobre la labor de su 15º período de sesiones (Nueva York, 18 a 28 de abril de 2005)	Segunda parte, IV, F
A/CN.9/577 y Add.1	Nota de la Secretaría sobre el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales	Segunda parte, I, F
A/CN.9/577 y Add.1 a 17	Nota de la Secretaría sobre el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: Observaciones recibidas de los Estados Miembros y organizaciones internacionales	Segunda parte, I, G
A/CN.9/579	Nota de la Secretaría sobre la labor en curso de otras organizaciones internacionales en la esfera del comercio electrónico	Segunda parte, X, C
A/CN.9/580 y Add. 1 y 2	Nota de la Secretaría sobre la evolución del régimen de la insolvencia: adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza; aplicación de protocolos transfronterizos y de pautas para la comunicación interjudicial; y jurisprudencia interpretativa de “centro de los principales intereses” y “establecimiento” de una empresa en la Unión Europea	Segunda parte, IX, B
A/CN.9/581	Nota de la Secretaría sobre Bibliografía de obras recientemente publicadas relativas a la labor de la CNUDMI	Tercera parte, IV
A/CN.9/582 y Add. 1 a 7	Nota de la Secretaría sobre el régimen de la insolvencia: posible labor futura en la esfera del régimen de la insolvencia	Segunda parte, X, B
A/CN.9/583	Nota de la Secretaría sobre la situación actual de las convenciones y leyes modelo	Segunda parte, IX, A
A/CN.9/584	Nota de la Secretaría sobre las actividades que están desarrollando las organizaciones internacionales en relación con la armonización y unificación del derecho mercantil internacional	Segunda parte, X, A
A/CN.9/585	Nota del Secretaría sobre el Informe preliminar sobre la encuesta acerca de la ejecución	Segunda parte, VI

Signatura del documento	Título o descripción	Ubicación en el presente volumen
	legislativa de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958	
A/CN.9/586	Nota del Secretaría sobre la asistencia técnica	Segunda parte, VIII
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/XXXVIII/CRP.1 y Add.1 a 29	Proyecto de informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 38º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/XXXVIII/CRP.2 y Add. 1 a 4	Informe del grupo de redacción: Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/XXXVIII/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

B. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre sobre Comercio Electrónico en su 44º período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.IV/WP.109	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.IV/WP.110	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 44º período de sesiones: Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.IV/WP.111	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 44º período de sesiones: Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.IV/WP.112	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 44º período de sesiones: Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención	Segunda parte, I, D

Signatura del documento	Título o descripción	Ubicación en el presente volumen
A/CN.9/WG.IV/WP.113	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 44º período de sesiones: Cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico (ICC *eTerms* 2004), Guía de la CCI para la contratación electrónica	Segunda parte, I, E

Signatura del documento	Título o descripción	Ubicación en el presente volumen
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.IV/XLIV/ CRP.1 y Add.1 a 12	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor realizada en su 44º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.IV/XLIV/ CRP.2 y Add.1 a 3	Informe del Grupo de redacción: Contratación electrónica: disposiciones de un proyecto de convención	No reproducido
A/CN.9/WG.IV/XLIV/CRP.3	Contratación electrónica: disposiciones de un proyecto de convención	No reproducido
A/CN.9/WG.IV/XLIV/CRP.4	Contratación electrónica: disposiciones de un proyecto de convención	No reproducido
A/CN.9/WG.IV/XLIV/CRP.5	Contratación electrónica: disposiciones de un proyecto de convención	No reproducido
A/CN.9/WG.IV/XLIV/CRP.6	Contratación electrónica: disposiciones de un proyecto de convención	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.IV/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

C. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su sexto período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.I/WP.30	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.I/WP.31	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su sexto período de sesiones: evolución reciente del derecho en materia de contratación pública	Segunda parte II, B
A/CN.9/WG.I/WP.32	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su sexto período de sesiones: evolución reciente del derecho en materia de contratación pública	Segunda parte II, C
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.I/VI/ CRP.1 y Add.1 a 9	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública acerca de la labor realizada en su sexto período de sesiones	No reproducido

Signatura del documento	Título o descripción	Ubicación en el presente volumen
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.I/VI/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

D. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su séptimo período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.I/WP.33	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.I/WP.34 y Add. 1 y 2	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su séptimo período de sesiones: revisiones posibles de la ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación de Bienes, Obras y Servicios	Segunda parte II, E
A/CN.9/WG.I/WP.35 y Add. 1	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su séptimo período de sesiones: revisiones posibles de la ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación de Bienes, Obras y Servicios	Segunda parte II, F
A/CN.9/WG.I/WP.36	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su séptimo período de sesiones: revisiones posibles de la ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación de Bienes, Obras y Servicios	Segunda parte II, G
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.I/VII/ CRP.1 y Add.1 a 5	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública acerca de la labor realizada en su séptimo período de sesiones	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.I/VII/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

E. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación en su 41º período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.II/WP.130	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.II/WP.131	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 41º período de sesiones: soluciones de controversias comerciales	Segunda parte III, B

Signatura del documento	Título o descripción	Ubicación en el presente volumen
A/CN.9/WG.II/WP.132	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 41º período de sesiones: inclusión de una referencia a la Convención de Nueva York de 1958	Segunda parte III, C
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.II/XLI/CRP.1 y Add.1 a 4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor realizada en su 41º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.II/XLI/CRP.2	Propuesta sobre el proyecto del artículo 17	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.II/XLI/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

F. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación en su 42º período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.II/WP.133	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.II/WP.134	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 42º período de sesiones: solución de controversias comerciales	Segunda parte III, E
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.II/XLII/CRP.1 y Add.1 a 4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje acerca de la labor en su 42º período de sesiones	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.II/XLII/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

G. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 14º período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.III/WP.38	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.III/WP.39	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 14º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte	Segunda parte IV, B

Signatura del documento	Título o descripción	Ubicación en el presente volumen
	[total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	
A/CN.9/WG.III/WP.40	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 14º período de sesiones: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	Segunda parte IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.41	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 14º período de sesiones: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	Segunda parte IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.42	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 14º período de sesiones: preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	Segunda parte IV, E
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.III/XIV/ CRP.1 y Add.1 a 13	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte acerca de la labor realizada en su 14º período de sesiones	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.III/XIV/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

H. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 15º período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.III/WP.43	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.III/WP.44	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 15º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	Segunda parte IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.45	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 15º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	Segunda parte IV, H

Signatura del documento	Título o descripción	Ubicación en el presente volumen
A/CN.9/WG.III/WP.46	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 15º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	Segunda parte IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.47	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte en su 15º período de sesiones: Preparación de un proyecto de instrumento sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías	Segunda parte IV, J
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.III/XV/ CRP.1 y Add.1 a 15	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Derecho del Transporte acerca de la labor realizada en su 15º período de sesiones	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.III/XV/INF.1/	Lista de participantes	No reproducido

I. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su sexto período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.VI/WP.12	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/WP.13 y Add.1	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su sexto período de sesiones: proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	Segunda parte V, B
A/CN.9/WG.VI/WP.14 y Add.1 y 2 y Add.4	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su sexto período de sesiones: proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	Segunda parte V, C
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.VI/VI/CRP.1 y Add.1 a 5	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor realizada en su sexto período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/VI/CRP.2	Recomendaciones del proyecto de guía legislativa	No reproducido

Signatura del documento	Título o descripción	Ubicación en el presente volumen
	sobre operaciones garantizadas	
A/CN.9/WG.VI/VI/CRP.3	Informe del grupo de redacción	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.VI/VI/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

J. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su séptimo período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.VI/WP.15	Programa provisional	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/WP.16 y Add.1	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su séptimo período de sesiones: proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	Segunda parte V, E
A/CN.9/WG.VI/WP.17 y Add.1	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su séptimo período de sesiones: proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	Segunda parte V, F
A/CN.9/WG.VI/WP.18 y Add.1	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su séptimo período de sesiones: proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	Segunda parte V, G
A/CN.9/WG.VI/WP.19	Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su séptimo período de sesiones: proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas	Segunda parte V, H
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.VI/VII/CRP.1 y Add.1 a 4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor realizada en su séptimo período de sesiones	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.VI/VII/INF.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 1971) proyectos de infraestructura con financiación privada (desde 2001 a 2003); contratación pública (desde 2004)

   b) Grupo de Trabajo II: Compraventa internacional de mercaderías (1968 a 1978); prácticas contractuales internacionales (1981 a 2000); arbitraje comercial internacional (desde 2000)

   c) Grupo de Trabajo III: Reglamentación internacional del transporte marítimo (1970 a 1975); Derecho del Transporte (desde 2002)**

   d) Grupo de Trabajo IV: Títulos negociables internacionales (1973 a 1987); pagos internacionales (1988 a 1992); intercambio electrónico de datos (1992 a 1996); comercio electrónico (desde 1997)

   e) Grupo de Trabajo V: Nuevo orden económico internacional (1981 a 1994); insolvencia transfronteriza (1995 a 1999); régimen de la insolvencia (desde 2001)*

