

**Comisión de las
Naciones Unidas
para el
Derecho Mercantil
Internacional**

ANUARIO

Volumen XXX: 1999



NACIONES UNIDAS

Nueva York, 2001

NOTA

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

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

A/CN.9/SER.A/1999

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.00.V.9

ISBN: 92-1-333296-3

ISSN 0251-4273

ÍNDICE

| | <i>Página</i> |
|--|---------------|
| INTRODUCCIÓN | v |
| Primera parte. Informe de la Comisión sobre su período de sesiones anual; observaciones y decisiones relativas al informe | |
| TRIGÉSIMO SEGUNDO PERÍODO DE SESIONES (1999) | |
| A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999) (A/54/17) | 3 |
| B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo (46.º período de sesiones) (TD/B/46/15) (vol. I) | 50 |
| C. Asamblea General: informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones: informe de la Sexta Comisión (A/54/611) | 50 |
| D. Resolución 54/103 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1999 | 50 |
| Segunda parte. Estudios e informes sobre temas concretos | |
| I. FINANCIACIÓN POR CESIÓN DE CRÉDITOS | |
| A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor de su 29.º período de sesiones (Viena, 5 a 16 de octubre de 1998) (A/CN.9/455) | 55 |
| B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 29.º período de sesiones: artículos revisados del proyecto de Convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación: observaciones y sugerencias: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.98) | 81 |
| C. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 29.º período de sesiones: financiación por cesión de créditos: informe del grupo de expertos preparado por la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.99) | 98 |
| D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 29.º período de sesiones: propuesta de los Estados Unidos de América: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.100) | 104 |
| E. Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor de su 30.º período de sesiones (Nueva York, 1.º a 12 de marzo de 1999) (A/CN.9/456) | 105 |
| F. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 30.º período de sesiones: artículos revisados del proyecto de Convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación: observaciones y sugerencias: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.102) | 141 |
| II. COMERCIO ELECTRÓNICO | |
| A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor de su 33.º período de sesiones (Nueva York, 29 de junio a 10 de julio de 1998) (A/CN.9/454) | 161 |
| B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 33.º período de sesiones: proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.76) | 186 |

| | <i>Página</i> |
|---|---------------|
| C. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 33.º período de sesiones: propuesta de los Estados Unidos de América: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.77) | 201 |
| D. Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor de su 34.º período de sesiones (Viena, 8 a 19 de febrero de 1999) (A/CN.9/457) | 204 |
| E. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 34.º período de sesiones: proyecto de Régimen Uniforme para las firmas electrónicas: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.79) | 221 |
| F. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 34.º período de sesiones: firmas electrónicas: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.80) | 234 |
| III. PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA | |
| Proyectos de capítulo de una guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada: informe del Secretario General (A/CN.9/458 y Add.1 a 9) .. | 239 |
| IV. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN | |
| A. Prácticas internacionales en materia de cartas de crédito contingente (ISP98): informe del Secretario General (A/CN.9/459) | 365 |
| B. Reglas Uniformes para los documentos de caución de un contrato o <i>Contract Bonds</i> (RUCB): informe del Secretario General (A/CN.9/459/Add.1) | 381 |
| V. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL | |
| Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional: nota de la Secretaría (A/CN.9/460) | 387 |
| VI. LEY DE INSOLVENCIA | |
| Posible labor futura en materia de derecho de insolvencia: propuesta de Australia (A/CN.9/462/Add.1) | 409 |
| VII. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SOBRE TEXTOS DE LA CNUDMI (CLOUT) | 413 |
| VIII. SITUACIÓN DE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI | |
| Situación de las convenciones: nota de la Secretaría (A/CN.9/462) | 415 |
| IX. FORMACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA | |
| Nota de la Secretaría (A/CN.9/461) | 417 |
| Tercera parte. Anexos | |
| I. BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS RECIENTEMENTE PUBLICADAS RELATIVAS A A LABOR DE LA CNUDMI | |
| Nota de la Secretaría (A/CN.9/481) | 425 |
| II. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI | 435 |
| III. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI REPRODUCIDOS EN VOLÚMENES ANTERIORES DEL ANUARIO | 439 |

INTRODUCCIÓN

El presente es el 30.º volumen de la serie de *Anuarios* de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹.

Este volumen consta de tres partes. La primera parte contiene el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones, celebrado en Viena del 17 de mayo al 4 de junio de 1999, 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 32.º período de sesiones. Entre estos documentos figuran los informes de los Grupos de Trabajo de la Comisión, así como los estudios, informes y notas que les fueron presentados por el Secretario General y la Secretaría. En esta segunda parte figuran asimismo algunos de los documentos de trabajo que se prepararon para los Grupos de Trabajo.

La tercera parte contiene una bibliografía de escritos recientes relativos a la labor de la Comisión, una lista de los documentos presentados al 32.º período de sesiones de la Comisión y la lista de los documentos relativos a la labor de la Comisión que hayan sido reproducidos en los volúmenes anteriores del *Anuario*.

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

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

| <i>Volumen</i> | <i>Años</i> | <i>Publicación de las Naciones Unidas</i> <i>No. de venta</i> |
|----------------|-------------|--|
| I | 1968-1970 | S.71.V.1 |
| II | 1971 | S.72.V.4 |
| III | 1972 | S.73.V.6 |
| III Suplemento | 1972 | S.73.V.9 |
| IV | 1973 | S.74.V.3 |
| V | 1974 | S.75.V.2 |
| VI | 1975 | S.76.V.5 |
| VII | 1976 | S.77.V.1 |
| VIII | 1977 | S.78.V.7 |
| IX | 1978 | S.80.V.8 |
| X | 1979 | S.81.V.2 |
| XI | 1980 | S.81.V.8 |
| XII | 1981 | S.82.V.6 |
| XIII | 1982 | S.84.V.5 |
| XIV | 1983 | S.85.V.3 |
| XV | 1984 | S.86.V.2 |
| XVI | 1985 | S.87.V.4 |
| XVII | 1986 | S.88.V.4 |
| XVIII | 1987 | S.89.V.4 |
| XIX | 1988 | S.89.V.8 |
| XX | 1989 | S.90.V.9 |
| XXI | 1990 | S.91.V.6 |
| XXII | 1991 | S.93.V.2 |
| XXIII | 1992 | S.94.V.7 |
| XXIV | 1993 | S.94.V.16 |
| XXV | 1994 | S.95.V.20 |
| XXVI | 1995 | S.96.V.8 |
| XXVII | 1996 | S.98.V.7 |
| XXVIII | 1997 | S.99.V.6 |
| XXIX | 1998 | S.99.V.12 |



Primera parte

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



TRIGÉSIMO SEGUNDO PERÍODO DE SESIONES (1999)

A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999) (A/54/17) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> |
|---|-----------------|
| INTRODUCCIÓN | 1-2 |
| I. 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 |
| II. PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA | 12-307 |
| A. Antecedentes | 12-16 |
| B. Observaciones generales | 17-21 |
| C. Examen de los proyectos de capítulo | 22-307 |
| III. COMERCIO ELECTRÓNICO | 308-318 |
| A. Proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas | 308-314 |
| B. Labor futura en la esfera de las firmas electrónicas | 315-318 |
| IV. LA CESIÓN DE CRÉDITOS CON FINES DE FINANCIACIÓN | 319-330 |
| V. SEGUIMIENTO DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958 | 331-332 |
| VI. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: POSIBLE LABOR FUTURA | 333-380 |
| A. Introducción | 333-336 |
| B. Observaciones generales | 337-339 |
| C. Examen de temas concretos | 340-379 |
| D. Conclusión | 380 |
| VII. POSIBLE LABOR FUTURA EN MATERIA DE DERECHO DE INSOLVENCIA | 381-385 |
| VIII. JURISPRUDENCIA SOBRE TEXTOS DE LA CNUDMI | 386-389 |
| IX. FORMACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA | 390-397 |
| X. SITUACIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI | 398-401 |
| XI. RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL RELATIVAS A LA LABOR DE LA COMISIÓN | 402-409 |
| XII. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN | 410-421 |
| A. Derecho del transporte | 410-418 |
| B. Comité Consultivo Jurídico Asiático Africano | 419 |
| C. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado | 420-421 |
| XIII. OTROS ASUNTOS | 422-434 |
| A. Solicitud de respaldo a las Prácticas internacionales en materia de cartas de crédito contingente (ISP 98) y las Reglas uniformes para los documentos de caución de un contrato o <i>Contract Bonds</i> (RUCB) | 422-425 |

| | <i>Párrafos</i> |
|---|-----------------|
| B. Asociación del Derecho Mercantil | 426-427 |
| C. Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis | 428-429 |
| D. Bibliografía | 430 |
| E. <i>Anuario de la CNUDMI</i> y demás publicaciones de la CNUDMI | 431-432 |
| F. Fecha y lugar del 33.º período de sesiones de la Comisión | 433 |
| G. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo | 434 |

INTRODUCCIÓN

1. El presente informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se refiere al 32.º período de sesiones de la Comisión, celebrado en Viena del 17 de mayo al 4 de junio de 1999.

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

I. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES

A. Apertura del período de sesiones

3. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) inició su 32.º período de sesiones el 17 de mayo de 1999. El Secretario de la Comisión declaró abierto el período de sesiones en nombre del Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, el Asesor Jurídico.

B. Composición y asistencia

4. La Asamblea General, en su resolución 2205 (XXI), estableció la Comisión con una composición de 29 Estados, elegidos por la Asamblea. En su resolución 3108 (XXVIII), de 12 de diciembre de 1973, la Asamblea General aumentó el número de los miembros de la Comisión, que pasó de 29 a 36 Estados. Actualmente, la Comisión está integrada por los miembros elegidos el 28 de noviembre de 1994 y el 24 de noviembre de 1997; se trata de los siguientes Estados, cuyos mandatos expiran el día anterior al comienzo del período de sesiones anual de la Comisión correspondiente al año indicado entre paréntesis¹:

Alemania (2001), Argelia (2001), Argentina (2004, que alterna anualmente con el Uruguay a partir de 1998), Aus-

tralia (2001), Austria (2004), Botswana (2001), Brasil (2001), Bulgaria (2001), Burkina Faso (2004), Camerún (2001), China (2001), Colombia (2004), Egipto (2001), España (2004), Estados Unidos de América (2004), Federación de Rusia (2001), Fiji (2004), Finlandia (2001), Francia (2001), Honduras (2004), Hungría (2004), India (2004), Irán (República Islámica del) (2004), Italia (2004), Japón (2001), Kenya (2004), Lituania (2004), México (2001), Nigeria (2001), Paraguay (2004), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2001), Rumania (2004), Singapur (2001), Sudán (2004), Tailandia (2004), Uganda (2004) y Uruguay (2004, que alterna anualmente con la Argentina a partir de 1999).

5. Con excepción de Argelia, Fiji, Kenya y Uganda, todos los miembros de la Comisión estuvieron representados en el período de sesiones.

6. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Armenia, Azerbaiyán, Belarús, Bélgica, Bolivia, Canadá, Chipre, Costa Rica, Croacia, Cuba, Eslovaquia, Gabón, Georgia, Grecia, Guinea, Indonesia, Kuwait, Líbano, Malasia, Marruecos, Namibia, Polonia, República de Corea, República Checa, Santa Sede, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Túnez, Turquía, Ucrania, Venezuela y Yemen.

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

a) Sistema de las Naciones Unidas: Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas; Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial; Fondo Monetario Internacional;

b) Organizaciones intergubernamentales: Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano; Unión Asiática de Compensación; Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado; Tribunal Permanente de Arbitraje;

c) Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: Asociación Panamericana de Fianzas; Asociación Mundial de Antiguos Pasantes y Becarios de las Naciones Unidas; Cámara de Comercio Internacional; Comité Marítimo Internacional; Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial; Federación Internacional de Profesionales en Materia de Insolvencia; Federación Internacional de Instituciones de Arbitraje Comercial; Fundación para la Democracia en África; Sociedad de Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales.

8. La Comisión agradeció a las organizaciones no gubernamentales internacionales con experiencia en los temas principales del programa de período de sesiones en curso que hubieran aceptado la invitación a participar en el período

¹De conformidad con lo dispuesto en la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, los miembros de la Comisión son elegidos para un mandato de seis años. De los miembros actuales, 17 fueron elegidos por la Asamblea en su cuadragésimo noveno período de sesiones el 28 de noviembre de 1994 (decisión 49/315) y 19 fueron elegidos en su quincuagésimo segundo período de sesiones el 24 de noviembre de 1997 (decisión 52/314). De conformidad con la resolución 31/99, de 15 de diciembre de 1976, el mandato de los miembros elegidos por la Asamblea en su cuadragésimo noveno período de sesiones expirará el día anterior al comienzo del 34.º período de sesiones de la Comisión, en 2001, y el mandato de los miembros elegidos en su quincuagésimo segundo período de sesiones expirará el día anterior al comienzo del 37.º período de sesiones de la Comisión, en 2004.

de sesiones. La Comisión, consciente de la importancia fundamental que tenía para la calidad de los textos que preparaba que las organizaciones no gubernamentales pertinentes participaran en esos períodos de sesiones y en los de sus grupos de trabajo, solicitó a la Secretaría que siguiera invitando a esas organizaciones en función de su ámbito de especialización.

C. Elección de la Mesa²

9. La Comisión eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

| | |
|-------------------------|---|
| <i>Presidente:</i> | Sr. Reinhard G. Renger (Alemania) |
| <i>Vicepresidentes:</i> | Sr. Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros (Brasil) |
| | Sr. Dumitru Mazilu (Rumania) |
| | Sr. Abubakr Salih Mohamed Nur (Sudán) |
| <i>Relatora:</i> | Sra. Shahnaz Nikanjam (República Islámica del Irán) |

D. Programa

10. El programa del período de sesiones, aprobado por la Comisión en su 651a. sesión, celebrada el 17 de mayo de 1999, era el siguiente:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Proyectos de infraestructura de financiación privada.
5. Comercio electrónico.
6. Financiación por cesión de créditos.
7. Seguimiento de la puesta en práctica de la Convención de Nueva York de 1958.
8. Arbitraje comercial internacional: posible labor futura.
9. Jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI (CLOUT).
10. Capacitación y asistencia técnica.

²La elección del Presidente tuvo lugar en la 651a. sesión, celebrada el 17 de mayo de 1999; la elección de los Vicepresidentes tuvo lugar en las sesiones 652a. y 662a., celebradas los días 17 y 25 de mayo de 1999, respectivamente, y la elección de la Relatora tuvo lugar en la 654a. sesión, celebrada el 18 de mayo de 1999. De conformidad con una decisión adoptada por la Comisión en su primer período de sesiones, la Comisión tiene tres Vicepresidentes, de modo que, juntamente con el Presidente y el Relator, cada uno de los cinco grupos de Estados enumerados en el párrafo 1 de la sección II de la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General estará representado en la Mesa de la Comisión (véase el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su primer período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 16 (A/72/16)*, párr. 14 (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. I: 1968-1970 (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta: S.71.V.1), segunda parte, cap. I, sec. A)).

11. Estado actual de los textos jurídicos de la CNUDMI y labor efectuada para su promoción.
12. Resoluciones de la Asamblea General sobre la labor en la Comisión.
13. Coordinación y cooperación.
14. Otros asuntos.
15. Lugar y fecha de futuras reuniones.
16. Aprobación del informe de la Comisión.

E. Aprobación del informe

11. En su 675a. sesión, celebrada el 4 de junio de 1999, la Comisión aprobó por consenso el presente informe.

II. PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

A. Antecedentes

12. En su 29.º período de sesiones, celebrado en 1996, tras haber examinado una nota de la Secretaría sobre proyectos de construcción, explotación y traspaso y otros tipos de proyectos conexos (A/CN.9/424), la Comisión decidió preparar una guía legislativa que ayudara a los Estados a preparar o modernizar un marco legal apropiado para estos proyectos³. La Comisión pidió a la Secretaría que estudiara las cuestiones que sería conveniente tratar en la guía legislativa y que preparara borradores para presentarlos a la Comisión.

13. En su 30.º período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión tuvo ante sí un índice anotado en el que se presentaban los temas propuestos para su inclusión en la guía legislativa (A/CN.9/438). La Comisión examinó asimismo los proyectos iniciales de los capítulos I, "Alcance, finalidad y terminología de la guía" (A/CN.9/438/Add.1); capítulo II, "Partes y etapas de proyectos de infraestructura con financiación privada" (A/CN.9/438/Add.2), y capítulo V, "Medidas preparatorias" (A/CN.9/438/Add.3). Tras un intercambio de opiniones sobre la naturaleza de las cuestiones que debían tratarse en el proyecto de guía legislativa, y sobre posibles métodos para abordarlas, la Comisión aprobó en términos generales la línea de trabajo propuesta por la Secretaría, en esos documentos⁴. La Comisión pidió a la Secretaría que, de ser necesario, solicitara la asistencia de peritos externos para la preparación de los futuros capítulos e invitó a los gobiernos a proponer peritos que pudieran asesorar a la Secretaría en esa tarea.

14. En su 31.º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión dispuso de la versión revisada de los capítulos anteriores, así como del proyecto inicial de los capítulos adicionales que la Secretaría había preparado con la asistencia de peritos externos y en consulta con otras organizaciones internacionales. Entre los documentos presentados figuraba un índice revisado (A/CN.9/444) y un proyecto de introduc-

³*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No.17 (A/51/17)*, párrs. 225 a 230.

⁴*Ibid.*, *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/52/17)*, párrs. 231 a 247.

ción a la guía legislativa (A/CN.9/444/Add.1), en la que se fusionaba, con ciertas enmiendas, el contenido de los documentos A/CN.9/438/Add.1 y 2. Dispuso además de los proyectos iniciales del capítulo I, “Consideraciones legislativas de carácter general” (A/CN.9/444/Add.2); el capítulo II, “Estructura y reglamentación del sector” (A/CN.9/444/Add.3); el capítulo III, “Selección del concesionario” (A/CN.9/444/Add.4), y el capítulo IV, “Conclusión y condiciones generales del acuerdo del proyecto” (A/CN.9/444/Add.5). La Comisión examinó diversas sugerencias relativas a los proyectos de capítulo, así como propuestas de que se modificara la estructura de la guía legislativa y se redujera el número de capítulos⁵. La Comisión pidió a la Secretaría que prosiguiera, con el asesoramiento de peritos externos, su labor de preparación de los futuros capítulos para presentarlos a la Comisión en su 32.º período de sesiones.

15. En el actual período de sesiones, la Comisión dispuso del proyecto completo de guía legislativa, que constaba de los siguientes documentos: “Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, y capítulos I, “Consideraciones generales sobre la legislación”; II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”; III, “Selección del concesionario”; IV, “El acuerdo de proyecto”; V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”; VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”; VII, “Ley aplicable”, y VIII, “Solución de controversias” (A/CN.9/458/Add.1 a 9, respectivamente). Se informó a la Comisión de que la Secretaría había modificado la estructura general de la guía legislativa y había fusionado algunos de sus capítulos.

16. Se lamentó que no todos los documentos relativos a la guía legislativa estuvieran disponibles en todos los idiomas oficiales con anterioridad al inicio del período de sesiones de la Comisión.

B. Observaciones generales

17. La Comisión expresó su satisfacción por el progreso de la labor preparatoria de la guía jurídica. Se consideró que el proyecto de guía era de particular interés para aquellos países que trataban de atraer inversiones extranjeras para financiar ese tipo de proyectos. La Comisión observó, no obstante, la importancia de mantener un equilibrio adecuado entre el objetivo de atraer inversiones privadas hacia los proyectos de infraestructura y la necesidad de amparar el interés público del país anfitrión y de los usuarios del servicio o de la instalación de infraestructura.

18. La Comisión tomó nota y aprobó en general la estructura del proyecto de guía legislativa, presentada en el documento A/CN.9/458. Se observó que era ésta la primera ocasión en que se disponía del texto completo del proyecto de guía. Si bien se estuvo en general de acuerdo en que los proyectos de capítulo abordaban las principales cuestiones relativas a los proyectos de infraestructura con financiación privada, se expresó el parecer de que el documento era demasiado largo y que debían hacerse ciertos ajustes para hacer la guía más accesible a sus lectores.

19. La Comisión tomó asimismo nota de que se había revisado el estilo y la presentación de las recomendaciones legis-

lativas con miras a que reflejaran principios legislativos concisos, conforme a lo pedido por la Comisión en su 31.º período de sesiones⁶. Se recordó a la Comisión la necesidad de redactar la guía con miras a que resultara útil a aquellos a los que se destinaba. Se observó que la guía legislativa sería una herramienta útil a la hora de revisar y modernizar la normativa interna aplicable a los proyectos de infraestructura con financiación privada. Se sugirió, no obstante, que, dada la índole peculiar de la cultura jurídica de cada país, convendría que la guía identificara y examinara las diversas cuestiones con miras a ofrecer diversas opciones para resolverlas. Se observó que, dada esa diversidad jurídica, era posible que las cuestiones examinadas en la guía legislativa estuvieran reguladas en el país anfitrión en dos o más normas legales. Además, era posible que, en algunos países, no fuera preciso adoptar ninguna medida legislativa respecto de algunas de las cuestiones examinadas en la guía. Se sugirió que, a fin de tomar en consideración las diversas opciones ofrecidas al país anfitrión, convendría que la guía presentara, siempre que así proceda, cláusulas legales modelo.

20. Sin embargo, diversos representantes se refirieron a la dificultad y tal vez improcedencia de formular disposiciones legales modelo relativas a los proyectos de infraestructura con financiación privada habida cuenta de la complejidad de las cuestiones jurídicas habitualmente suscitadas por estos proyectos, que en algunos casos podían ser incluso de orden público nacional, así como a la diversidad de las tradiciones jurídicas y prácticas administrativas de los distintos países. Se observó además que, en su forma actual los proyectos de capítulo de la guía legislativa ofrecían la flexibilidad requerida para que el legislador y los órganos reguladores y demás autoridades administrativas de los diversos países pudieran tener en cuenta la realidad local a la hora de llevar a la práctica, según procediera, las recomendaciones legislativas en ella enunciadas.

21. Tras haber tomado nota de los diversos pareceres expresados, se opinó que la Comisión debería seguir ponderando la conveniencia de formular disposiciones legales modelo al examinar las recomendaciones legislativas enunciadas en los proyectos de capítulo, procurando identificar cuestiones cuya resolución se facilitaría si la guía ofreciera una disposición legal modelo al respecto (véanse, *infra*, los párrafos 40 a 43). Cualquiera que sea la decisión que la Comisión adopte a este respecto, se convino en la necesidad de reformular las recomendaciones legislativas enunciadas en cada capítulo para dotarlas de mayor uniformidad. La Comisión convino en que la Secretaría, con la asistencia de expertos, debía revisar las recomendaciones en su totalidad para que constituyeran un conjunto más coherente y uniforme.

C. Examen de los proyectos de capítulo

Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (A/CN.458/Add.1)

22. La Comisión había ya examinado, en su 31.º período de sesiones⁷, una versión anterior del proyecto de introducción (A/CN.9/444/Add.1).

⁵Ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17)*, párrs. 12 a 206.

⁶Ibíd., párr. 204.

⁷Ibíd., párrs. 23 a 49.

23. La Comisión examinó diversas propuestas para la reestructuración de la introducción. Se sugirió que, para facilitar la lectura de la guía legislativa, cabría enunciar más claramente su finalidad anteponiendo a la introducción una breve descripción de los proyectos de infraestructura con financiación privada, así como de las características especiales de esos proyectos, de sus modalidades de financiación y de los antecedentes históricos de los mismos. Ello se conseguiría añadiendo unas breves observaciones introductorias a la actual introducción, en las que se desarrollara el contenido de los párrafos 54 a 59. La introducción pasaría a denominarse algo así como “Información general sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada: ámbito de esos proyectos y definiciones”.

24. Otra sugerencia, que obtuvo el apoyo de diversos representantes, fue la de que no era necesaria una nueva porción introductoria, pero que sí cabría aclarar la finalidad de la guía reorganizando las diversas porciones de la introducción, que conservaría su título actual. Se sugirió, en particular, anteponer los párrafos 54 a 56 a la sección A de la introducción, que iría seguida de la información sobre antecedentes históricos que aparece en los párrafos 57 a 82 y de las actuales secciones B, C, D y E, por ese orden.

Sección A. *Finalidad y alcance de la guía*

25. Se sugirió que quedaría más clara la finalidad de la guía legislativa si se hiciera referencia en la actual sección A, a las necesidades básicas a las que respondían los proyectos de infraestructura con financiación privada, un objetivo de esos proyectos, desde una perspectiva tanto pública como privada. Desde la perspectiva del sector privado cabía citar, a este respecto, la firmeza, estabilidad y transparencia de la concesión, así como la necesidad de un régimen protector de las inversiones y de garantías adecuadas contra toda interferencia no justificada de la autoridad contratante. Desde una perspectiva del sector público, cabía, a su vez, citar la necesidad de asegurar la continuidad del servicio y la observancia de ciertas normas de seguridad y ecológicas, así como la de supervisar el funcionamiento adecuado del proyecto y la de poder revocar la concesión por inobservancia de los requisitos aplicables. Deberán hacerse en la guía las remisiones que proceda a los lugares de la misma en donde se examinen esos puntos más en detalle.

26. Con objeto de esclarecer la relación entre las recomendaciones legislativas y las notas acompañantes, la Comisión decidió insertar después del párrafo 2 de la introducción un texto del siguiente tenor:

“Cada uno de los capítulos de la guía está dividido en recomendaciones legislativas (‘Recomendaciones’) y notas sobre las recomendaciones legislativas (‘Notas’). Las recomendaciones enuncian una serie de principios legislativos que se recomiendan. Las notas ofrecen una introducción analítica con referencia a cuestiones financieras, regulatorias, jurídicas, de política gubernamental y de otra índole suscitadas por el tema examinado. Aunque las notas proporcionan información de antecedentes para mejorar la comprensión de las recomendaciones, su finalidad no es la de servir de guía interpretativa para las recomendaciones.”

Sección B. *Terminología usada en la guía*

27. Se expresó el parecer de que la noción de “infraestructura pública” no estaba correctamente definida en el párrafo 6, que la hacía depender de la noción de “servicios públicos”, que se definían, a su vez, en el párrafo 8 mediante una referencia a la noción de “infraestructura pública”. Se dijo que esa situación era reflejo de la dificultad de definir la noción de “servicios públicos”, que podía ser entendida de modo distinto en los diversos ordenamientos jurídicos. Se sugirió que la Secretaría examinara alguna otra manera de describir los tipos de infraestructura y de servicios a los que se refiere la guía.

28. Se sugirió que se revisara la terminología empleada en las diversas versiones de la guía para cerciorarse de que la terminología empleada en el párrafo 15 para referirse a las autoridades públicas del país anfitrión era empleada con coherencia a lo largo de toda la guía.

Sección C. *Formas de participación del sector privado en proyectos de infraestructura*

29. Los párrafos relativos a las formas de participación del sector privado no suscitaron observaciones.

Sección D. *Estructuras y fuentes de financiación de proyectos de infraestructura*

30. A título general, se observó que la sección D, que se ocupaba de las estructuras y fuentes de financiación estaba estrechamente relacionada con el capítulo II, relativo a los riesgos del proyecto y al respaldo público del mismo, y con la sección B.1 del capítulo IV, que se ocupaba de los mecanismos financieros previstos en el acuerdo de proyecto. Se sugirió que se marcara más claramente la vinculación existente entre esas porciones de la guía, combinando, por ejemplo, las diversas porciones de la guía que trataban de asuntos financieros en un único capítulo.

31. Se expresó el parecer de que cabía aclarar la noción de “financiación de proyectos”, descrita en los párrafos 27 a 30, marcando mejor las diferencias entre la forma de financiación de proyectos contemplada en la guía y otras operaciones de financiación más tradicionales. Se señaló que las diferencias entre una y otra técnica de financiación no se basaban primordialmente en si se disponía o no de garantías aportadas por los accionistas del prestatario o en si se interponía o no una acción contra ellos ante los tribunales. De mayor importancia, a este respecto, puede ser la consideración de que en las formas de financiación tradicionales los prestamistas se fían de la solvencia reconocida del prestatario y de su balance de situación o estado contable, y es precisamente la ausencia de esa solvencia reconocida o de ese balance de situación lo que hizo optar por la denominada financiación de proyectos, que es la modalidad de financiación preferida para la mayoría de los proyectos de desarrollo de infraestructuras nuevas. Convendría por ello reformular los párrafos 27, 28 y 30 con miras a que reflejen estas consideraciones.

32. Se observó que los párrafos 31 a 41 tienen una doble finalidad: por una parte identifican las posibles fuentes de financiación de proyectos de infraestructura con financiación

privada; por otra parte, esos párrafos describen diversos tipos de recursos financieros que cabe movilizar para este tipo de proyectos. Se sugirió que se mencionaran asimismo en esos párrafos otros tipos de financiación como el arriendo con opción de compra, el título bursátil, las garantías o los acuerdos de respaldo por parte de compañías de seguros. Se sugirió también que, además de referirse a los organismos de crédito a la exportación, en el párrafo 41, y en otros lugares del texto que se ocupaban de cuestiones similares, debería mencionarse la cobertura de los riesgos políticos proporcionada por ciertas entidades destinadas a promover las inversiones de ciudadanos del propio país en países extranjeros.

33. Respecto de la financiación pública y privada combinada, que se menciona en el párrafo 43, se expresó el parecer de que la guía debería evitar dar la impresión de que la disponibilidad de subvenciones o de fondos públicos para la financiación de proyectos de infraestructura, en aquellos casos en los que se dispusiera de ellos, suponía la asunción por el sector público de riesgos que, por la propia índole de los proyectos de infraestructura con financiación privada, debían ser soportados por el sector privado. Se señaló que, en algunos ordenamientos, uno de los rasgos esenciales de las operaciones contempladas por la guía era que el concesionario había de ser quien asumía los riesgos de la operación.

Sección E. *Partes principales que intervienen en la ejecución de proyectos de infraestructura*

34. Se sugirió, respecto del párrafo 47, que la noción de “patrocinadores del proyecto” podía prestarse a errores, ya que el término de “patrocinador” se utilizaba en algunos ordenamientos no para referirse a la entidad privada promotora de un proyecto sino a la entidad pública que asumía la responsabilidad global de la ejecución de un proyecto de infraestructura con financiación privada. Se sugirió que se utilizara algún otro término que no fuera “patrocinador” o que se ajustara el texto para evitar que se prestara a confusión. Se sugirió también que la última frase del párrafo 47 mencionara el hecho de que se solía exigir que la sociedad del proyecto se constituya con arreglo al derecho del país anfitrión.

35. Se sugirió que el párrafo 49 se refiriera no sólo a la negociación de acuerdos entre acreedores sino también a la posibilidad de que los prestamistas negociaran un acuerdo de préstamo otorgado en común.

Sección F. *Política de infraestructura, estructura sectorial y competencia*

36. Se opinó que en la primera frase del párrafo 61 se emitía un juicio categóricamente negativo sobre los monopolios de infraestructura, especialmente en algunas de las versiones lingüísticas. Se propuso reformular esa frase para no dar la impresión de que la guía adoptaba una posición de principio sobre un asunto que podía suscitar cuestiones de política interna.

37. Se preguntó si no convendría suprimir la última frase del párrafo 66, que parecía tener una connotación prescriptiva. Se respondió que esa frase se refería meramente a uno de los intereses que solían tener en cuenta los países en

desarrollo al examinar la conveniencia de abrir un cierto sector de infraestructura a la competencia y que reflejaba una sugerencia que se hizo en el 31.º período de sesiones de la Comisión⁸.

38. Se expresó el parecer de que el párrafo 82, en particular su segunda frase, parecía presentar la privatización de las entidades explotadoras de infraestructura como presupuesto para que un país reformara eficazmente su sector de infraestructura. Se sugirió suprimir esa frase y reformular el resto del párrafo en términos que evitaran todo juicio de valor al respecto.

I. *Consideraciones generales sobre la legislación (A/CN.9/458/Add.2)*

Observaciones generales

39. La Comisión tomó nota de que un proyecto anterior de este capítulo figuraba en el documento A/CN.9/444/Add.2. La Comisión tomó nota también de que la sección D del actual proyecto de capítulo I incorpora el contenido de algunas porciones del anterior capítulo II, “Estructura y regulación del sector” (A/CN.9/444/Add.3), que se ocupaban de asuntos de organización y administrativos relativos al funcionamiento de los órganos reguladores, de conformidad con la decisión de la Comisión, en su 31.º período de sesiones, de que se suprimiera el anterior capítulo II y se trasladara el contenido de lo examinado en ese capítulo a otros capítulos de la guía⁹.

40. A título de observación general, se sugirió que se redujera el número de recomendaciones legislativas enunciadas en la guía y que esas recomendaciones se ciñeran a asuntos de clara índole legislativa. Se expresó también el parecer de que algunas de las recomendaciones legislativas eran de índole más bien descriptiva, por lo que convendría insertarlas en las notas. La Comisión convino en que la guía no debía contener un número excesivo de recomendaciones legislativas y que convenía que la Comisión tuviera este criterio en cuenta al examinar cada uno de los capítulos de la guía.

41. La Comisión inició una discusión sobre el estilo de las recomendaciones legislativas. Según uno de los pareceres, que obtuvo el apoyo de diversos representantes, el estilo de las recomendaciones legislativas era excesivamente cauteloso, por lo que convendría formularlas en términos más categóricos. Se observó que, en muchos casos, los consejos formulados en las notas estaban enunciados en un lenguaje más firme que el de las propias recomendaciones.

42. Se respondió a esos pareceres que, en su 31.º período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que redactara las recomendaciones legislativas en forma de “principios legislativos concisos”¹⁰, y que se expresó preferencia por el empleo de un lenguaje menos imperativo y más flexible.

43. Tras examinar los diversos pareceres expresados, se convino en general en que la guía no deseaba mostrarse como poco respetuosa con la soberanía nacional ni prescribir en tono imperativo lo que más convenía hacer en el derecho

⁸Ibíd., párr. 105.

⁹Ibíd., párrs. 101 y 102.

¹⁰Ibíd., párr. 204.

interno. No obstante, la Comisión opinó en general que sería apropiado formular las recomendaciones en un lenguaje más firme. Se convino además en que cabría considerar la forma o el estilo de las recomendaciones legislativas en el curso de su examen por la Comisión, habida cuenta de la necesidad de conseguir la mayor uniformidad posible a este respecto.

44. Con referencia directa al proyecto de capítulo I, se propuso que su texto esbozara los principios generales que debe inspirar todo marco legal interno de proyectos de infraestructura con financiación privada, fijándose en particular en principios de transparencia, equidad, apertura y competitividad.

45. Se observó que la cuestión de la ley aplicable a la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada guardaba una relación lógica con las cuestiones examinadas en este proyecto de capítulo. Se preguntó por ello si no convendría abreviar el proyecto de capítulo VII, “Ley aplicable” (A/CN.9/458/Add.8), para combinarlo con el proyecto de capítulo I. Se observó, en respuesta, que una versión anterior del capítulo I (A/CN.9/444/Add.2) había examinado, en sus secciones B y C, el posible impacto de otras ramas de la legislación en la ejecución con éxito de proyectos de infraestructura con financiación privada y el posible efecto de los acuerdos internacionales concertados por el país anfitrión sobre la legislación interna relativa a este tipo de proyecto. Se había ampliado ese examen para dar cabida a diversas propuestas que se habían formulado en el 31.º período de sesiones de la Comisión¹¹ y, para facilitar su lectura, se había desplazado dicho examen al proyecto de capítulo VII, “Ley aplicable” (A/CN.9/458/Add.8).

46. La Comisión consideró que convendría examinar cuidadosamente las versiones en los diversos idiomas del próximo proyecto de guía legislativa para cerciorarse de la coherencia de su texto y del rigor de su terminología. Se pidió a los representantes que presentaran a la Secretaría sus sugerencias sobre posibles mejoras terminológicas del texto de la guía.

Consideraciones generales (recomendación legislativa 1 y párrafos 1 a 15)

47. Se expresó el parecer de que la primera frase de la recomendación legislativa 1 no describía con la precisión debida las facultades que la autoridad contratante necesitaría para otorgar una concesión relativa a un proyecto de infraestructura. Se observó además que la recomendación 1 no definía a la autoridad contratante. Se sugirió por ello que esa recomendación se formulase en términos más claros.

48. Se observó, en respuesta, que la cuestión de quién estaba facultado para otorgar proyectos de infraestructura dependería de la organización constitucional, de la tradición jurídica y de la estructura administrativa del país interesado, por lo que tal vez no fuera posible formular la recomendación 1 en términos más precisos sin ponerse a describir las complejidades de estructura y competencia internas de las autoridades contratantes en los diversos países. Se sugirió que, para los fines de este proyecto de capítulo, tal vez bastara con hacer una referencia general a las entidades autorizadas, como se hacía en los párrafos 17 y 18 de las notas.

49. La Comisión convino en que para mayor claridad, convendría insertar en la primera oración de la recomendación legislativa 1 la frase “sometiéndolas o no a las condiciones que se juzgue oportuno”. Por esa misma razón, la Comisión convino asimismo en intercalar las palabras “o revisar” a continuación de “crear” en el párrafo 1 de las notas.

50. Respecto a la segunda oración de la recomendación legislativa 1, se expresó el parecer de que no convenía que la guía recomendara una revisión de la normativa de rango constitucional aplicable, lo que podría dar lugar a un proceso políticamente delicado en muchos países. Se expresó también la inquietud de que la revisión o enmienda del texto constitucional, sugerida en la recomendación legislativa 1, daría lugar a un proceso complejo, que pudiera no ser necesario para alcanzar los objetivos legislativos esbozados en la guía. Ese objetivo, a saber, el de estimular inversiones del sector privado en infraestructura, era más bien una cuestión de derecho administrativo y no constitucional. Se sugirió que se hablara, en su lugar, de la necesidad de revisar la normativa de rango legal aplicable. En esa misma línea, se sugirió que, en su forma actual, la segunda oración de la recomendación legislativa 1 debería figurar más bien en las notas.

51. En respuesta a esas inquietudes, se observó que la guía iba dirigida al personal de rango gubernativo y legislativo de los países interesados en promover proyectos de infraestructura con financiación privada. La guía no preconizaba en sí la apertura de los sectores de infraestructura a la inversión privada, sino que se limitaba a asesorar al legislador y a los órganos políticos rectores sobre las cuestiones de interés legislativo para aquellos países que habían decidido atraer a la inversión privada hacia sus proyectos de infraestructura. La finalidad de la referencia, en la recomendación legislativa 1, al examen de la normativa constitucional aplicable era la de señalar a la atención de esos lectores la necesidad de detectar a tiempo toda dificultad jurídica eventual que obstaculice la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada.

52. Se sugirió reformular la última oración del párrafo 19 para dejar en claro que la guía no aconsejaba contra la introducción de normas legales especiales para uno u otro sector, sino contra el legislar con excesivo detalle relativo al contenido de los arreglos contractuales entre la autoridad contratante y el concesionario.

53. Respecto de los párrafos 12 a 15 se formularon varias preguntas relativas a la mención de “régimen jurídico especial” relativo a los proyectos de infraestructura con financiación privada en algunos ordenamientos jurídicos. Se sugirió, en particular, que la potestad o el derecho de que gozaba la administración pública para revocar o modificar un contrato por razones de interés público suscitaba cierto número de cuestiones. Se expresó el parecer de que la financiación de proyectos de infraestructura requería un entorno estable y predecible y que, en interés de atraer inversiones, las autoridades harían bien en limitar sus eventuales facultades de revocar o modificar un contrato. Se sugirió que la autoridad competente tal vez juzgara oportuno promulgar legislación destinada a minimizar las facultades públicas de intervención una vez concluido el contrato. Se opinó que debía evitarse que la guía diera la impresión de que, al referirse a la existencia de esas prerrogativas especiales en algunos ordenamientos jurídicos, implícitamente apoyaba su ejercicio.

¹¹Ibíd., párrs. 63 a 95.

Además, la guía debería explicar claramente que el contratista tendría derecho a una indemnización adecuada por las pérdidas imputables a toda medida pública por la que se revocara o modificara el contrato.