   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 de Trabajo 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 período de sesiones)	Volumen XXVII: 1996	Primera parte, A	
A/52/17 (30º período de sesiones)	Volumen XXVIII: 1997	Primera parte, A	
A/53/17 (31º período de sesiones)	Volumen XXIX: 1998	Primera parte, A	
A/54/17 (32º período de sesiones)	Volumen XXX: 1999	Primera parte, A	
A/55/17 (33º período 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	
A/59/17 (37º período de sesiones)	Volumen XXXV: 2004	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	
59/39	Volumen XXXV: 2004	Primera parte, D	
59/40	Volumen XXXV: 2004	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	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/8896	Volumen IV: 1973	Primera parte, I, B	
A/9408	Volumen V: 1974	Primera parte, I, B	
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	
A/59/509	Volumen XXXV: 2004	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	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
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	
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	
TD/B/51/8 (Vol.I)	Volumen XXXV: 2004	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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
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	
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	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
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	
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	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
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	
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	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
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	
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	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
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	
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	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
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	
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	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
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	
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	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
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	
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	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
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	
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	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
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	
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	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/539 y Add.1	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/540	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, VII, B	
A/CN.9/542	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, A	
A/CN.9/543	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, V, A	
A/CN.9/544	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, A	
A/CN.9/545	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, II, A	
A/CN.9/546	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, A	
A/CN.9/547	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, II, C	
A/CN.9/548	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, F	
A/CN.9/549	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, V, D	
A/CN.9/550	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, H	
A/CN.9/551	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, D	
A/CN.9/552	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, F	
A/CN.9/553	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, VI	
A/CN.9/554	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, I	
A/CN.9/555	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, X, B	
A/CN.9/557	Volumen XXXV: 2004	Tercera parte, I	
A/CN.9/558 y Add.1	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, J	
A/CN.9/559 y Add.1 a 3	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, K	
A/CN.9/560	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, VIII	
A/CN.9/561	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IX	
A/CN.9/564	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, XI	
A/CN.9/565	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, X, A	
A/CN.9/566	Volumen XXXV: 2004	Tercera parte, II	

| *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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*

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
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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
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	
	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	
A/CN.9/WG.II/WP.125	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, II, B	
A/CN.9/WG.II/WP.127	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, II, D	
A/CN.9/WG.II/WP.128	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, II, E	
A/CN.9/WG.II/WP.129	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, II, F	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
	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	
A/CN.9/WG.III/WP.28/Add.1	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, B	
A/CN.9/WG.III/WP.32	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, C	
A/CN.9/WG.III/WP.33	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, D	
A/CN.9/WG.III/WP.34	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, E	
A/CN.9/WG.III/WP.36	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, G	
A/CN.9/WG.III/WP.37	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, III, H	
	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	
	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	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
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	
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	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
A/CN.9/WG.IV/WP.101	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, V, F	
A/CN.9/WG.IV/WP.103	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, B	
A/CN.9/WG.IV/WP.104 y Add.1 a 4	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, C	
A/CN.9/WG.IV/WP.105	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, D	
A/CN.9/WG.IV/WP.106	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, E	
A/CN.9/WG.IV/WP.108	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, IV, G	
	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	
A/CN.9/WG.V/WP.54 y Add.1 y 2	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, B	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
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	
A/CN.9/WG.V/WP.67	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, B	
A/CN.9/WG.V/WP.68	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, C	
A/CN.9/WG.V/WP.70 (Parte I y II)	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, E	
A/CN.9/WG.V/WP.71	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, F	
A/CN.9/WG.V/WP.72	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, I, G	

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	
A/CN.9/WG.VI/WP.9 y Add.1 a 4	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, V, B	
A/CN.9/WG.VI/WP.11 y Add.1 y 2	Volumen XXXV: 2004	Segunda parte, V, E	

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	

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
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	

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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*	*Página*
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	
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	

Publicación de las Naciones Unidas
Publicado en CD-Rom

Número de venta: S.10.V.3
V.09-87363–Diciembre de 2010
ISSN 0251-4273

USD 80
ISBN 978-92-1-333430-0