54. Se observó, en respuesta, que los párrafos 13 y 15 reflejaban adecuadamente, en términos concisos, algunos de los rasgos esenciales del régimen jurídico relativo a los proyectos de infraestructura con financiación privada en algunos ordenamientos jurídicos. Se observó que en esos ordenamientos, la autoridad contratante suele disponer, en virtud de un régimen general aplicable a los contratos administrativos, sin necesidad de que el contrato lo mencione, de ciertas prerrogativas excepcionales legalmente irrenunciables. Esas prerrogativas conllevan, tal como se menciona en el párrafo 13, la facultad de alterar las condiciones de un contrato administrativo o de rescindir esos contratos o solicitar su rescisión por un órgano judicial, siempre que mediaran razones de interés público. Esas prerrogativas extraordinarias se justifican en el deber de la administración pública de actuar al servicio del interés público. El ejercicio de esas prerrogativas, lejos de ser arbitrario, suele estar sometido a control judicial e impone obligaciones vinculantes para la administración pública en lo relativo a la continuidad del servicio público o a la indemnización abonable al concesionario por las pérdidas que le ocasione la modificación o rescisión del contrato. Dado que capítulos ulteriores de la guía (por ejemplo, el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, y el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”) se ocupan de las consecuencias jurídicas del ejercicio por la autoridad contratante de esas prerrogativas especiales, las inquietudes expresadas podrán ser atendidas mediante la inserción de toda remisión que proceda en el párrafo 13.

*Alcance de la facultad para adjudicar concesiones
(recomendación legislativa 2 y párrafos 16 a 25)*

55. Se dijo que el lenguaje empleado en la introducción de la recomendación legislativa era innecesariamente cauteloso. Se sugirió sustituir las palabras “podría examinar” de dicha introducción por “debería examinar”.

56. Se sugirió ampliar la recomendación legislativa 2 b) a fin de reflejar el hecho de que, en algunos ordenamientos, el régimen jurídico por el que se regían las concesiones incluía principios de derecho acuñados por la jurisprudencia.

57. La Comisión acordó que era necesario revisar el párrafo 16 a fin de aclarar el sentido de la expresión “entidades descentralizadas”.

58. En lo que respecta al párrafo 17, se señaló que en algunos países tal vez no fuera factible describir de manera concluyente el alcance de la facultad para adjudicar concesiones y que en la guía debería hacerse referencia a la práctica seguida en algunos países de limitar dicha facultad determinando los campos de actividad en los que no cabe adjudicar concesiones (por ejemplo, las actividades relacionadas con la defensa y la seguridad nacionales).

*Coordinación administrativa (recomendación
legislativa 3 y párrafos 27 a 32)*

59. Se sugirió que en la recomendación legislativa 3 a) se incluyera una referencia a la preparación por parte de la au-

toridad contratante de estudios en los que se determinase el producto o beneficio que cabía esperar del proyecto, se ofreciera una justificación suficiente de la inversión, se propusiera una modalidad de participación del sector privado y se describiera una solución concreta al problema de obtener el producto o resultado requerido. En la práctica contractual de algunos países los estudios de este tipo se denominaban informe comercial (*business case*).

60. También se sugirió que en la recomendación legislativa 3 a) se hiciera referencia a la necesidad de realizar estudios sobre los resultados que se esperaba obtener del proyecto propuesto para la buena marcha del sector de infraestructura considerado y, en su caso, de otros sectores de infraestructura.

61. Se acordó insertar en la recomendación legislativa 3 b) la expresión “construcción y” antes del término “funcionamiento”.

62. Se informó a la Comisión de que la práctica internacional reciente había demostrado la utilidad de crear un órgano central en la administración del país anfitrión con la función general de formular políticas y ofrecer orientación práctica sobre proyectos de infraestructura con financiación privada y de coordinar la actuación de los principales órganos de la administración que hubiesen de relacionarse con la sociedad del proyecto. Se sugirió que en la recomendación legislativa 3 se incluyera una recomendación a tal efecto.

63. En cuanto a la distribución de las facultades administrativas entre los diversos niveles de la administración pública, a la que se hacía referencia en el párrafo 32, se sugirió que el texto debería ser más explícito al instar a los países a coordinar sus esfuerzos en los distintos ámbitos y niveles de su administración pública.

*Facultad para regular los servicios de infraestructura
(recomendaciones legislativas 4 y 5 y párrafos 33 a 55)*

64. Se sugirió que la recomendación 4 previera el requisito de que las decisiones de los órganos reguladores se adoptasen conforme a las normas de derecho que regían la transparencia en la administración pública.

65. Se señaló que la noción de independencia y autonomía de los órganos reguladores, tal y como se contempla en la recomendación legislativa 4 b), entrañaba dos aspectos principales: su independencia respecto de los órganos políticos del país anfitrión, y su independencia respecto de la industria reglamentada. Se sugirió que la segunda parte de la recomendación legislativa 4 a), en la que se mencionaba uno de los requisitos de la independencia de los órganos reguladores, se fundiese con la recomendación legislativa 4 b).

66. Sobre la misma cuestión, se señaló también que los ordenamientos jurídicos de los diversos países habían previsto diversas vías de recurso, incluida la vía administrativa, y que la referencia a los “procedimientos de apelación” que figura en la recomendación legislativa 5 b) no debía interpretarse como una limitación de las vías de recurso a la vía judicial.

67. También en relación con la recomendación legislativa 5 b), se observó que la reciente evolución de la legislación de algunos países había ampliado la disponibilidad de las vías de recurso contra las decisiones reguladoras recono-

ciendo el derecho de algunos terceros, como los consumidores o los usuarios de las instalaciones o servicios de infraestructura con financiación pública, a recurrir contra las decisiones reguladoras que les perjudicasen en sus derechos. Se sugirió ampliar en este sentido la recomendación legislativa 5 c).

68. Se expresó el parecer de que la aclaración de las vías de recurso, fuesen administrativas, arbitrales o judiciales, podría servir para atraer la inversión privada hacia los proyectos de infraestructura públicos. En la guía debería insistirse en la necesidad de la oportunidad de las decisiones por parte de los órganos reguladores.

69. Se señaló que la posibilidad de subcontratar a expertos externos para ciertas tareas regulatorias, a la que se hacía referencia en el párrafo 48, no era una solución adecuada en todos los casos, en particular en aquellos países en los que se disponía de escasos recursos. Era necesario tomar precauciones para evitar posibles conflictos de interés. Se acordó suprimir la última oración del párrafo 48.

II. Riesgos del proyecto y respaldo público (A/CN.9/458/Add.3)

Observaciones generales

70. Según uno de los pareceres, las consideraciones relativas a los riesgos con los que tropiezan los proyectos de infraestructura con financiación privada, así como las soluciones contractuales más corrientes de la cuestión suscitada por la distribución de los riesgos, actualmente enunciadas en la sección B del proyecto de capítulo, guardaban cierta relación lógica con los arreglos financieros para la ejecución de proyectos de infraestructura que se examinaban en otros lugares de la guía, a saber, en la sección D de la introducción (A/CN.9/458/Add.1) y en la sección B.1 del capítulo IV, “El acuerdo de proyecto” (A/CN.9/458/Add.5). Se sugirió por ello combinar el examen de estas cuestiones en un nuevo capítulo sobre las medidas financieras requeridas por los proyectos de infraestructura con financiación privada.

71. En este mismo sentido, se observó que la sección C del proyecto de capítulo, que enunciaba consideraciones de política general sobre medidas de respaldo público directo y examinaba algunas medidas de respaldo adicionales, así como las secciones D y E, que describían ciertas garantías y medidas de apoyo que podrían aportar entidades financieras bilaterales y multilaterales, estaban estrechamente relacionadas con los arreglos contractuales para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada. Por tanto, se sugirió que las secciones C a E se incorporaran en el capítulo IV.

72. Según otra opinión que obtuvo amplio apoyo, el hecho de que se dedicara un capítulo aparte a las cuestiones relativas a los riesgos del proyecto y al respaldo público ayudaría al lector a centrarse en la importancia de distribuir eficazmente los riesgos para ejecutar con éxito proyectos de infraestructura con financiación privada. Se observó además que el nivel de respaldo público otorgable a los proyectos de infraestructura con financiación privada era determinable por sectores de infraestructura y no en función únicamente de proyectos individuales. No convenía, por ello, dar la impresión de que el proyecto de capítulo se ocupaba de cuestiones puramente contractuales.

73. Si bien en general se estuvo de acuerdo en retener el proyecto de capítulo, se opinó que cabía explicitar más claramente en su texto la vinculación entre las cuestiones que en él se examinaban y las consideraciones financieras examinadas en otros lugares de la guía. Una posible forma de hacerlo sería la de insertar en el proyecto de capítulo una breve sección relativa a los requisitos peculiares de la financiación de proyectos en términos de los riesgos de este tipo de proyectos y de su eventual distribución.

74. Se propuso que después del párrafo 2 de las notas a las recomendaciones legislativas se añadiera un texto del siguiente tenor:

“En el pasado el capital adeudado para la financiación de un proyecto de infraestructura solía conseguirse mediante el apoyo crediticio otorgado por los patrocinadores del proyecto, así como por instituciones multilaterales y organismos nacionales de crédito a la exportación, el erario público y otros terceros. En años recientes, esas fuentes tradicionales no han podido satisfacer la creciente demanda de capital financiero para obras de infraestructura en los países en desarrollo y se ha recurrido cada vez más para su financiación al método llamado de financiación de proyectos.

“El método denominado de financiación de proyectos trata de establecer la solvencia de la sociedad del proyecto por la técnica de ‘asentar al proyecto sobre sí mismo’ antes de que el proyecto comience a reportar beneficios, e incluso antes de que comiencen las obras, procurando negociar los préstamos en función de esa solvencia. Los contratistas opinan que la financiación de proyectos tal vez no sea la mejor manera de movilizar las enormes reservas de capital teóricamente disponibles en los mercados financieros para inversiones en infraestructura. Ahora bien, la financiación de proyectos presenta ciertos rasgos distintivos y difíciles desde una perspectiva financiera. El principal de esos rasgos es que, en el contexto de la financiación de un proyecto, las partes financieras han de fiarse básicamente de los activos y del flujo de tesorería de la sociedad del proyecto para el reembolso de sus préstamos. Si el proyecto fracasa, no les quedará ninguna vía de reclamación o dispondrán tan sólo de una vía de reclamación limitada para el reembolso de sus créditos contra los recursos financieros de algunas de las sociedades patrocinadoras o de algún otro tercero.

“La metodología financiera de la financiación de proyectos requiere una proyección muy precisa de los costos de capital, de los ingresos y de los demás costos, gastos, impuestos y eventuales pasivos del proyecto. A fin de predecir con precisión y certeza estas cifras, y a fin de poder crear un modelo financiero para el proyecto, suele ser necesario proyectar un presupuesto ‘básico’ de ingresos, costos y demás gastos de la sociedad del proyecto a lo largo de un prolongado período —a menudo de 20 años o más— a fin de determinar la cuantía de deuda y de capital social que el proyecto podrá soportar. Un aspecto esencial de este análisis es la determinación y cuantificación de los riesgos. Por esta razón, la determinación, la evaluación, la asignación y la mitigación de los riesgos están en la raíz misma de la financiación de proyectos desde una perspectiva financiera.

“Entre los riesgos más difíciles, pero más importantes, de evaluar y de mitigar están los ‘riesgos políticos’ (todo

riesgo relativo a eventuales medidas adversas de la administración pública del país anfitrión, de sus organismos y de sus tribunales, particularmente en lo relativo a permisos y licencias, reglamentación de la sociedad del proyecto y de su mercado, medidas fiscales, y cumplimiento o ejecución forzosa de las obligaciones contractuales) y ‘el riesgo monetario’ (todo riesgo relativo al valor, la transferibilidad y la convertibilidad de la moneda local). La estructura financiera del proyecto suele incorporar, particularmente para estos riesgos, seguros o garantías de entidades multilaterales o de crédito a la exportación, así como garantías de la administración pública del país anfitrión.”

75. La Comisión estuvo de acuerdo, en general, con el fondo de la adición propuesta y pidió a la Secretaría que estudiara cuál era el lugar más apropiado para insertar el nuevo texto (es decir, o bien en el proyecto de capítulo o en la introducción a la guía legislativa). La Comisión acordó además que en el proyecto de capítulo se insertara, en un lugar apropiado, un texto del siguiente tenor:

“Otros capítulos de la presente Guía se ocupan de otros aspectos conexos del ordenamiento jurídico del país anfitrión que pueden ser importantes para el análisis crediticio y de los riesgos de un proyecto. Esa importancia dependerá, claro está, del sector o del tipo de proyecto considerado. Se remite al lector, en particular, al capítulo IV, ‘El acuerdo de proyecto’; al capítulo V, ‘Desarrollo y explotación de infraestructura’; al capítulo VI, ‘Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión’; al capítulo VII, ‘Ley aplicable’, y al capítulo VIII, ‘Solución de controversias’.”

76. Se observó que la guía contenía un gran número de expresiones técnicas propias de la práctica comercial y financiera, por lo que se convino en dotar a su texto definitivo de un glosario de los términos técnicos empleados en la guía.

Riesgos del proyecto y asignación de los riesgos (recomendación legislativa 1 y párrafos 3 a 24)

77. Se expresó el parecer de que era importante que la autoridad contratante estuviera facultada para negociar la distribución de los riesgos que mejor se adaptara a las necesidades del proyecto, no sólo desde su propia perspectiva, sino teniendo además en cuenta los intereses de las demás partes involucradas. Se convino por ello en suprimir las palabras “a su juicio” que actualmente figuraban en la recomendación legislativa 1.

78. Se sugirió que la recomendación legislativa 1 se refiriera también a la necesidad de atraer capitales hacia los proyectos de infraestructura con financiación privada. Esa sugerencia no obtuvo, sin embargo, suficiente apoyo.

79. Se observó que los párrafos 6 a 15 se referían en gran parte a los riesgos que habría de soportar la sociedad del proyecto, pero que en ellos no se prestaba la debida atención a los riesgos que habría de soportar la autoridad contratante. Se convino por ello en mencionar también en los párrafos 6 a 15 los riesgos propios de la autoridad contratante, particularmente los riesgos relativos al traspaso de la instalación de infraestructura a la autoridad contratante al cumplirse el plazo del proyecto.

80. Se observó que el párrafo 7 se refería al riesgo de que un proyecto sea perturbado por algún hecho extraordinario o no previsto que esté fuera del control de las partes, mientras que el párrafo 8 mencionaba el riesgo de que la ejecución del proyecto se vea adversamente afectada por actos de la autoridad contratante, de algún otro organismo público o incluso del poder legislativo. Se observó que, en algunos ordenamientos jurídicos, existían principios bien establecidos de derecho para resolver este tipo de situaciones, por ejemplo, en el supuesto mencionado en el párrafo 7, algunos ordenamientos jurídicos obligaban al concesionario a seguir prestando los servicios pese a que ocurriera algún hecho extraordinario o no previsto, dentro claro está de ciertos límites razonables y a reserva de que la autoridad contratante preste al concesionario asistencia adecuada, ya sea financiera o de otra índole, como pudiera ser el pago de una compensación adecuada por el costo adicional incurrido. En el supuesto mencionado en el párrafo 8, algunos ordenamientos jurídicos reconocían asimismo que el concesionario pudiera tener derecho a diversos grados de indemnización según que la ejecución del proyecto fuera adversamente afectada por actos de la propia autoridad contratante o por actos de algún otro organismo público o del poder legislativo. Dado que ni el párrafo 7 ni el párrafo 8 indicaban las consecuencias jurídicas de los supuestos mencionados, se convino en que se hicieran las remisiones internas oportunas a aquellos lugares de la guía donde se examinaran esas consecuencias más en detalle.

81. Se sugirió sustituir, para mayor claridad, las palabras del párrafo 17 “personal encargado de la negociación” por las palabras “autoridades contratantes”.

82. Se sugirió que el párrafo 18 mencionara que las garantías de buena ejecución o de buen funcionamiento dadas por los contratistas y por los proveedores de equipo eran complementadas a menudo por garantías similares dadas por el concesionario a la autoridad contratante.

83. Se convino en que las seguridades públicas que habían de darse contra las medidas de expropiación o nacionalización, mencionadas en el párrafo 19, no significaban que el país anfitrión renunciara a su derecho soberano de adquirir las instalaciones del proyecto por expropiación o algún procedimiento similar, con tal de que se pagara la indemnización debida de conformidad con la normativa en vigor en el país anfitrión y de las reglas pertinentes de derecho internacional.

84. Se expresó el parecer de que la oración final del párrafo 24 contenía una advertencia importante al legislador del país anfitrión sobre los inconvenientes de que se limitara legalmente, sin necesidad, el margen de los negociadores para estipular una distribución equilibrada de los riesgos del proyecto. Se convino en que sería conveniente expresar esa misma idea de modo más explícito en la subsección B.2.

Respaldo público (recomendación legislativa 2 y párrafos 25 a 56)

85. La Comisión convino en que la palabra, de la versión inglesa de la recomendación 2 “*indicating*” (“definir” en la versión española) no reflejaba suficientemente la necesidad de claridad en cuanto a las formas de apoyo que las autorida-

des del país anfitrión podría prestar, por lo que debería utilizarse en su lugar la palabra “*stating*” (“declarar”).

86. En vista de que el capítulo describía diversas formas de respaldo público, de las que no todas eran de índole financiera, se convino en adaptar a ese hecho el texto de la recomendación 2 y del párrafo 26.

87. Se expresó el parecer de que la última oración del párrafo 28, que recomendaba que las autoridades públicas actuaran con cautela a fin de no comprometer excesivamente garantías al otorgar garantías a determinados proyectos, era innecesaria o no debía, al menos, prestarse a ser interpretada como una intervención en la política del país anfitrión. Se observó, en respuesta, que el párrafo 28 daba un consejo muy valioso al legislador, que merecía ser retenido en la guía. Se observó que algunos países con considerable experiencia en proyectos de infraestructura con financiación privada habían juzgado necesario introducir técnicas apropiadas de presupuestación o de evaluación del costo total de las medidas de respaldo público a fin de evitar el riesgo de que las entidades públicas comprometieran de este modo su solvencia financiera.

88. Respecto del párrafo 31, se señaló que las obligaciones dimanantes de los acuerdos internacionales de integración económica regional o de liberalización comercial podían limitar también el margen o las modalidades del respaldo público otorgable por el país anfitrión a las entidades comerciales que actuaran en su territorio, restringiéndolo a ciertas formas de respaldo financiero.

89. En respuesta a una cuestión relativa a la finalidad o necesidad del párrafo 36, se observó que en algunos países la participación pública en determinado proyecto creaba a menudo una expectativa de que la administración pública respaldaría plenamente el proyecto y se haría cargo de él, a su propio costo, si la sociedad del proyecto quebraba, aun cuando la administración pública no hubiera contraído ninguna obligación jurídica al respecto. Se opinó asimismo que la cautela recomendada en el párrafo 36 podría ser útil, ya que una participación en el capital social podría entrañar una remisión al Estado de una parte de los riesgos transferidos a la sociedad del proyecto, con la consiguiente pérdida de fondos públicos en el supuesto de que la sociedad del proyecto se declarara insolvente, lo que podría acarrear consecuencias políticas inevitables. Hubo, no obstante, acuerdo en general en que convendría aclarar el significado del párrafo 36, en particular en lo relativo a los posibles medios de que dispondría la administración pública para ampararse contra los riesgos en él mencionados. Se observó, concretamente, que toda disposición contractual que eximiera a una entidad pública de la obligación de suscribir nuevas emisiones de acciones en el supuesto de que la sociedad del proyecto necesitara capital podría ser contraria al derecho interno en algunos países.

90. Respecto del párrafo 39, se señaló que era también importante tener en cuenta no sólo el régimen interno relativo a la competitividad comercial sino también las obligaciones contraídas por el país huésped en todo acuerdo internacional de integración económica regional o de liberalización comercial. Se sugirió que esas consideraciones eran asimismo aplicables a los párrafos 51 a 53.

91. Se expresó el parecer de que el término de la versión inglesa “*sovereign guarantees*” (“garantías estatales” en la

versión española) empleado en el párrafo 40 no reflejaba el contenido de esa subsección y pudiera entrañar una referencia al derecho internacional público, especialmente en lo relativo a la inmunidad soberana de los Estados. Se sugirió que se reconsiderara el empleo de ese término.

92. Se sugirió que el párrafo 41 *a*) debería mencionar el supuesto de que no se cumplieran las expectativas creadas por un acuerdo de compra directa en firme (*off-take agreement*), como resultado de la privatización de la entidad pública que fuera parte en ese acuerdo.

93. Se dijo que el riesgo de las fluctuaciones cambiarias solía ser considerado como un riesgo comercial, tal como se indicaba en el párrafo 44. No obstante, se sugirió que en aquellos supuestos en los que la sociedad del proyecto no pudiera reembolsar sus préstamos en divisas por fluctuaciones muy pronunciadas del tipo o de la tasa de cambio, cabía considerar al riesgo cambiario como un riesgo político. En la práctica, las autoridades aceptaban en algunos casos acudir en ayuda de la sociedad del proyecto en esos casos.

94. Respecto de los párrafos 51 a 53, se expresó el parecer de que los compromisos públicos contraídos con miras a amparar al concesionario de toda competencia comercial pudieran ser en algunos casos contrarios a las obligaciones del país anfitrión dimanantes de sus acuerdos internacionales de integración económica regional o de sus acuerdos de liberalización comercial, circunstancia que convendría mencionar en la guía.

95. Se convino en que convendría que en el párrafo 68, así como en otros lugares pertinentes de la guía, se hiciera mención de los servicios de crédito a la exportación y de otros organismos nacionales de desarrollo. Se convino asimismo en que esta subsección llevara el título de “Garantías otorgadas por los organismos nacionales de desarrollo y de crédito a la exportación”.

96. Se dijo que los organismos de crédito a la exportación solían garantizar el pago de la mercancía exportada cuando el comprador se viera, por alguna razón, en la imposibilidad de efectuarlo. En este sentido, estos organismos otorgaban un cierto tipo de seguro. Para aclarar el alcance de la garantía otorgada por medio de un seguro de crédito a la exportación, se convino insertar las palabras “En el contexto de la financiación de proyectos de infraestructura con financiación privada” al comienzo del párrafo 69 *a*).

III. Selección del concesionario (A/CN.9/458/Add.4)

Consideraciones generales (recomendación legislativa 1 y párrafos 1 a 30)

97. Se convino en que todas las recomendaciones legislativas enunciadas en el capítulo III fueran revisadas y ajustadas, si así procede, para cerciorarse de que todo consejo dado en las notas, que merezca ser incorporado en una disposición legal, sea debidamente incluido en las recomendaciones legislativas, sin ocuparse, no obstante, en esas recomendaciones de cuestiones no estrictamente necesarias de la administración del proceso de selección de un concesionario.

98. Se expresaron opiniones favorables al recurso a métodos competitivos para la selección del concesionario con los

ajustes que proceda hacer para tener en cuenta las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Se hicieron declaraciones en el sentido de que la adopción de métodos competitivos era necesaria para contrarrestar eventuales prácticas indebidas o corruptas, así como para optimizar el valor de la concesión para la autoridad contratante del país anfitrión y para los usuarios de los servicios explotados o de las infraestructuras construidas con financiación privada. Se sugirió que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, que estaba basada en la noción del recurso a métodos competitivos para la contratación pública, ofrecía una base adecuada para idear un procedimiento de selección adecuado para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Se dijo que esa relación entre los métodos de contratación pública con arreglo a la Ley Modelo y los métodos de selección para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada era tal que posibilitaría la referencia, en la guía legislativa, cuando procediese, a la Ley Modelo, lo que a su vez limitaría el ámbito del capítulo III de la guía legislativa a aquellas disposiciones que deberían diferenciarse de las de la Ley Modelo.

99. Se recordó, no obstante, que en algunos países, de conformidad con tradiciones siempre respetadas, los proyectos de infraestructura con financiación privada (que supusieran la delegación por una entidad pública del derecho de prestar un servicio público) estaban sujetos a un régimen jurídico especial que difería en muchos aspectos del régimen normalmente aplicable a la contratación pública de bienes, obras y servicios. Ese régimen especial daba prioridad a la libertad del órgano delegador para seleccionar a la entidad explotadora que mejor respondiera a sus necesidades en términos de competencia profesional, solvencia financiera, capacidad para asegurar la continuidad del servicio, trato por igual de los usuarios y calidad de la propuesta. Ahora bien, la libertad de negociación no requería arbitrariedad en la selección y las leyes de esos países prescribían ciertos procedimientos para asegurar la transparencia y equidad del proceso de selección.

100. La Comisión, recordando sus consideraciones en el anterior período de sesiones¹² y considerando la conveniencia de que la guía legislativa sea un instrumento valioso para todo el mundo, se mostró de acuerdo con el contenido de la recomendación 1 a reserva de que se aclarara que esa recomendación había de ser aplicada de conformidad con la tradición jurídica del Estado interesado.

Preselección de los ofertantes (recomendación legislativa 2 y párrafos 39 a 56)

101. Se recordó que, si bien el procedimiento de preselección descrito en la recomendación recordaba en algunos aspectos al procedimiento clásico de precalificación en la contratación pública de bienes y de servicios, era importante distinguir estos dos procedimientos (a fin de evitar la connotación de calificación o descalificación automática inherente al procedimiento tradicional de precalificación). Se reiteró por ello que era apropiado utilizar el término de “procedimiento de preselección” en el proyecto de capítulo¹³.

102. Se sugirió que la recomendación 2 indicara criterios para la preselección de ofertantes, al igual que la recomendación 6 *d*) enunciaba criterios para la evaluación de las propuestas presentadas por los ofertantes. Se dijo, además, que la recomendación resultaba algo incompleta en la medida en que no reflejaba todos los requisitos mencionados en el párrafo 43, por lo que debería retocarse el texto de la recomendación para que reflejara el contenido del párrafo 43.

103. Se convino en insistir en la última oración del párrafo 50 en que era necesario anunciar por adelantado toda preferencia interna que se tuviera la intención de aplicar en el proceso de preselección.

104. Si bien se expresó cierto apoyo por retener la recomendación 2 *d*) (que preveía que la autoridad contratante gozaría de discrecionalidad para anunciar en la invitación al procedimiento de preselección que indemnizaría a los ofertantes por todo costo incurrido en la preparación de la documentación de preselección si el proyecto no seguía adelante por razones ajenas a su voluntad), prevaleció el parecer de que se suprimiera la recomendación, dado que en muchos países no estaba prevista esta indemnización. Se convino, no obstante, en mantener los párrafos 51 y 52 de las notas, que proporcionaban información que pudiera ser útil sobre esta posibilidad. Se sugirió insistir en la última oración del párrafo 52 en la necesidad de anunciar la intención de la autoridad contratante de indemnizar a los ofertantes, en ciertos supuestos, lo antes posible y preferentemente en la propia invitación al proceso de preselección.

Procedimiento en una y dos etapas para solicitar propuestas (recomendaciones legislativas 3 a 5 y párrafos 58 a 64)

105. Se pidió a la Secretaría que aclarara (en las recomendaciones y en las notas correspondientes) las diferencias entre las siguientes etapas del proceso de selección: *a*) las conversaciones de la autoridad contratante con los ofertantes sobre el contenido de las propuestas; *b*) las solicitudes de aclaraciones eventualmente presentadas por los ofertantes a la autoridad contratante, y *c*) las negociaciones finales descritas en la recomendación 12 y en los párrafos 92 y 93. Se observó que esas aclaraciones pudieran requerir una cierta reestructuración del texto.

Contenido de la solicitud de propuestas definitivas (recomendación legislativa 6 y párrafos 65 a 74)

106. Se observó que uno de los problemas que frecuentemente se daban en la práctica era el tiempo excesivamente largo requerido para adjudicar el proyecto y negociar el acuerdo de proyecto; se sugirió, a ese respecto, que se insistiera en la importancia de la recomendación 6 *c*) relativa a la inclusión en la solicitud definitiva de propuestas de las condiciones contractuales del acuerdo de proyecto. La presentación de todas las condiciones contractuales en la solicitud definitiva reduciría el tiempo requerido para concluir el acuerdo de proyecto y aumentaría la transparencia de este proceso.

107. Se sugirió que se reflejara en la recomendación 6, con los ajustes del caso, el contenido de la recomendación 11 *b*) (respecto del umbral de los aspectos cualitativos y técnicos

¹²Ibíd., párrs. 123 a 130.

¹³Ibíd., párr. 146.

de las propuestas) y el contenido de la recomendación 12 c) (relativo a las condiciones del contrato declaradas no negociables). Se sugirió también que se alineara el texto del párrafo 71 e) con el del párrafo 84 c), en los idiomas en los que fuera necesario. Se sugirió además que se hiciera referencia en el párrafo 73 al capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, que daba una orientación más concreta al lector sobre los asuntos esbozados en ese párrafo.

Aclaraciones y modificaciones (recomendación legislativa 7 y párrafos 75 y 76)

108. Se sugirió que se distinguiera con mayor claridad en los párrafos 75 y 76 las aclaraciones de las modificaciones y que se hiciera referencia en la recomendación 7 a la posibilidad de prorrogar el plazo para la presentación de propuestas en caso de enmendarse considerablemente la solicitud de propuestas. Respecto de la recomendación 7 b), se reconoció ampliamente la importancia de que se obligara a levantar acta de las reuniones de ofertantes convocadas por la autoridad contratante. Se dijo, no obstante, que no era necesario que se abordaran en la guía legislativa las consecuencias jurídicas de la omisión de este requisito y que debería dejarse que esas consecuencias se definieran en las normas de derecho interno por lo demás aplicables a la conducta de la autoridad contratante. Se sugirió que toda ausencia de las actas requeridas no debería viciar necesariamente el proceso de selección.

Contenido de las propuestas definitivas (recomendación legislativa 8 y párrafos 77 a 82)

109. Se convino en sustituir la expresión “tal vez deseé” de la recomendación 8 por un término más imperativo; la recomendación debería además disponer claramente que las propuestas definitivas deberán informar sobre todos los factores pertinentes que puedan servir a la autoridad contratante para determinar la aptitud de la propuesta (por ejemplo, los datos necesarios para evaluar el grado de respaldo público que el ofertante calcule obtener; la garantía de oferta explicada en los párrafos 81 y 82; datos relativos a la calidad del servicio, y todos los aspectos relativos al posible impacto ambiental del proyecto). Respecto del párrafo 79 d), se sugirió que debería exigirse a los ofertantes que indicaran hasta qué punto estarían dispuestos a asumir riesgos de fuerza mayor, es decir, las consecuencias financieras de hechos imprevistos.

Criterios de evaluación (recomendaciones legislativas 9 y 10 y párrafos 83 a 86)

110. Se convino en que la observancia de las normas protectoras del medio ambiente (recomendación 9 d)) constituía un requisito, por lo que no debería presentarse como criterio de evaluación; de presentarse como un mero criterio podría darse a entender que se permitiría cierto grado de inobservancia de esas normas. Se decidió fusionar la recomendación 9 d) con la recomendación 8.

111. Se propuso que, puesto que no era seguro que se llevaría a cabo en todos los casos un ejercicio de preselección de los ofertantes, convendría incluir entre las recomendaciones alguna disposición relativa a la evaluación de la competencia de los ofertantes.

112. Se observó que en la práctica de algunos países se había introducido un nuevo criterio de evaluación que permitía al país anfitrión evaluar el impacto o valor social del proyecto (por ejemplo, sus ventajas para ciertos grupos menos privilegiados o para el comercio) y se sugirió que se introdujera en la guía legislativa un criterio “social” de esta índole.

113. Se señaló que la declaración del párrafo 84 b) por la que se requería, de ser ello viable, que se transfiriera tecnología durante todas las fases del proyecto expresaba un parecer que no sería aceptable en todos los casos, dada la índole exclusiva de ciertos derechos de propiedad intelectual. Se sugirió que en el párrafo 84 c) se sustituyera el término “pueden incluir” por “deberán incluir” y se trasladara el contenido de ese inciso a las recomendaciones legislativas.

114. Se sugirió que se incluyera en el párrafo 10 b) una expresión refiriéndose a “medidas financieras propuestas”. Se sugirió además que en el párrafo 10 c) (entre los costos a considerar en las propuestas financieras) se añadiera el valor actualizado de los gastos de mantenimiento. Dado el reconocimiento anterior de que el respaldo público no se limitaba a respaldo financiero, se convino en reformular el párrafo 10 d) en términos que reflejaran este criterio. Otro criterio que había que añadir a la recomendación d) guardaba relación con el grado de riesgo asumido por el ofertante.

Presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas (recomendación legislativa 11 y párrafos 87 a 91)

115. Con referencia a los párrafos 89 a 91, se sugirió que era importante mantener un procedimiento de evaluación en dos etapas que permitiera considerar por separado los criterios no financieros, quizá con anterioridad a la consideración de los criterios financieros, a fin de evitar que se preste excesiva atención al precio en detrimento de los criterios no financieros. Se expresó apoyo en favor de esa propuesta sin llegar, no obstante, a respaldar el sistema de los “dos sobres”, según el cual la autoridad contratante debería evaluar los elementos técnicos de cada propuesta antes de tomar en consideración su precio.

116. En respuesta a una pregunta, se aclaró que los incisos a), b) y c) de la recomendación 11 no debían ser entendidos como criterios alternativos. No estaba previsto que el proceso de evaluación prosiguiera una vez decidido que la propuesta no era apta.

117. En respuesta a una inquietud sobre posible duplicación, se explicó que la recomendación 8 describía los requisitos que la autoridad contratante podría imponer en la propuesta, mientras que la recomendación 11 preveía el rechazo de toda propuesta incompleta que no satisficiera los requisitos enunciados.

118. Se expresó el parecer de que el texto del párrafo 87, que disponía que no sería abierta ninguna propuesta recibida por la autoridad contratante una vez vencido el plazo para su presentación, era demasiado severo y que ese supuesto reclamaba una respuesta más matizada. Se sugirió además que en aras de una mayor transparencia, el párrafo 88 debería disponer que las propuestas deberían ser abiertas en público. Se respondió a esas sugerencias que sería tal vez preferible dejar esas cuestiones al arbitrio del régimen de la contratación pública del país interesado.

119. En respuesta a una pregunta sobre la relación entre el proyecto de guía legislativa y los regímenes internacionales en materia de contratación pública, tales como los acuerdos concertados en materia de contratación pública bajo el patrocinio de la Organización Mundial del Comercio, se explicó que ese asunto se examinaba en el capítulo VII, “Ley aplicable”. Se sugirió que la secretaría recabara el parecer de la Organización Mundial del Comercio sobre el proyecto de capítulo III de la guía legislativa.

Negociaciones finales (recomendación legislativa 12 y párrafos 92 y 93)

120. Se observó que mientras que la recomendación 12 esbozaba un marco jurídico eventual para las negociaciones finales entre la autoridad contratante y el ofertante que hubiera presentado la propuesta más ventajosa, tal vez sucediera que la autoridad contratante hubiera de negociar con algún otro ofertante si el primer ofertante decidiera no aceptar el contrato. Se sugirió reformular la recomendación para que previera esta posibilidad. Se sugirió además sustituir en el inciso *c*) de la recomendación el término “se consideraron” por “fueron declaradas”.

Aviso de la adjudicación del proyecto (recomendación legislativa 13 y párrafo 94)

121. No se hicieron observaciones sobre la recomendación 13 y el párrafo 94 de las notas.

Negociaciones directas (recomendaciones legislativas 14 y 15 y párrafos 95 a 100)

122. Hubo amplia medida de acuerdo en que los principios de competitividad y transparencia eran cruciales para los objetivos del proyecto de guía legislativa y que, en el contexto de proyectos de infraestructura con financiación privada, se debería recurrir al método de la negociación directa únicamente en supuestos excepcionales. Se observó, no obstante, que en algunos países se recurría a menudo al método de la negociación directa que, combinado con medidas para asegurar su transparencia, daba buen resultado. Se convino por ello en que se reformulara el texto del párrafo 98 para reflejar con mayor exactitud la práctica y las repercusiones del recurso a la negociación directa en la selección del concesionario.

123. Se sugirió que, dado que la lista de circunstancias excepcionales en las que cabría recurrir a la negociación directa no era exhaustiva y suscitaba cuestiones respecto de las que pudiera haber divergencias de política nacional, sería más indicado que esa lista figurara en las notas, en vez de en la propia recomendación 14. Como aclaración de las circunstancias de urgencia que justificarían el recurso a la negociación directa (recomendación 14 *a*)), se explicó que el riesgo de interrupción de un servicio que había de prestarse al público constituía un buen ejemplo al respecto. Las razones de defensa nacional, el supuesto de que se presentase un solo aportante capaz de prestar el servicio requerido y una razón de interés público insoslayable fueron asimismo reconocidos como circunstancias que justificarían el recurso a la recomendación directa. Respecto de la recomendación 14 *e*)

(que autoriza el recurso a la negociación directa en supuestos en los que no se disponga de personal experimentado o de una estructura administrativa adecuada para recurrir a otros procedimientos), se dijo que esa circunstancia no debería justificar el recurso a la negociación directa, ya que ello abriría la puerta a eventuales abusos en el proceso de selección. Se dijo que la medida a adoptar en esos supuestos sería la de contratar a consultores o a asesores para que prestaran asistencia en el proceso de selección. El parecer contrario sostuvo, no obstante, que la falta de personal experimentado constituía un verdadero problema para algunos países que debería ser tenido en cuenta al determinar el régimen legislativo aplicable a la selección del concesionario. Se expresó apoyo en favor de la sugerencia de que la falta de personal experimentado no constituyera una excepción que la autoridad competente pudiera invocar en cada caso a su arbitrio.

124. Se aconsejó cautela respecto de la recomendación 15 y de las notas en el párrafo 100, que permitían, una vez abierto un procedimiento de selección competitiva, el abandonar este método de selección en favor del método de la negociación directa. Dado que ese cambio se prestaba a abusos, se dijo que se impusieran condiciones más restrictivas para ese paso de un método a otro así como ciertos requisitos de transparencia, como sería la obligación de anunciar esa posibilidad en la solicitud inicial de propuestas.

Medidas para aumentar la transparencia de las negociaciones directas (recomendación legislativa 16 y párrafos 101 a 107)

125. Se sugirió que se incluyera en la recomendación 6 una disposición por la que se requiriera una motivación escrita siempre que la selección se fuera a hacer al margen del principio de competitividad. Se sugirió asimismo que se exigiera que el acuerdo de proyecto estuviera abierto a la inspección pública, así como la publicación del acto de adjudicación. Se observó que el requisito de formar un expediente del proceso de selección, descrito en el párrafo 107, no estaba reflejado en la recomendación. Se consideró que el inciso *g*) de la recomendación se limitaba a reiterar lo obvio, por lo que podía suprimirse.

126. Se sugirió que se insistiera en las notas sobre la importancia de que se respetara la confidencialidad. Se observó asimismo que, una vez completado el concurso de selección o la negociación directa, y una vez que esa información hubiese pasado a ser de dominio público, perdería su vigencia el requisito de confidencialidad respecto de ciertas partes de esa información.

127. Se observó que debería utilizarse sistemáticamente a lo largo de toda la recomendación y de las notas correspondientes el término “negociación directa” y no el de “negociación”.

128. Se observó que había cierta incoherencia entre el título de la recomendación 16 y su contenido, que trascendía el tema de la transparencia, al tratar también de medidas relativas a la confidencialidad. Otra sugerencia fue la de que se revisara la recomendación 16 del mismo modo que la recomendación 14, trasladando la lista de ejemplos a las notas. Se decidió suprimir el título de la recomendación 16 y colocar la recomendación bajo el título general de “Negociaciones directas”.

129. Según uno de los pareceres no procedía incluir en el párrafo 101 una declaración por la que se informaba de que el régimen de la contratación pública de algunos países otorgaba a la autoridad contratante una libertad prácticamente ilimitada para negociar como juzgase oportuno, ya que cabía entender esa declaración como un respaldo de esa práctica. Se afirmó en sentido contrario que esa declaración se limitaba a describir esa práctica, por lo que era aceptable.

Propuestas no solicitadas (recomendaciones legislativas 17 a 20 y párrafos 108 a 128)

130. Se observó que en cierto número de países no existía ningún procedimiento especial para tramitar las llamadas propuestas no solicitadas, por lo que se solía tramitar, en esos países, a ese tipo de propuestas conforme al procedimiento general de adjudicación de proyectos de infraestructura. Se sugirió por ello que, desde la perspectiva de esos países, tal vez no fuera necesario prever un procedimiento pormenorizado para la tramitación de las propuestas no solicitadas como se había sugerido en la versión actual del proyecto de capítulo. La Comisión, recordando sus deliberaciones en el 31.º período de sesiones¹⁴, consideró, no obstante, que las propuestas no solicitadas podrían ofrecer soluciones de interés a los Estados, por lo que sería útil sugerir procedimientos para tramitarlas con miras, por una parte, a atraer ese tipo de propuestas y, por otra, para cerciorarse de que todo proyecto se adjudicaba en condiciones óptimas.

131. Se sugirió que la recomendación 17 ganaría en funcionalidad y claridad si en ella se dijera que las propuestas no solicitadas serían tramitadas de conformidad con el procedimiento legal previsto (es decir, por los procedimientos sugeridos y comentados en las subsiguientes recomendaciones 18 a 20).

132. Se propuso insertar en el lugar adecuado una recomendación adicional por la que se obligara a la autoridad contratante, que hubiera adjudicado un proyecto a raíz de una propuesta no solicitada, a publicar un anuncio de la adjudicación.

133. Respecto de la recomendación 20 *b*) se sugirió que se especificara que el “resumen de las condiciones esenciales de la propuesta” que había de comunicarse a toda otra parte interesada debería, en la medida de lo posible, ceñirse a los elementos de la etapa “de producción” de la propuesta no solicitada (es decir, capacidad de la instalación de infraestructura, calidad del producto o del servicio, precio unitario) y que ese resumen no tenía por qué referirse a elementos propios de la “preparación o proyección” de esa propuesta (por ejemplo, el diseño de la instalación, la tecnología y el equipo utilizado). Con esta restricción se trataba de evitar que hubiera de comunicarse a competidores eventuales información patentada de la persona o sociedad que hubiera presentado la propuesta no solicitada.

134. Se observó que el párrafo 125 *b*) preveía un cierto “margen de preferencia” como posible incentivo para atraer propuestas no solicitadas; se observó que el recurso a un margen de preferencia era una práctica que se había iniciado en el contexto de la contratación de bienes, de obras y de servicios y que ese margen de preferencia funcionaba bien res-

pecto del precio de la propuesta, pero que era difícil de aplicar a los criterios de evaluación de la propuesta que no guardaran relación alguna con el precio. Por tanto, se sugirió que se considerara la posibilidad de reformular ligeramente ese párrafo con miras a impartir más orientación sobre la aplicación del margen de preferencia en el contexto de propuestas no solicitadas.

Procedimientos de examen (recomendación legislativa 21 y párrafos 129 a 133)

135. Se sugirió que en las notas, y posiblemente también en la recomendación, se insistiera en la utilidad de disponer de un sistema viable de recurso “precontractual”, es decir, de vías de recurso contra los actos de la autoridad contratante en una etapa lo más temprana posible del proceso de selección. Con ello se abriría la posibilidad a la autoridad contratante de adoptar medidas correctoras antes de que se ocasionaran daños, reduciéndose así la probabilidad de que hubiera casos en los que no quedaba otra vía de reparación posible de las consecuencias de una decisión indebida de la autoridad contratante que su indemnización monetaria.

Constancia de los procedimientos de selección (recomendación legislativa 22 y párrafos 134 a 141)

136. Se sugirió que la Comisión considerara la posibilidad de reformular el título de la recomendación para que dijera “Expediente del proceso de selección y adjudicación”. Se sugirió alinear el texto de la recomendación 21 con el de las notas en particular, a fin de enunciar la recomendación en términos igualmente fuertes que los empleados en las notas para describirla.

IV. El acuerdo de proyecto (A/CN.9/458/Add.5)

Observaciones generales

137. Como observación general se sugirió que tal vez fuera necesario examinar la relación entre el proyecto de capítulo y otras partes de la guía. Se señalaron una serie de cuestiones debatidas en el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura” (A/CN.9/458/Add.6), y el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión” (A/CN.9/458/Add.7), relacionadas con temas que se abordaban generalmente en los acuerdos de proyecto.

138. Se sugirió que podría mejorarse la estructura del proyecto de capítulo si la subsección B.8, “Duración”, y la subsección B.5, “Organización del concesionario”, se situaran, por ese orden, inmediatamente después de la subsección B.1, “Mecanismos financieros”.

139. Si bien no se formularon objeciones a estas propuestas, se dijo que, al preparar la guía legislativa, la Comisión tuvo que tratar diversas cuestiones cuyo tratamiento legislativo y contractual podía diferir de un ordenamiento jurídico a otro. Se instó a la Comisión a adoptar un enfoque práctico al estudiar la estructura general de la guía y a iniciar el examen del contenido de los proyectos de capítulo antes de adoptar una decisión definitiva acerca de la estructura.

140. Se sugirió que en algunas de las recomendaciones legislativas debería recomendarse expresamente la adopción

¹⁴Ibíd., párr. 171.

de ciertas normas legales que permitieran lograr los objetivos enunciados en el capítulo.

141. Se dijo que, aunque en las notas se reflejaban de forma adecuada y equilibrada las soluciones encontradas en diferentes ordenamientos jurídicos, el proyecto de capítulo parecía hacer mayor hincapié en la necesidad de atraer financiación para proyectos de infraestructura con financiación privada que en el carácter de servicio público de la mayoría de esos proyectos.

Celebración del acuerdo de proyecto (recomendación legislativa 1 y párrafos 5 a 8)

142. La Comisión acordó suprimir en la recomendación legislativa 1 el término “simplifiquen” y sustituirlo por “faciliten” o algún otro término de significado equivalente.

143. En cuanto a la referencia que se hace en la recomendación legislativa 1 a la necesidad de que se señalen por adelantado las oficinas o los organismos competentes para aprobar y firmar el acuerdo de proyecto, se sugirió que dicha determinación constituía un elemento fundamental del marco institucional para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada en el país anfitrión. La inclusión de dicha referencia en el proyecto de capítulo podría crear la falsa impresión de que las oficinas o los organismos competentes para aprobar y firmar el acuerdo de proyecto sólo podrían darse a conocer tras la celebración del procedimiento de selección del concesionario. Por ello, se acordó que la segunda oración de la recomendación legislativa 1 se trasladara a un lugar adecuado dentro del proyecto de capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación” (A/CN.9/458/Add.1).

144. Se dijo que era necesario volver a redactar la segunda oración del párrafo 4 a fin de dejar claro que se refería a leyes de carácter general y no a una legislación especial, que podía ser necesario promulgar en algunos países con respecto a proyectos concretos.

145. Se sugirió que se revisara la última oración del párrafo 8 a fin de aclarar la forma en la que la autoridad contratante podía comprometerse a indemnizar al ganador del concurso en caso de no concederse o retirarse la aprobación definitiva del proyecto, de ser dicha aprobación necesaria.

Disposiciones financieras (recomendaciones legislativas 2 y 3 y párrafos 10 a 21)

146. Hubo acuerdo en que la recomendación legislativa 2 a) repetía en lo esencial el contenido de la recomendación legislativa 6 y que ambas deberían fusionarse. Se sugirió también que las recomendaciones legislativas 2 b) y 2 c) se fundieran en un solo texto.

147. Se dijo que la última oración del párrafo 12, que hacía referencia a la importancia de velar por que las leyes del país anfitrión no restringiesen indebidamente la capacidad del concesionario de ofrecer a sus prestamistas garantías suficientes, no era totalmente coherente con el contenido de los párrafos 32 a 40, en los que se hacía referencia a posibles impedimentos jurídicos a la constitución de determinados tipos de garantías y otras disposiciones para proteger el interés

público. Hubo acuerdo en que debería suprimirse la oración en cuestión.

148. Se señaló que, en el párrafo 13, se hacía referencia al papel que desempeñan los “vehículos para usos especiales” (*special purpose vehicles*) en las operaciones de bursatilización. Se sugirió que en el proyecto de capítulo debería incluirse también una recomendación legislativa específica sobre esta cuestión. En respuesta a esta sugerencia se hizo la observación de que el concepto de “vehículos para usos especiales” era desconocido en muchos ordenamientos jurídicos, y que el empleo de vehículos para usos especiales en relación con las operaciones de bursatilización requería un marco jurídico adecuado en otras esferas del derecho. Puesto que el proyecto de capítulo no podía tratar la cuestión de manera exhaustiva, se propuso mencionar la utilidad de adoptar disposiciones legales que facilitasen el establecimiento de vehículos para usos especiales en la parte adecuada del capítulo VII, “Ley aplicable” (A/CN.9/458/Add.8), en lugar de hacerlo en el presente proyecto de capítulo. También se dijo que el debate acerca de las operaciones de bursatilización que se recoge en el párrafo 13 era demasiado detallado y tal vez fuera útil acortarlo.

149. Se observó que en el párrafo 17 se describían disposiciones en las que la autoridad contratante u otros organismos estatales hacían pagos directos al concesionario como sustituto o además de las tasas por los servicios que hubiesen de pagar los usuarios. Se señaló que algunas de estas disposiciones podían constituir una forma de subvención a la empresa del proyecto y, por tanto, no ser compatibles con las obligaciones contraídas por el país anfitrión a tenor de algún acuerdo internacional sobre liberalización comercial o integración económica regional.

150. Se sugirió que la descripción de las diferentes modalidades de acuerdos de compra directa en firme (*off-take agreements*), que figuraba en los incisos a) y b) del párrafo 20, tal vez no fuera necesaria en la guía, ya que las disposiciones en ellas descritas eran en esencia de naturaleza contractual.

151. Hubo acuerdo en que no era necesaria la tercera oración del párrafo 21 y que debería suprimirse.

El emplazamiento del proyecto (recomendación legislativa 4 y párrafos 22 a 27)

152. No hubo comentarios sobre la recomendación legislativa 4 y los párrafos 22 a 27 de las notas.

Servidumbres (recomendación legislativa 5 y párrafos 28 a 31)

153. Se acordó que debería reformularse la recomendación legislativa 5 a fin de que dispusiera que el país anfitrión tal vez desee promulgar disposiciones legales que faciliten la adquisición por parte del concesionario de las servidumbres que puedan precisarse para la construcción, el funcionamiento y el mantenimiento de la infraestructura.

154. Se observó que el término “servidumbre” tenía connotaciones limitadas en algunos ordenamientos jurídicos, y que la autoridad otorgada por ley al concesionario, por ejem-

plo para colocar conducciones de agua o tendidos eléctricos en propiedades de terceros podía no considerarse necesariamente como servidumbre. Hubo acuerdo en que se reflejara esa consideración en el párrafo 29.

Garantías reales (recomendación legislativa 6 y párrafos 32 a 40)

155. Se propuso que la recomendación legislativa 6 hiciera referencia a la constitución de garantías reales sobre las acciones de la sociedad del proyecto, a fin de reflejar el debate que figura en el párrafo 40.

156. Se propuso volver a redactar la recomendación legislativa 6 a fin de señalar los posibles obstáculos y limitaciones a la constitución de garantías reales, que podían dimanar de la tradición jurídica del país anfitrión, conforme a lo debatido en los párrafos 32 a 40.

157. Se señaló que las garantías que toman los prestamistas al conceder préstamos para proyectos de infraestructura con financiación privada desempeñaban sobre todo una función defensiva, circunstancia que debería resaltarse en el párrafo 32. Se sugirió también incluir en los párrafos 32 a 40 una referencia al hecho de que los acuerdos de préstamo exigían con frecuencia que se depositase el producto financiero de los proyectos de infraestructura en una cuenta de plica o bloqueada (*escrow account*) gestionada por un administrador nombrado por los prestamistas.

158. Se señaló que, en algunos ordenamientos jurídicos, las concesiones de servicios públicos se otorgaban a la vista de la fiabilidad y las calificaciones específicas del concesionario y no podían traspasarse libremente. Como resultado de dicho principio general, cualquier garantía dada a los prestamistas que les permitiera hacerse cargo del proyecto sólo sería admisible en circunstancias excepcionales y bajo ciertas condiciones específicas, a saber: que gozaran del consentimiento de la autoridad contratante; que la garantía se otorgara con la finalidad específica de facilitar la financiación o el funcionamiento del proyecto, y que la garantía no afectara a las obligaciones asumidas por el concesionario. Estas condiciones, que deberían mencionarse en los párrafos 32 a 40, dimanaban de principios generales del derecho o de imperativos legales y la autoridad contratante no podía ignorarlas en sus estipulaciones contractuales.

159. Se sugirió que la última oración del párrafo 36, que hacía referencia a la posibilidad de eximir del requisito de actos especiales de aprobación para cada uno de los bienes sobre los que se constituyese una garantía, no era adecuada en el contexto de los párrafos 34 y 36 y, por lo tanto, debía suprimirse.

160. Se dijo que la garantía otorgada en forma de cesión de créditos desempeñaba un papel fundamental en la estructura financiera montada al servicio de los proyectos de infraestructura, y que en los párrafos 37 a 39 debería profundizarse más en ese tema, así como en la importancia de contar con un marco jurídico adecuado para la cesión de créditos comerciales. Se acordó insertar, en el lugar conveniente, el contenido del debate que figura en el párrafo 28 del proyecto de capítulo VII, "Ley aplicable" (A/CN.9/458/Add.8).

161. Se acordó suprimir la expresión "de manera innecesaria" en la tercera oración del párrafo 40.

Organización del concesionario (recomendaciones legislativas 7 y 8 y párrafos 41 a 51)

162. Se señaló que, en los casos en que la ley exigía que la sociedad concesionaria se constituyera con arreglo al derecho interno del país anfitrión, tal vez la autoridad contratante careciera de competencia para eximir de dicho requisito sin autorización legislativa. En aras de la claridad, se acordó volver a redactar la recomendación 7 para aclarar que la ley ofrecía una opción a la autoridad contratante, pero no la facultaba para eximir de los requisitos legales.

163. Para mayor claridad se acordó invertir el orden de las dos primeras oraciones del párrafo 46.

164. En relación con el párrafo 48 se dijo que el requisito de una inversión de capital social mínima para las sociedades que llevan a cabo proyectos de infraestructura podría ser contraria a las obligaciones del país anfitrión en virtud de acuerdos internacionales sobre la liberalización del comercio en los servicios.

Cesión de la concesión (recomendación legislativa 9 y párrafos 52 a 55)

165. Se dijo que la cuestión de las subconcesiones, que se debatió brevemente en el párrafo 55, tenía consecuencias de largo alcance en algunos ordenamientos jurídicos, por lo que merecía mencionarse en la guía. No obstante, dicho debate estaba más relacionado con la cuestión de la subcontratación y, por tanto, debería trasladarse a un lugar adecuado dentro del proyecto de capítulo V, "Desarrollo y explotación de infraestructura" (A/CN.9/458/Add.6).

Transmisibilidad de las acciones de la sociedad del proyecto (recomendación legislativa 10 y párrafos 56 a 63)

166. Además de ciertas sugerencias de carácter terminológico y editorial, y de la repetición de algunas observaciones generales que se había formulado con anterioridad, las recomendaciones legislativas y los párrafos correspondientes de las notas no suscitaron observación alguna.

Duración del acuerdo de proyecto (recomendación legislativa 11 y párrafos 64 a 67)

167. En respuesta a la pregunta acerca de la necesidad de la recomendación legislativa 11, se señaló que la experiencia obtenida en el pasado con concesiones de infraestructura había demostrado la conveniencia de exigir que dichas concesiones tuviesen una duración limitada. No obstante, no era necesario determinar legalmente la duración máxima de las concesiones.

168. Se dijo que la cuestión de la duración de las concesiones de infraestructura suscitaba diversos problemas relacionados con las políticas que deberían tratarse más a fondo en el proyecto de capítulo. También convendría hacer remisión a otros lugares de la guía, como el proyecto de capítulo VI, "Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión" (A/CN.9/458/Add.7), donde se trataran otras cuestiones pertinentes a ese debate.

V. *Desarrollo y explotación de infraestructura* (A/CN.9/458/Add.6)

Observaciones generales

169. Como comentario general, se sugirió que las secciones D a H del proyecto de capítulo se trasladaran al proyecto de capítulo IV, “El acuerdo de proyecto” (A/CN.9/458/Add.6).

Subcontratación (recomendación legislativa 1 y párrafos 2 a 4)

170. En relación con el inciso *a*) de la recomendación 1, se opinó que no era suficiente comunicar únicamente a la autoridad contratante los nombres y calificaciones de los subcontratistas del concesionario. Se indicó que la autoridad contratante podía tener un interés legítimo en estudiar los principales subcontratos negociados por el concesionario, no solamente los contratos concertados por el concesionario con sus propios accionistas o personas asociadas. La Comisión convino en que se suprimiera el inciso *a*) de la recomendación 1 y que en el inciso *b*) se incluyeran los principales contratos concertados por el concesionario.

171. Se observó que en algunos ordenamientos jurídicos los contratistas oficiales no podían subcontratar libremente sus obligaciones sin previa aprobación de la autoridad contratante. Además, en el contexto de algunos acuerdos de integración regional, había normas que disponían la utilización de procedimientos especiales para la adjudicación de subcontratos por parte de los concesionarios de servicios públicos. Se expresó la preocupación de que la recomendación 1 y las notas correspondientes parecían promover la libertad irrestricta del concesionario para contratar subcontratistas. Se sugirió que se revisaran las notas en consecuencia. También se debería suprimir la cuarta oración del párrafo 3, en la que se indica que en el caso de proyectos de infraestructura con financiación privada puede no haber ya una razón imperiosa de interés público para prescribir al concesionario el procedimiento que deberá seguir en la adjudicación de sus contratos.

Proyectos de construcción (recomendación legislativa 2 y párrafos 5 a 17)

172. Como comentario general, se opinó que el inciso *b*) de la recomendación 2 era demasiado detallado y que acaso sería preferible establecer simplemente, en cambio, que en el acuerdo de proyecto se reconociera el derecho de la autoridad contratante a ordenar modificaciones en las especificaciones de la construcción y se estableciera la indemnización a que tendría derecho el concesionario.

173. Se sugirió que el derecho de la autoridad contratante a ordenar modificaciones, mencionado en el inciso *b*) de la recomendación 2, no se limitara a las especificaciones de la construcción y abarcara también modificaciones con respecto a las condiciones del servicio.

174. Se convino en que el texto del inciso *c*) se debería hacer concordar con el del inciso *b*).

175. Se observó que la necesidad de limitar cualquier suspensión del proyecto al período estrictamente necesario no sólo se planteaba con respecto al ejercicio del derecho de

inspección por parte de la autoridad contratante. Por consiguiente, se sugirió que la segunda oración del inciso *c*) de la recomendación 2 pasara a ser una recomendación separada.

176. Se sugirió que la posible responsabilidad de la autoridad contratante por defectos provocados por la falta de idoneidad del diseño o las especificaciones aprobados podía abarcar situaciones distintas de las mencionadas en la segunda oración del párrafo 9, que se debería ampliar en consecuencia.

177. Se sugirió que la segunda oración del párrafo 12 se refiriera también al marco cronológico dentro del cual el concesionario tenía que realizar las modificaciones dispuestas por la autoridad contratante. Sin embargo, se expresó la opinión de que no era conveniente establecer un límite máximo fijo para realizar las modificaciones dispuestas por la autoridad contratante y que, por consiguiente, se deberían suprimir la última oración del párrafo 12 y la última frase del inciso *b*) de la recomendación 2.

178. Se expresó la opinión de que las dos últimas oraciones del párrafo 13 no eran claras y se deberían modificar.

179. Se sugirió que en la tercera oración del párrafo 14 se suprimiera la frase “que exceda del plazo máximo convenido”.

180. Se sugirió que el inciso *d*) de la recomendación 2 expresara la idea de que la aceptación de las instalaciones de la infraestructura no se debería denegar, a menos que se determinara que la construcción estuviera sensiblemente incompleta o fuese sensiblemente defectuosa.

181. Se convino en que se debería suprimir la última oración del párrafo 16, que podía dar lugar a confusión entre las facultades reglamentarias y la función de la autoridad contratante.

182. Se opinó que el significado de las expresiones “aprobación final” y “autorización final” de la construcción no quedaba claro y que en los párrafos 5 a 17 habría que aclarar a quién incumbía la responsabilidad de aceptar la construcción.

Explotación de la infraestructura (recomendaciones legislativas 3 a 6 y párrafos 18 a 46)

183. Como comentario general, se señaló que las recomendaciones 3 a 6 versaban sobre cuestiones reglamentarias que por lo general no se incluían en el acuerdo de proyecto. En respuesta a esto se observó que el tipo de instrumentos utilizados para tratar los asuntos que se mencionaban en los párrafos 18 a 46 variaba según la práctica legislativa y la tradición administrativa del país en cuestión. En consecuencia, la guía debería reflejar el hecho de que, en el caso de los ordenamientos jurídicos que no regulan la explotación por medios legislativos, las cuestiones comprendidas en las recomendaciones 3 a 6 deberían abordarse en el acuerdo de proyecto. Por otra parte, los acuerdos de proyecto con frecuencia complementaban las disposiciones reglamentarias, de modo que, en la práctica, existía cierto grado de duplicación que se debería tener en cuenta en la guía.

184. Se sugirió modificar el comienzo de la tercera oración del párrafo 18 a fin de referirse no sólo a los países que tienen disposiciones legislativas generales sobre concesio-

nes, sino también a los que planean disponer de esa clase de legislación.

185. Se sugirió modificar la última oración del párrafo 22 a fin de indicar que no sólo es aconsejable, sino también esencial, disponer que el acuerdo de proyecto determine las circunstancias en que se podría exigir al concesionario que realice ampliaciones de sus instalaciones de servicio y los métodos apropiados para financiar el costo de cualquiera de esas ampliaciones. Se sugirió también que el párrafo comenzara con la expresión “en algunos ordenamientos jurídicos”.

186. Se señaló que en algunos ordenamientos jurídicos la obligación del concesionario de garantizar la prestación continua del servicio público se deriva de los principios generales de derecho o de disposiciones legislativas y no sería posible prever en el acuerdo de proyecto las circunstancias extraordinarias que justificarían la suspensión del servicio o que incluso exonerarían al concesionario de sus obligaciones. Se opinó que la oración en que se indica que la rescisión requiere normalmente el consentimiento de la autoridad contratante o una decisión judicial se podía interpretar erróneamente como advertencia y se debería suprimir o modificar. Alternativamente, se debería añadir la frase “en los ordenamientos jurídicos que admiten esa solución” a la última oración del párrafo 24.

187. Se expresó la preocupación de que las notas no reflejaban de manera adecuada los principios de igualdad y universalidad del servicio. Según una opinión, el principio de igualdad de trato era análogo al principio de acceso a los servicios públicos. Según otra opinión, cabía distinguir entre esos principios. A modo de ejemplo, se señaló que un proveedor de servicios públicos podía tener que garantizar la prestación de servicios en regiones del país en que esas actividades no fueran rentables. Se opinó que en esos casos el concesionario debería tener derecho a indemnización directa o a poner fin al proyecto. Tras haberse señalado que esa situación se abordaba en el párrafo 37 del proyecto de capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público” (A/CN.9/458/Add.3), se decidió incluir la referencia correspondiente. También se indicó que en algunos ordenamientos esos principios incluían también el de adaptabilidad, en virtud del cual el proveedor estaba obligado a integrar transformaciones tecnológicas durante la explotación de la concesión.

188. En lo que respecta a la recomendación 4, se señaló que los mecanismos para la revisión periódica o extraordinaria de las fórmulas de reajuste de precios no siempre se podrían establecer en el acuerdo de proyecto. En los países en que eso se establece por ley, podría no ser posible disponer mecanismos de control de precios por medio de un acuerdo. A esto se respondió que se debería dejar que las disposiciones fuesen flexibles debido a las diferencias entre los mecanismos reglamentarios de los diversos países, aunque se convino en que se debía revisar la recomendación para tomar en consideración los problemas que se habían planteado.

189. Se señaló que se debía modificar el texto de la primera oración del párrafo 31 porque era redundante. Se sugirió que en el párrafo 33 se explicara más lo relativo a los exámenes de las tarifas. Se indicó que el método de la rentabilidad se usaba principalmente en sectores con características de monopolio, como los de telecomunicaciones, energía eléctrica y distribución de gas y agua. En los sectores en que la demanda era más elástica, como el transporte por carretera,

no siempre se podría mantener constante la rentabilidad del concesionario mediante el ajuste periódico de precios. Así pues, había que revisar el párrafo 34. En respuesta a esos planteamientos, se indicó que la cuestión de la regulación de tarifas era muy compleja y que el examen que se hacía en el proyecto de capítulo únicamente tenía por objeto ilustrar los principales métodos para calcular la rentabilidad según el tipo de infraestructura. Se reconoció, sin embargo, que las notas estaban comprimidas y que tal vez deberían ser más explícitas. Se sugirió que en las revisiones se indicara la complejidad del asunto y la importancia de que hubiera una demanda continua para garantizar la continuidad de la explotación.

190. Se sugirió que en el párrafo 38 se indicaran las consecuencias que podrían tener para las decisiones del sector privado sobre inversiones las diversas opciones normativas que se mencionan.

191. Se indicó que la vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario podría estar a cargo del órgano regulador, no de la autoridad contratante, y que se debería revisar el inciso b) de la recomendación 5 en consecuencia.

192. Se sugirió que, habida cuenta de que en algunos ordenamientos jurídicos únicamente pueden dictar normas los órganos legislativos, se revisara en consecuencia la oración del párrafo 45 en que se indica que se podrá autorizar al concesionario a dictar normas que rijan la utilización de las instalaciones por el público. Se indicó que la aprobación de las normas de explotación propuestas por el concesionario con frecuencia era una cuestión de reglamentación que incumbía al Estado. Se opinó que había ciertos principios de los cuales el concesionario no se debería poder apartar. Por otra parte, en los párrafos 42 a 46 se planteaban cuestiones relativas a la protección de los usuarios y los consumidores, ya que el concesionario no tendría la facultad de limitar unilateralmente su responsabilidad ni el alcance de sus cometidos generales con respecto al servicio público.

193. Según otra opinión, en los casos en que las instalaciones fueran de propiedad y explotación privadas, el dueño o el proveedor debería tener derecho a establecer, preferiblemente por contrato, las condiciones de uso por terceros. Se aconsejó actuar con cautela en lo que respecta a sugerir que el derecho de aprobación en esas circunstancias pertenece únicamente al órgano regulador. También se sugirió que el derecho de aprobación que se menciona en la recomendación 6 debería estar basado en condiciones objetivas.

194. En general se convino en que el hecho de que se mencionara la facultad del concesionario de dictar normas para regular el uso de las instalaciones por parte del público no significaba que se transfirieran al concesionario potestades reglamentarias ni funciones inherentes al Estado, si bien se reconoció que esta última noción evolucionaba constantemente.

195. Se convino en que en el párrafo 45 se debería reemplazar el término “discrecional” por el término “arbitrario”.

Fianzas de cumplimiento y seguros (recomendación legislativa 7 y párrafos 47 a 58)

196. En respuesta a una sugerencia, se convino en revisar el párrafo 49 a fin de mencionar la solución de controversias

en general, y no específicamente los procedimientos arbitrales.

197. Se sugirió que si se permitía que el concesionario fijara la suma pagadera en virtud de la fianza o de la carta de crédito contingente en un pequeño porcentaje del costo del proyecto, como se sugiere al final del párrafo 52, sería preciso incluir una declaración a esos efectos en el llamado a licitación.

Cambio de las condiciones (recomendación legislativa 8 y párrafos 59 a 68)

198. Se opinó que el párrafo 65 debería disponer que el licitador procurara incluir en sus documentos de licitación mecanismos de protección contra las repercusiones financieras y económicas perjudiciales de acontecimientos extraordinarios e imprevistos que no hubieran podido tenerse en cuenta cuando se negoció el acuerdo de proyecto.

199. Se sugirió modificar la última línea del párrafo 68 para aclarar más los dos diferentes puntos. Sería conveniente tanto introducir un límite en el número total de revisiones periódicas del acuerdo de proyecto cuanto establecer la suma apropiada.

Disposiciones de exoneración (recomendación legislativa 9 y párrafos 69 a 79)

200. Se sugirió añadir los términos “el concesionario” al comienzo de la última frase de la tercera oración del párrafo 72.

201. Se opinó que el significado del párrafo 73 no quedaba totalmente claro y que se debería hacer una distinción entre la exoneración de responsabilidad y la exención del cumplimiento. En respuesta a ello se señaló que el párrafo 73 se había redactado en términos generales debido a que en algunos ordenamientos jurídicos los derechos de las partes en relación con las circunstancias exonerantes estaban limitados. En unos ordenamientos, una circunstancia exonerante tenía efectos jurídicos a partir del momento en que se producía, en tanto que en otros se necesitaba un fallo previo, por ejemplo, de un organismo encargado de solucionar controversias. Se convino en que debía aclararse más el párrafo 73.

Incumplimiento y acciones (recomendaciones legislativas 10 y 11 y párrafos 80 a 91)

202. Se indicó que en el inciso *a*) de la recomendación 11 tal vez habría que explicar más la expresión “incumplimiento grave”. En respuesta a ello se señaló que la expresión se utilizaba para abarcar diferentes términos del léxico utilizado en las leyes nacionales y que se había utilizado en otros textos preparados por la Comisión.

203. Se sugirió que el texto de la última oración del párrafo 84 pasara a ser “es importante limitar el derecho de la autoridad contratante a intervenir”. También se observó que la oración anterior hacía perder el hilo del discurso y había que cambiarla de lugar.

204. Se pidieron aclaraciones acerca del significado de la expresión “aparentemente irremediable” en el párrafo 88. Se

explicó que se podía plantear la situación de que el concesionario se hubiese vuelto completamente incapaz de prestar los servicios; esa situación sería aparentemente irremediable y entrañaría el ejercicio del derecho de la autoridad contratante o de los prestamistas a intervenir. Se indicó que el derecho a intervenir únicamente se debería ejercitar en casos extremos.

205. Se pidieron aclaraciones acerca de la intención de la primera oración del párrafo 90. Se explicó que en varios países había sido necesario introducir disposiciones legislativas que autorizaran la transferencia de la concesión a una entidad designada por los prestamistas. No obstante, nada de lo establecido en los párrafos 87 a 91 tenía por objeto afectar a la prohibición general contra la transferencia de concesiones de servicios públicos que existía en algunos ordenamientos jurídicos. Para transferir la concesión a un nuevo concesionario en ejercicio del derecho de intervención de los prestamistas siempre se requería la aprobación de la autoridad contratante, circunstancia que podía destacarse en el párrafo 91.

VI. Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión (A/CN.9/458/Add.7)

Observaciones generales

206. Como comentario general, se observó que en algunos aspectos las notas sobre las recomendaciones legislativas tenían que centrarse más claramente en las cuestiones atinentes especialmente a los proyectos de infraestructura con financiación privada. Por otra parte, las consecuencias jurídicas de la expiración del plazo de la concesión, así como de la rescisión adelantada, podían diferir con respecto a cuestiones como los pagos relativos al traspaso de bienes a la autoridad contratante, circunstancia que debería reflejarse en las notas. Se propuso, pues, que al examinar el tema en el proyecto de capítulo se hiciera una distinción entre las siguientes situaciones:

a) Rescisión por impedimentos imprevistos, en la medida en que el concesionario no convenga en asumir el riesgo relacionado con el impedimento de que se trate. En ese caso, la indemnización que se deberá abonar al concesionario debería incluir el reembolso de la inversión realizada, a menos que ya se hubiese recuperado con las ganancias derivadas del proyecto (entre ellas, cualquier subsidio u otra ayuda recibida de la autoridad contratante o de las autoridades públicas), y los gastos que entrañe la rescisión. Dicha indemnización normalmente correspondería a la suma del capital invertido y la deuda pendiente, aunque no incluiría el lucro cesante;

b) Rescisión por actos de la autoridad contratante o de las autoridades públicas. En esos casos se debería abonar una indemnización análoga a la del caso anterior, aunque se podría incluir el lucro cesante;

c) Rescisión por conveniencia de la autoridad contratante. En ese caso se debería pagar una indemnización análoga a la del inciso *a)* *supra*, aunque normalmente se incluiría la indemnización por lucro cesante;

d) Rescisión por incumplimiento de la autoridad contratante. Se debería abonar al concesionario la misma indemnización que en el inciso *c)* *supra*;

e) Rescisión por incumplimiento del concesionario. En ese caso, los prestamistas normalmente tendrían que aceptar cierto grado de participación en el riesgo, y la indemnización que se debería pagar al concesionario incluiría el del valor residual de los bienes, teniendo en cuenta el monto de la inversión no recuperada, a menos que la autoridad contratante pudiera demostrar que los bienes tenían un valor inferior en el mercado. La autoridad contratante también podría demandar al concesionario por daños y perjuicios, si bien no cabría esperar que una empresa establecida especialmente para ejecutar el proyecto tuviese los medios financieros para hacer frente a esa demanda;

f) Expiración normal del plazo del acuerdo de proyecto. En ese caso se deberían devolver a la autoridad contratante todos los bienes sin cargo alguno, excepto los que no estuvieran previstos originalmente en las estimaciones iniciales del concesionario acerca de la inversión, e incluidos los que la autoridad contratante hubiese encargado al concesionario construir o adquirir en diversas oportunidades.

207. La Comisión consideró que el análisis propuesto, basado en elementos que ya figuraban en el proyecto de capítulo, servía de base a sus deliberaciones sobre el tema. No obstante, se plantearon varias dudas con respecto a las razones para distinguir entre las diversas categorías de rescisión y los niveles de indemnización propuestos en cada una de ellas.

208. En lo que respecta a la formulación de las recomendaciones legislativas, la Comisión convino en que su significado se podría aclarar más si en cada una de ellas se establecía en primer lugar el principio general y luego, según procediera, se indicaban las excepciones a ese principio.

209. Se sugirió trasladar el apartado 8 de la sección B del proyecto de capítulo IV, "El acuerdo de proyecto" (A/CN.9/458/Add.5), relativo a la duración del plazo de la concesión, al proyecto de capítulo en estudio.

210. Se opinó que el término "amortización", utilizado varias veces en el proyecto de capítulo, tenía un significado técnico en la práctica contable y que, siempre que fuera oportuno, sería preferible referirse, en cambio, a la recuperación de la inversión (véase también el párrafo 246, *infra*).

Prórroga del acuerdo de proyecto (recomendación legislativa 1 y párrafos 2 a 4)

211. Se convino en que el texto de la recomendación 1 y las notas correspondientes, en particular todo lo relativo a las circunstancias exonerantes, deberían coordinarse con la terminología utilizada en los capítulos anteriores de la guía.

212. Se opinó que la recomendación 1 parecía ser demasiado restrictiva, ya que se daba a entender que las concesiones sólo se podían otorgar con un plazo fijo. En respuesta a esto se observó que las concesiones de infraestructura con frecuencia entrañaban un elemento de monopolio y que un régimen de prórroga excesivamente generoso tal vez no estaría en consonancia con las leyes y políticas relativas a la competencia en algunos países. También era necesario establecer normas claras al respecto a fin de garantizar transparencia y en aras del interés público. Así pues, la prórroga del plazo de la concesión se debía considerar una medida que sólo se podía utilizar en circunstancias claramente definidas por la ley. Al respecto, se consideró que la expresión "cir-

cunstancias excepcionales" era vaga y se podía interpretar de diversas formas en los diferentes ordenamientos jurídicos, razón por la cual se debería evitar.

213. Se observó que la posibilidad de prorrogar el plazo de la concesión era útil como mecanismo para que el concesionario tuviese más tiempo para recuperar su inversión en los casos en que hubiese sufrido pérdidas por circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, podía inducir a error vincular esa posibilidad únicamente a situaciones en que el concesionario tuviese derecho a recibir indemnización de parte de la autoridad contratante. En la práctica podían surgir situaciones en que, incluso sin un derecho reconocido por la ley, fuera necesario prorrogar el plazo de la concesión por razones de interés público, por ejemplo, para poner término al proyecto. Por otra parte, de la formulación actual de los incisos a) y b) de la recomendación 1 parecía desprenderse que debería haber niveles diferentes de indemnización en las dos situaciones que allí se habían previsto, lo que no resultaba plenamente compatible con el texto de las notas correspondientes. En general se opinó que se deberían modificar los incisos a) y b) de la recomendación 1 de modo que se refirieran a las circunstancias en las cuales se justificaba una prórroga, sin mencionar la noción de indemnización.

214. En respuesta a una sugerencia de combinar los incisos a) y b) de la recomendación 1, se opinó que en la revisión de las recomendaciones legislativas era conveniente evitar confusiones entre las diversas situaciones que podían dar lugar a la interrupción de la ejecución del proyecto. Éstas incluían actos de las partes en el acuerdo de proyecto, actos de terceros (por ejemplo, entidades públicas del país anfitrión que no fueran la autoridad contratante) y hechos ajenos a la voluntad de cualquiera de las dos partes. Se debería actuar con prudencia para evitar dar la impresión de que sería posible prorrogar el plazo de la concesión aun cuando se tratara de situaciones imputables al concesionario.

215. Se sugirió que cuando se mencionaba la suspensión del proyecto parecía darse a entender que la prórroga del plazo de la concesión únicamente era posible en los casos en que se hubiese adoptado la decisión de suspender el proyecto. Por consiguiente, en la recomendación legislativa también deberían mencionarse las demoras en su finalización.

Rescisión por la autoridad contratante (recomendaciones legislativas 2 y 3 y párrafos 5 a 23)

216. Como comentario general, se exhortó a la Comisión a que actuara con prudencia en lo que respecta a la indemnización relativa a la rescisión por la autoridad contratante, habida cuenta de que en muchos países ese tema era objeto de controversia. Si bien en el proyecto de capítulo se podía dar una indicación acerca de los niveles de indemnización que se utilizaban en la práctica, tal vez no era conveniente intentar formular recomendaciones precisas acerca de cuáles deberían ser esos niveles en las diversas situaciones que se examinaban.

217. Se opinó que la Comisión había de considerar la pertinencia de mencionar la rescisión por conveniencia de la autoridad contratante, prevista en el inciso c) de la recomendación 2 y en los párrafos 22 y 23 de las notas correspondientes. Esa clase de rescisión aumentaba el riesgo que corrían los posibles inversionistas, lo que podría aumentar el

costo de la financiación del proyecto. En respuesta a esa inquietud se observó que en algunos ordenamientos jurídicos la posibilidad de que la autoridad contratante rescindiera unilateralmente la concesión era un principio fundamental del derecho que regía los contratos públicos. Si bien la autoridad contratante podía rescindir el acuerdo de proyecto incluso sin una decisión definitiva previa del órgano encargado de solucionar controversias (contrariamente a lo que se sugiere en el párrafo 9 de las notas), eso no significaba que el concesionario estuviese expuesto a actos arbitrarios de la autoridad contratante, ya que los actos de ésta generalmente estaban sujetos a fiscalización judicial y la rescisión unilateral requería el pago de una indemnización total al concesionario. No obstante, la Comisión convino en que en la tercera oración del párrafo 7 se podía interpretar que se fomentaba el ejercicio del derecho de rescisión unilateral por parte de la autoridad contratante, razón por la cual había que suprimirla.

218. La Comisión tomó nota de las diversas opiniones expresadas en relación con el uso de la frase “que indemnice debidamente” en el inciso *c*) de la recomendación 2 y con una posible variante del texto de esa disposición. Según una opinión, la expresión “indemnizar debidamente” era ambigua, habida cuenta de que las diversas partes interesadas podían interpretarla de diferente forma, por lo que sería preferible referirse simplemente a “indemnización”. Según otra opinión, la expresión “indemnizar debidamente” era útil, pese a su aparente ambigüedad, ya que indicaba que la indemnización que se debía al concesionario tenía que ser equitativa y no podía ser establecida en forma unilateral ni arbitraria por la autoridad contratante. Según una tercera opinión, la expresión “indemnización total” reflejaría en forma más apropiada la práctica que se seguía en varios ordenamientos jurídicos. No obstante, se plantearon objeciones a esto último debido a que la expresión “indemnización total”, que implicaba indemnización por el valor total de mercado de la empresa, no permitía el grado de flexibilidad necesario en relación con la cuestión en estudio.

219. Se recordó a la Comisión que el nivel de indemnización en el caso de rescisión por conveniencia de la autoridad contratante era una cuestión delicada en varios países, ya que se planteaban consideraciones similares a las de los casos de indemnización por expropiación o nacionalización. El lenguaje utilizado en la guía debería recoger los diversos principios rectores generales formulados en la materia, entre ellos los que figuran en las resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

220. En relación con el párrafo 13 de las notas, se sugirió que se debería mencionar la obligación de que la autoridad contratante diera aviso al concesionario cuando se hubiese comprobado que éste hubiera incurrido en incumplimiento grave de sus obligaciones. Se sugirió también que, cuando se hablaba del derecho de los prestamistas a sustituir al concesionario, se debería añadir la frase “en los casos en que éste exista”.

221. Se convino en que se debería distinguir con más claridad entre la sustitución del concesionario por una nueva entidad designada por los prestamistas y la posibilidad que se daba a los prestamistas de contratar temporalmente a un tercero para remediar el incumplimiento del concesionario, mencionadas en el inciso *b*) de la recomendación 3. Por otra parte, tanto en las recomendaciones legislativas como en las notas correspondientes se debería indicar, según procediera,

que para cualquier sustitución o contratación temporal de un tercero por lo general se requería el consentimiento de la autoridad contratante.

222. Se sugirió que se modificara el párrafo 14, dado que no todas las situaciones mencionadas en los incisos *a*) a *c*) constituían condiciones previas a la entrada en vigor del acuerdo de proyecto.

223. Se sugirió que, en el inciso *c*) del párrafo 16, la expresión “a tenor de los términos del acuerdo de proyecto” era incompatible con la mención de las obligaciones legales en la misma oración, razón por la cual había que suprimirla.

224. Se sugirió que las razones que se daban en el inciso *d*) del párrafo 18 para rescindir el acuerdo parecían reiterar las disposiciones del inciso *a*), razón por la cual los dos incisos se deberían combinar.

225. Para mayor claridad, se sugirió que el texto de la segunda oración del párrafo 19 fuera el siguiente: “En tales casos sería aconsejable elaborar mecanismos eficaces para combatir la corrupción y el soborno y para dar al concesionario la oportunidad de demandar a funcionarios del país anfitrión por solicitudes de pagos o amenazas ilegales”.

226. Se convino en que se deberían coordinar los textos de los incisos *b*) y *c*) de la recomendación 2.

227. Se opinó que, en la quinta oración del párrafo 23, la expresión “supuestos excepcionales” no proporcionaba suficiente orientación a los lectores de la guía. En consecuencia, se propuso suprimir esa expresión e insertar la frase “los casos en que” antes de la frase “una razón poderosa de interés público”, tras lo cual se debería insertar la frase “, lo que se debería interpretar en forma restringida.”

Rescisión por el concesionario (recomendación legislativa 4 y párrafos 24 a 29)

228. Se señaló que en algunos ordenamientos jurídicos no se conocía el concepto de rescisión unilateral por parte del concesionario. En esos países el concesionario únicamente podía solicitar a un tercero, por ejemplo al tribunal competente, que declarara la rescisión del acuerdo de proyecto bajo circunstancias excepcionales. En respuesta, se observó que esas limitaciones de la capacidad del concesionario para rescindir el acuerdo de proyecto no se reconocían universalmente y que, en la práctica, los posibles inversionistas podrían mostrarse renuentes a invertir en proyectos de infraestructura en jurisdicciones que limitaran su capacidad de rescindir el acuerdo de proyecto en situaciones como las mencionadas en la recomendación 4. Se indicó que, en las circunstancias descritas en los incisos *a*) y *b*) de la recomendación 4, el concesionario o los inversionistas del proyecto desearían adquirir los derechos de la parte que ha incurrido en incumplimiento. Se sugirió que, dado que ésa sería una opción atractiva para los inversionistas extranjeros, se mencionara en las notas correspondientes a la recomendación 4. En cualquier caso, no se consideró conveniente mencionar la exigencia de un fallo judicial en la recomendación 4 porque en muchos ordenamientos jurídicos eso no sería necesario.

229. Habiendo considerado las diversas opiniones expresadas, la Comisión convino en que se mantuviera la esencia de la recomendación 4 pero que, no obstante, se modificara

el encabezamiento de esa recomendación para aclarar que el concesionario podía rescindir el acuerdo únicamente en circunstancias excepcionales. Por otra parte, se convino en que en el párrafo 24 de las notas, correspondiente a la recomendación 4, se debería indicar que en algunos ordenamientos jurídicos el concesionario no tenía derecho a rescindir el acuerdo de proyecto unilateralmente, sino que únicamente tenía derecho a solicitar a un tercero, por ejemplo, al tribunal competente, que declarara la rescisión.

230. Se señaló que en el inciso *a*) de la recomendación 4, relativo al incumplimiento grave por parte de la autoridad contratante o de otro organismo público, no se daban ejemplos de incumplimiento grave, como se habían dado en la recomendación 3 en el caso de incumplimiento por parte del concesionario. Se sugirió incluir ejemplos apropiados en las notas correspondientes a la recomendación 4.

231. En respuesta a una pregunta relativa al incumplimiento grave por parte de organismos públicos que no fueran la autoridad contratante, se explicó que la clase de incumplimiento prevista en el inciso *a*) de la recomendación 4 no era únicamente el de la autoridad contratante con respecto al pago u otras obligaciones en virtud del acuerdo de proyecto, sino que también comprendía el incumplimiento de las obligaciones de otros organismos públicos frente al concesionario, por ejemplo, la obligación de proporcionar formas especiales de apoyo a éste.

232. Se sugirió que en la primera oración del párrafo 25 se añadiera el adjetivo “importante” o “apreciable” a fin de aclarar que una parte podía interrumpir el cumplimiento de sus prestaciones en el supuesto de un incumplimiento importante o apreciable de la otra parte. También se sugirió que, habida cuenta de que no todo incumplimiento daría lugar al derecho de interrumpir el cumplimiento de la prestación, sería más apropiado indicar “ciertos tipos de incumplimiento”.

233. Se sugirió que el párrafo 25 fuera más detallado a fin de especificar los procedimientos jurídicos que regirían la rescisión de los contratos a que se hacía referencia, como el requisito que existía en algunos países de que se dictaran fallos judiciales para justificar la rescisión por el concesionario. En esos ordenamientos jurídicos el concesionario no podía invocar el incumplimiento de la autoridad contratante como excusa para no cumplir sus prestaciones, como se indicaba en las notas. No obstante, prevaleció la opinión de que en las notas ya se tenían en cuenta, en forma equilibrada, las normas pertinentes de diversos ordenamientos jurídicos al respecto y que el párrafo 25 se podía dejar como estaba.

Rescisión por alguna de las partes (recomendación legislativa 5 y párrafos 30 y 31)

234. Se opinó que el inciso *a*) de la recomendación 5 era redundante y que debería incluirse en el inciso *b*) de la recomendación 4. En respuesta a esto se explicó que el inciso *a*) de la recomendación 5 se refería a impedimentos exonerantes que podían beneficiar a cualquiera de las dos partes, mientras que en el inciso *b*) de la recomendación 4 se prevenían cambios imprevistos de las circunstancias que darían únicamente al concesionario el derecho a rescindir el acuerdo.

235. Se preguntó si era necesario formular una recomendación legislativa con respecto a la facultad de las partes de rescindir el acuerdo de proyecto de común acuerdo, como se indicaba en el párrafo 31. En respuesta a esto se indicó que en algunos ordenamientos jurídicos la autoridad contratante podía carecer de la facultad de hacer algo que podría entrañar la suspensión de los servicios sin previa aprobación de una autoridad pública competente.

Traspaso de bienes a la autoridad contratante (recomendación legislativa 6 y párrafos 33 a 35)

236. Se sugirió que se modificara el párrafo 33 y que en el debate acerca del traspaso de bienes vinculados al proyecto también se incluyeran los bienes construidos por el concesionario. Se señaló que no parecían haberse incluido los bienes intangibles en el debate.

237. Se observó que en las recomendaciones 6 y 7 no se distinguía entre la expiración normal del acuerdo de proyecto al vencer su plazo y la rescisión adelantada. Según una opinión, esa diferenciación era necesaria, ya que el concesionario no tendría derecho a cobrar indemnización en los dos casos, contrariamente a lo que se sugería en las recomendaciones 6 y 7. Según otra opinión, las recomendaciones eran suficientemente claras en cuanto a la disposición de los bienes del proyecto una vez caducado el acuerdo, independientemente de la manera en que esto hubiera ocurrido.

238. Se observó que la recomendación 6 se refería a la compra por el justo precio de mercado, en tanto que la recomendación 7 se refería a un traspaso de bienes mediante la debida remuneración. Se sugirió que se utilizara una terminología homogénea.

239. Se indicó que, aun en los casos en que cabía esperar que el concesionario siguiera explotando la instalación, la autoridad contratante tal vez desearía tener la propiedad de los bienes del proyecto. Por consiguiente, se sugirió modificar el inciso *a*) del párrafo 35 en consecuencia. Se sugirió suprimir la frase “se había previsto” de la penúltima oración del inciso *b*) del párrafo 35. También se opinó que no quedaba claro y era preciso explicar lo referente a los bienes que se había previsto que estuvieran plenamente amortizados y respecto de los cuales se podría abonar un precio meramente nominal.

240. Se opinó que en la última oración del inciso *b*) del párrafo 35 el término “retención” era demasiado restringido, ya que las autoridades públicas podrían tener interés en imponer un gravamen real sin retener el bien. También se señaló que en el inciso *c*) del párrafo 35 había que hacer referencia a los incisos *a*) y *b*); los bienes que seguirían siendo de propiedad privada del concesionario serían los que no tendrían que traspasarse a la autoridad contratante en virtud del inciso *a*) del párrafo 35, ni los que podría comprar la autoridad contratante, si así lo deseara, en virtud del inciso *b*) del párrafo 35.

Traspaso de bienes a un nuevo concesionario (recomendación legislativa 7 y párrafo 36)

241. Se sugirió que se suprimieran las palabras “durante la vida del proyecto” en la última oración del párrafo 36 en

la versión inglesa. Se señaló que la primera oración del inciso *b)* no era clara, y que debía explicarse la relación entre el valor residual y los arreglos de financiación del concesionario.

242. Se sugirió aclarar el significado de la penúltima oración del párrafo 37 estipulando que los bienes se devolvieran a la autoridad contratante en condiciones de permitir el funcionamiento normal de la instalación de la infraestructura, teniendo en cuenta las necesidades del servicio.

Disposiciones financieras para el momento de la rescisión (recomendación legislativa 8 y párrafos 39 a 45)

243. Se observó que en la recomendación 8 se incluía el lucro cesante en la determinación de la indemnización que se había de abonar al concesionario en virtud del inciso *b)*, aunque no se incluía en el inciso *c)*. Se sugirió que se aplicara un criterio homogéneo en los dos incisos y en las notas correspondientes. Se señaló que los inversionistas considerarían favorablemente que en la recomendación se incluyera el lucro cesante para determinar el monto de la indemnización.

244. Se señaló que en los párrafos 37 y 38 tampoco se distinguía entre la expiración del acuerdo de proyecto y la rescisión anticipada, como se había mencionado anteriormente. Por ejemplo, el derecho de la autoridad contratante a recibir los bienes en perfecto estado de funcionamiento, mencionado en el párrafo 37, podría no ser aplicable necesariamente en el caso de rescisión.

245. Se opinó que, en la última oración del párrafo 39, la expresión “al negociar” no recogía exactamente el verdadero significado del proceso de concertación de medidas de indemnización. En los casos en que la autoridad contratante utilizaba procedimientos estructurados de licitación pública para seleccionar al concesionario, los niveles de indemnización con frecuencia podían establecerse por adelantado en el anteproyecto de acuerdo que se distribuía conjuntamente con el llamado a licitación. También se señaló que en el inciso *b)* del párrafo 39 no se mencionaba que se podía utilizar el concepto de costo de reposición para establecer el valor de las obras sin terminar.

246. Se señaló que en el párrafo 39 el uso del término “amortización” causaba algunos problemas. Según una interpretación, en la guía se utilizaba ese término para denotar únicamente la recuperación de la inversión; dado que la inversión en proyectos de infraestructura con financiación privada normalmente era una combinación de capital y deuda, la amortización del interés sobre la deuda ya estaba incluida, según esa interpretación. Se opinó que la definición del término “amortización” que se daba en la última oración del párrafo 39 parecía haberse incluido demasiado tarde y se sugirió trasladarla a una sección anterior, donde se hubiera utilizado el término “amortización” por primera vez.

247. Se señaló que, según el inciso *b)* del párrafo 41, podía ser que el concesionario saliente presentara una oferta por los bienes del proyecto que allí se mencionaban. También se señaló que se podía interpretar que el término “ofrecidos” significaba que los bienes del proyecto se entregaban a título gratuito. Se opinó que disponer que la autoridad contratante se hiciese cargo de los bienes aun cuando ello no estuviese previsto en el acuerdo de proyecto podía dar lugar a un abuso de poder, por lo que debía suprimirse toda alusión a esa idea.

248. Se observó que en el párrafo 42 la manera de calcular la indemnización no era correcta; no sería apropiado referirse únicamente a las ganancias obtenidas por el concesionario en los ejercicios financieros anteriores porque, especialmente en el caso de una rescisión anticipada, podría no haber aún ningún historial de rentabilidad. Se hizo la misma observación con respecto a la segunda oración del inciso *b)* del párrafo 45.

249. Se observó que en la última oración del inciso *a)* del párrafo 45 se mencionaba que en la práctica contractual de algunos países las entidades públicas no estaban obligadas a indemnizar por el lucro cesante al rescindir por conveniencia un importante contrato de obras. Sin embargo, se opinó que esa práctica contractual no era recomendable y que debía suprimirse la última oración del inciso *a)* del párrafo 45.

Traspaso de la instalación y medidas de transición (recomendación legislativa 9 y párrafos 46 a 58)

250. Como comentario general, se sugirió que los párrafos 46 a 58 reflejaran más claramente el hecho de que el traspaso de la instalación y las medidas de transición a que se hacía referencia deberían tener lugar muchos años después de la finalización de las obras de construcción, contrariamente a las medidas análogas que se adoptan en relación con contratos de construcción de obras industriales. También se indicó que el tema de esos párrafos, que entrañaba una variedad de consideraciones contractuales, no era pertinente únicamente al traspaso de la instalación a la autoridad contratante y, en consecuencia, debería incorporarse en el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto” (A/CN.9/458/Add.5).

251. Se observó que el traspaso de la instalación y las medidas de transición a que se hacía referencia en los párrafos 46 a 58 normalmente serían pertinentes en el contexto de la expiración normal del plazo de la concesión. En la práctica, podría haber dificultades para aplicar las disposiciones contractuales al respecto si la autoridad contratante hubiese rescindido el acuerdo de proyecto contra la voluntad del concesionario.

252. En relación con los párrafos 47 a 51, se opinó que las obligaciones relativas al traspaso de la tecnología no se podían imponer unilateralmente al concesionario y que en la práctica esas cuestiones eran objeto de extensas negociaciones entre las partes interesadas. Si bien el país anfitrión tenía un interés legítimo en obtener acceso a la tecnología necesaria para explotar la instalación, se deberían tener en cuenta debidamente los intereses y estrategias comerciales de los inversionistas privados.

253. Se señaló que el concesionario podría no estar en condiciones de emprender algunas de las medidas de transición a que se hace referencia en los párrafos 46 a 58, dado que en la mayoría de los casos se habría establecido con el único fin de ejecutar el proyecto y debería adquirir a terceros la tecnología o las piezas de repuesto correspondientes.

VII. Ley aplicable (A/CN.9/458/Add.8)

Observaciones generales

254. La Comisión tomó nota de que las secciones A y B del proyecto de capítulo eran nuevas, mientras que el contenido de las secciones C y D figuraba ya en la anterior versión

del proyecto de capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación” (A/CN.9/444/Add.2). Se informó a la Comisión de que, a raíz de las extensas deliberaciones del 31.º período de sesiones¹⁵, se habían ampliado considerablemente las secciones relativas al posible efecto de otras ramas del derecho en la ejecución con éxito de los proyectos de infraestructura con financiación privada.

255. Se expresó la inquietud de que el proyecto de capítulo fuera demasiado ambicioso. Si bien se reconoció que el desarrollo y la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada podrían verse afectados por diversas ramas del derecho, se opinó que la materia examinada en las secciones C y D era en cierta medida periférica a las cuestiones centrales que se examinaban en la vía legislativa. Se observó que, dentro del marco del proyecto de capítulo, sería difícil no sólo mencionar todas las ramas del derecho de eventual interés para estos proyectos, sino abordar alguna de ellas con la precisión y concisión debidas. Se sugirió por ello resumir las disposiciones del capítulo VII y reintroducirlas en el proyecto de capítulo I.

256. Otro parecer fue el de que el proyecto de capítulo constituía una de las partes más importantes de la guía legislativa al esbozar algunas cuestiones fundamentales propias del régimen jurídico interno que repercutirían directamente sobre la probabilidad de que un país consiguiera inversiones para sus proyectos de infraestructura con financiación privada. Se observó que el examen en las secciones C y D era indispensable para que las autoridades competentes de los países se hicieran cargo de la necesidad eventual de una reforma legislativa a este respecto y de la complejidad propia de este tipo de proyectos. Se expresó inquietud de que, de fusionarse el contenido de este proyecto de capítulo con el de alguna otra parte de la guía legislativa, se perdiera el sentido de su importancia. Se convino por ello en retener el proyecto de capítulo VII y se pasó a examinar la posibilidad de darle un título más apropiado.

257. Se opinó que el título de “Ley aplicable” se prestaba a error ya que la totalidad de la guía legislativa se ocupaba del derecho aplicable a este tipo de proyectos. En sentido contrario se opinó que el título reflejaba adecuadamente el contenido del proyecto de capítulo, a saber la determinación del tipo de normas por las que se rigen los proyectos de infraestructura con financiación privada. Otro parecer fue el de que su título sugería que el capítulo se ceñía a un examen de derecho internacional privado sobre la ley aplicable. Se sugirieron como posibles títulos los de “Derecho aplicable a los riesgos dimanantes del proyecto” y “Certeza jurídica requerida para la inversión de capital privado en proyectos de infraestructura”.

La ley aplicable al acuerdo de proyecto (recomendación legislativa 1 y párrafos 4 y 5)

258. Se expresaron dudas acerca de la finalidad y la necesidad de la recomendación legislativa 1. Se observó que, con toda probabilidad, ningún país había promulgado o podría promulgar un texto legal que reseñara todas las normas aplicables de derecho legal o reglamentario. Además, se observó que, en la medida en que el derecho interno del país anfitrión fuera aplicable al acuerdo de proyecto, no sería necesario indicar cuáles eran las normas directa o subsidiariamente apli-

cables. Además, se observó que, antes de concertar un acuerdo de proyecto, el concesionario y sus prestamistas se asesorarían jurídicamente para hacerse una idea adecuada de la normativa aplicable.

259. Se señaló, en respuesta a esas observaciones, que la recomendación legislativa no sugería que el país anfitrión había de enumerar todas las leyes directa o subsidiariamente aplicables a los proyectos de infraestructura con financiación privada. Todo país que desee promulgar un régimen legal para los proyectos de infraestructura con financiación privada tal vez desee ocuparse de las diversas cuestiones abordadas en los anteriores proyectos de capítulo de la guía legislativa en dos o más leyes especiales. Otra posibilidad sería la de que el país anfitrión presente una nueva ley sobre determinadas cuestiones que no hayan sido satisfactoriamente resueltas en las leyes o reglamentos existentes. Por ejemplo, el régimen general aplicable a los proyectos de infraestructura con financiación privada tal vez no haya previsto todos los detalles del procedimiento a seguir para la selección del concesionario sino que se limite a hacer la remisión pertinente al régimen legal aplicable a la adjudicación de contratos públicos. También puede suceder que al promulgar una ley sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, el país anfitrión juzgue necesario declarar que determinadas leyes o reglamentos no serán aplicables a este tipo de proyectos por estimar el legislador que su régimen pudiera constituir un obstáculo para su ejecución. En aras de una mayor claridad, la recomendación legislativa invita al país anfitrión a declarar, según proceda, los principales textos legales o reglamentarios que sean aplicables al acuerdo de proyecto, así como toda ley o reglamento cuya aplicación se desee excluir expresamente.

260. Tras examinar diversos de los pareceres expresados, se opinó en general que si bien las explicaciones sobre la finalidad de la recomendación legislativa pudieran ser útilmente reflejadas en las notas correspondientes a la misma, el texto en sí de la recomendación debería ser reformulado a fondo. Se sugirió sustituir la recomendación 1 por un texto que dispusiera lo siguiente: “El país anfitrión tal vez desee disponer que, salvo disposición en contrario, el acuerdo de proyecto se regirá por la ley del país anfitrión”.

261. Se expresó, no obstante, la inquietud de que la fórmula propuesta se prestara a diversas interpretaciones. Según una de ellas, cabría entender la recomendación 1 como si se tratara de una autorización legal otorgada a la autoridad contratante para convenir en que el acuerdo de proyecto se regirá por otra ley que la del país anfitrión. Otra interpretación posible sería la de que, si bien se reconoce la aplicabilidad del derecho interno del país anfitrión al acuerdo general, la recomendación legislativa I, en la nueva formulación propuesta, sugería que la autoridad contratante debía estar facultada para excluir la aplicación a dicho acuerdo de alguna norma concreta o de determinada rama del derecho. Por último, la fórmula propuesta pudiera dar a entender que sería aplicable el derecho interno del país anfitrión salvo que alguna regla del derecho internacional privado aplicable declare aplicable el derecho interno de algún otro país. Esas interpretaciones pudieran suscitar muchos problemas, en particular en ordenamientos jurídicos que no reconozcan a las entidades públicas la facultad de designar como ley aplicable a sus contratos el derecho interno de algún otro país o cuyas reglas de derecho internacional privado declaren aplicable a los contratos públicos el derecho interno del propio país.

¹⁵Ibíd., párrs. 63 a 95.

262. La Comisión tomó nota de todas estas inquietudes. No obstante, se opinó en general que la nueva fórmula propuesta para la recomendación legislativa 1 (véase el párrafo 260, *supra*) reflejaba con mayor claridad la finalidad del proyecto de capítulo que el texto actual de esa recomendación. Si bien se reconoció que la finalidad primaria del proyecto de capítulo VII no era la de tratar cuestiones de selección de la ley aplicable o de derecho internacional privado, se expresó el parecer de que se formulara la recomendación legislativa en términos que salvaguardaran el principio de la autonomía contractual. Se dijo que, en determinados supuestos, una entidad pública podría y tal vez prefiriera seleccionar como ley aplicable la de algún otro Estado. Los posibles obstáculos jurídicos a la incorporación de ese principio en algunos ordenamientos serían oportunamente examinados en las notas.

263. Se sugirió que convendría agregar una nota de cautela en el párrafo 5 precisando que, si el país anfitrión decide enumerar en alguna norma los textos legales y reglamentarios directamente aplicables a los proyectos de infraestructura con financiación privada, convendría que indicara claramente al hacerlo que esa lista no era exhaustiva. Se sugirió que tal vez convendría que esa lista no figurara en un texto legal sino en un texto de divulgación, como un folleto.

*La ley aplicable a los contratos celebrados
por el concesionario (recomendación legislativa 2
y párrafos 6 a 8)*

264. Se preguntó si la recomendación 2 (relativa a la autonomía contractual para designar la ley aplicable) y los correspondientes párrafos 6 a 8 se referían también a las garantías y seguridades públicas, a los compromisos de compra de energía o de suministro de combustible contraídos por alguna entidad pública y a los contratos entre el concesionario y los prestamistas locales. Se respondió que la libertad de seleccionar la ley aplicable a los contratos y demás relaciones jurídicas, incluidas las de las categorías mencionadas en la pregunta, estaría sujeta a las condiciones y restricciones dimanantes de las reglas de derecho internacional privado o de determinadas normas de derecho público del país anfitrión. Si bien las reglas de derecho internacional privado otorgaban a menudo considerable autonomía a las partes para seleccionar la ley aplicable a sus contratos comerciales, esa autonomía se veía restringida en algunos países para aquellos contratos o relaciones jurídicas que no fueran de índole comercial (por ejemplo, determinados contratos concertados con organismos públicos o contratos sujetos a medidas protectoras del consumidor).

265. Se sugirió reformular la segunda oración del párrafo 7. Se observó, al respecto, que los Estados partes en algunos acuerdos de integración económica regional se habían comprometido a promulgar normas de derecho internacional privado en armonía con las de los demás países en lo relativo a los contratos entre el concesionario y sus contratistas.

*Otras materias pertinentes de legislación
(recomendación 3 y párrafo 9)*

266. Se expresó el parecer de que la recomendación 3 impartía escasa orientación de fondo a los Estados, debido en particular a que intentaba abarcar demasiado terreno y a que

impartía su asesoramiento a título ilustrativo en vez de hacerlo desde una perspectiva conceptual o global. Se reconoció, no obstante, que los temas de los que se ocupaban las secciones C y D del proyecto de capítulo no se prestaban a la formulación de principios aptos para su inclusión en normas legales. No obstante, la recomendación legislativa 3 recordaba convenientemente al legislador interno que el éxito de los proyectos de infraestructura con financiación privada dependía de la idoneidad de la normativa aplicable en diversas ramas o sectores del derecho.

*Promoción y protección de las inversiones
(párrafos 10 y 11)*

267. Se sugirió que se declarara expresamente que el concesionario estaba amparado frente a todo tipo de medida de expropiación o nacionalización. La Comisión examinó la manera en que había de describirse esa protección y se convino en que la fórmula más adecuada sería la utilizada en el proyecto de capítulo IV, “El acuerdo de proyecto” (A/CN.9/458/Add.5), párrafo 25.

268. Respecto de los acuerdos de inversión bilateral mencionados en el párrafo 11, se dijo que en cierto número de países la normativa tendiente a facilitar las corrientes de inversión (que incluye normas de inmigración, de control de las importaciones, de cambio de moneda) solía consistir en leyes que a menudo, pero no siempre, estaban basadas en tratados bilaterales, por lo que convendría mencionar esa circunstancia en el párrafo 11. Se observó que la normativa protectora de las inversiones podía estar también basada en lo acordado por los Estados en tratados multilaterales.

Régimen de la propiedad (párrafos 12 a 14)

269. No se hicieron observaciones de fondo sobre los párrafos 12 a 14.

*Reglas y procedimientos en materia de expropiación
(párrafos 15 y 16)*

270. Se observó que es posible que se obtuvieran terrenos o modos de acceso a esos terrenos, tal como se describía en los párrafos 15 y 16, por procesos judiciales o administrativos de expropiación o mediante la promulgación de una ley especial al respecto. Se convino en que se revisara el texto de esos párrafos para insistir en que la necesidad de disponer de una vía expeditiva y eficiente de expropiación no permitía ignorar los derechos de los propietarios afectados. Respecto del empleo del término “expropiación”, que en algunos idiomas tenía una connotación negativa (ya que sugería una medida de confiscación sin indemnización adecuada), se convino, no obstante, en que se siguiera utilizando ya que los demás términos utilizables tenían significados técnicos peculiares en determinados ordenamientos jurídicos que serían difíciles de traducir o de difícil comprensión para el amplio público a que se dirigía la guía.

*Régimen de la propiedad intelectual
(párrafos 17 a 21)*

271. Se propuso que en el examen del régimen de la propiedad intelectual se hiciera referencia a la conveniencia de

promulgar normas penales contra las violaciones del derecho de propiedad intelectual.

272. Se propuso además que se mencionara el hecho de que algunos Estados habían promulgado leyes protectoras de los derechos de propiedad intelectual sobre el diseño de equipo y programas informáticos y que se señalara, en el contexto del examen del párrafo 18, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC), concertado bajo el patrocinio de la Organización Mundial del Comercio.

Garantías reales (párrafos 22 a 30)

273. A título de observación general, se dijo que los párrafos 22 a 30 no reflejaban adecuadamente el hecho de que, de conformidad con la tradición jurídica de determinados países, la constitución de garantías reales en el marco de proyectos de infraestructura con financiación privada (en particular respecto de bienes de propiedad pública) era objeto de restricciones destinadas a amparar el interés público. Por ello, el asesoramiento impartido en esos párrafos era incompatible con la normativa de esos ordenamientos jurídicos. Se convino en armonizar el examen de los párrafos 22 a 30 con el examen de las garantías reales en los párrafos 32 a 40 del proyecto de capítulo IV, “El acuerdo de proyecto” (A/CN.9/458/Add.5). Se convino asimismo en que el proyecto de capítulo debería reflejar el hecho de que en algunos países existían obstáculos jurídicos a la constitución de garantías reales sobre los bienes de propiedad pública por razón de la índole inalienable de ciertas categorías de bienes en esos países.

274. Se observó que los créditos o pagos relativos a la prestación de bienes o servicios por el concesionario pudieran no dimanar de un contrato concertado entre el concesionario y sus clientes sino de otras relaciones que en algunos ordenamientos jurídicos no eran tenidas por contractuales. Convendría que se tuviera en cuenta en el párrafo 28 esa circunstancia.

275. Se propuso que en el párrafo 24, posiblemente en su penúltima oración, se indicara que toda limitación de los remedios disponibles en el derecho interno del país anfitrión elevaría el costo de los préstamos otorgados a proyectos en ese país.

Derecho de sociedades (párrafos 31 a 34)

276. No se hicieron observaciones de fondo sobre los párrafos 31 a 34.

Prácticas contables (párrafo 35)

277. Se convino en que la tercera oración del párrafo 35, de mantenerse en este capítulo, debería formularse en párrafo aparte.

278. Se sugirió que, al examinar las prácticas contables, se aconsejara el recurso a los servicios de personal contable profesional o de auditores de cuentas. Se cuestionó si la noción de prácticas de contabilidad “modernas” y “generalmente aceptadas” era adecuada y si sería entendida de la misma manera en diversos países; se sugirió como posible

alternativa la de hablar de prácticas contables “actualizadas” o “internacionalmente aceptables”.

Derecho contractual (párrafos 36 y 37)

279. Se consideró que debería retocarse el texto de los párrafos 36 y 37 para reflejar el hecho de que en algunos países los contratos concertados por el concesionario no eran contratos que se rigieran por el derecho mercantil civil sino que se calificaban como contratos públicos o administrativos. El examen de los párrafos 36 y 37 debería ceñirse al derecho contractual privado, por lo que convendría reflejar esta circunstancia en el título.

Normas sobre contratos públicos y derecho administrativo (párrafos 38 a 41)

280. Se expresó apoyo por el contenido de los párrafos 38 a 41.

Régimen de la insolvencia (párrafos 42 a 44)

281. Se observó que, en algunos ordenamientos, tal vez estuviera limitada la posibilidad de que los acreedores y el deudor concertaran acuerdos por los que se diera precedencia a ciertos créditos sobre otras obligaciones contraídas por el deudor (como se señalaba en el párrafo 42), por lo que debería aclararse esa circunstancia. Se sugirió suprimir las palabras “económicamente viables”, en la segunda oración del párrafo 42. Respecto del párrafo 43, se juzgó que la palabra “prioridad” no era adecuada para describir la relación entre el administrador de la insolvencia y los acreedores.

Derecho tributario (párrafos 45 a 50)

282. Se observó que, en algunos ordenamientos jurídicos, la presión tributaria podría variar de un año a otro al variar las condiciones sociales. En algunos países, los inversionistas podrían verse favorecidos por circunstancias económicas que permitieran aligerar la presión tributaria. Se sugirió, por ello, que se enmendara la redacción del párrafo 46, que insistía en la importancia de la estabilidad y predecibilidad del régimen fiscal, para reflejar esa posibilidad.

Protección ambiental (párrafos 51 a 54)

283. Se observó que la importancia global de la legislación protectora del medio ambiente había sido examinada en otros lugares del proyecto de guía legislativa, por lo que convendría centrar el proyecto de capítulo en las medidas que cabría decretar en esas leyes para reducir los riesgos percibidos para la inversión en proyectos de infraestructura con financiación privada. Se observó que, además de los instrumentos internacionales mencionados en el párrafo 51, debería hacerse también referencia a diversos instrumentos regionales. Se sugirió además que se mencionara la necesidad de efectuar estudios sobre las repercusiones ambientales de cada proyecto y las ventajas que ello reportaría. Se propuso suprimir el párrafo 54, que se opinó que abordaba cuestiones sensibles de política interna, ya que no era necesario en el contexto de este proyecto de capítulo.

Leyes de protección del consumidor (párrafo 55)

284. Se observó que un único párrafo constituía un trato bastante somero de la legislación protectora del consumidor, particularmente si se comparaba con el espacio dedicado a otras ramas o sectores del derecho abordados en el proyecto de capítulo. Se observó que el legislador era cada vez más sensible a estas cuestiones, particularmente en algunas regiones. Se sugirió que se hicieran remisiones internas a las disposiciones del proyecto de capítulo VIII, “Solución de controversias” (A/CN.9/458/Add.9), que preveían posibles soluciones para las controversias con consumidores. Se sugirió además que la referencia al derecho del concesionario de interrumpir los servicios a los clientes que “no los paguen” podría ser formulado en términos menos hirientes.

Medidas contra la corrupción (párrafos 56 a 58)

285. Se sugirió invertir el orden de los párrafos 56 y 57. Se sugirió asimismo incluir entre las medidas adoptadas la de tipificar como delitos los actos de corrupción, soborno y demás prácticas ilícitas, por su innegable valor disuasorio. Se observó que la segunda oración del párrafo 56, que pedía que se “examinaran” las normas que rigen el funcionamiento de las autoridades contratantes y la supervisión de los contratos públicos, podía conllevar una connotación negativa en algunos idiomas, por lo que convendría reformularla. Se sugirió que si se habían de abordar en el párrafo 58 las iniciativas regionales convendría abordar las de todas las regiones.

Acuerdos internacionales (párrafos 59 a 63)

286. Se sugirió añadir al párrafo 59 la frase “así como de otros acuerdos internacionales mencionados a lo largo del proyecto de guía legislativa” con miras a evitar que el examen subsiguiente de algunos acuerdos internacionales no pareciera excluir otros tipos de acuerdos internacionales. Se sugirió que se mencionaran también los acuerdos regionales.

VIII. Solución de controversias (A/CN.9/458/Add.9)*Observaciones generales*

287. A título de observación general se dijo que, si bien era cierto que la información básica acerca de los métodos de solución de controversias resultaba útil (en particular acerca de aquellos métodos que no eran muy conocidos o que se habían formulado recientemente), el proyecto de capítulo debería ajustarse más a los proyectos de infraestructura con financiación privada e inspirarse en las experiencias prácticas de varios países. Se expresó la opinión generalizada de que si las deliberaciones no se ajustaban suficientemente al tema de la guía y eran más concisas los mensajes críticos transmitidos a los legisladores no serían suficientemente conspicuos.

288. Se hicieron declaraciones en el sentido de que el proyecto de capítulo debía referirse a las fases de un proyecto de infraestructura con financiación privada y a los distintos métodos de solución de controversias que resultaban adecuados para cada fase o que probablemente se aplicarían en cada una de ellas. Se sugirió que el proyecto de capítulo examina-

ra distintos métodos de solución de controversias desde el punto de vista de la forma en que pudieran contribuir a la ejecución de proyectos sin tropiezos y la prevención de controversias en toda la extensión de la palabra.

289. En la medida en que las reclamaciones contra decisiones de órganos reguladores se abordaran en el proyecto de capítulo, se sugirió que el capítulo abordara también la cuestión de la utilización de mecanismos extrajudiciales de solución de reclamaciones como las juntas de expertos, los órganos consultivos o el arbitraje.

290. Se observó en general que algunos países, en particular aquellos en que los contratos entre la autoridad contratante y el concesionario se consideraban contratos administrativos, imponían por tradición amplios límites a la libertad para someterse al arbitraje. Si bien era cierto que se habían implantado algunas excepciones a tales límites, esas excepciones, al menos en algunos de esos países, típicamente estaban estrechamente circunscritas por la legislación o se basaban en un tratado. Además, la existencia de esas excepciones no alteraba el principio de que los proyectos de infraestructura con financiación privada se consideraban contratos administrativos y, por lo tanto, las controversias emanadas de esos contratos no eran susceptibles de arbitraje. Se declaró que el proyecto de capítulo debería reflejar adecuadamente la posición de esos ordenamientos jurídicos.

291. Por lo que se refiere al arbitraje como método de solución de controversias, se afirmó que el proyecto de capítulo parecía subestimar las posibles dificultades de ese método, como el costo potencialmente elevado del procedimiento, la posibilidad de retrasos o las consecuencias potencialmente negativas del carácter confidencial del procedimiento.

292. En cambio, se recalcó que muchos inversionistas consideraban que el hecho de que el acuerdo de proyecto contuviera una cláusula de arbitraje constituía una garantía de que toda controversia se resolvería eficiente y equitativamente y que, como esa garantía se consideraría a menudo como una condición crucial para atraer capital privado a los proyectos, la autoridad contratante debería gozar de la libertad para someterse a arbitraje. Además, se sugirió que el proyecto de capítulo hiciera mayor hincapié en la libertad de elegir el lugar de arbitraje (en el país anfitrión o en otro lugar, lo que tendría consecuencias en lo relativo a la posibilidad de que los tribunales del país anfitrión intervinieran en el procedimiento arbitral), la libertad de elegir árbitros y el carácter confidencial del procedimiento. Se añadió, no obstante, que, a primera vista, el lugar en que se realizaba el proyecto era más apropiado como lugar de arbitraje (porque las pruebas se encontraban allí y porque el costo del procedimiento sería con toda probabilidad más bajo en ese lugar).

293. Se sugirió que el proyecto de capítulo estableciera una distinción entre el arbitraje “nacional” (es decir, el arbitraje entre personas cuyos establecimientos se encontraran en la jurisdicción en que tuviera lugar el arbitraje) y arbitraje “internacional” (es decir, el arbitraje entre personas cuyos establecimientos se encontraran en jurisdicciones distintas o el arbitraje que por otro motivo se considerase internacional); esa distinción y sus consecuencias resultaban pertinentes en jurisdicciones en que se aplicaban diferentes disposiciones legislativas al arbitraje nacional y al internacional. Asimismo, debería hacerse más hincapié en el mecanismo de solución de controversias del Centro Internacional de Arreglos

de Diferencias relativas a Inversiones, creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Washington, D.C., 1965).

Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario (recomendación 1 y párrafos 4 a 64)

294. Por lo que se refiere al inciso *a*) de la recomendación 1, se dijo que no estaba claro el significado de la expresión “innecesarias” y que se debería suprimir. Si bien se expresó cierto apoyo por su supresión, se hicieron declaraciones en el sentido de que la expresión trataba de indicar, correctamente, que el consejo de suprimir limitaciones legales de la libertad de la autoridad contratante para someterse a los mecanismos de solución de controversias se ceñía a aquellas limitaciones que se consideraban innecesarias con arreglo a la evaluación soberana del país anfitrión; así pues, una formulación más clara era preferible a la supresión.

295. Por lo que se refiere a los incisos *b*) y *c*) del párrafo 2 de las notas, se señaló que en algunos ordenamientos jurídicos algunos de los temas citados en ellos tal vez no fueran considerados contratos ni acuerdos comerciales (por ejemplo, el pago de un derecho por la utilización de una carretera de peaje o los contratos concertados por la autoridad contratante).

296. Se sugirió que el párrafo 8 mencionara que el procedimiento arbitral podría basarse también en una disposición legal y no, como era típico, en un acuerdo de arbitraje. También se afirmó que era preciso matizar la declaración sobre la ejecutoriedad de los laudos arbitrales con una explicación de que en algunas jurisdicciones se precisaba una decisión judicial (*exequatur*) y que la ejecución venía precedida de la verificación, aunque limitada, de que no se habían violado determinados principios fundamentales de orden público.

297. Se puso en tela de juicio que los párrafos 11 y 12 (relativos a la negociación) fueran necesarios. Por lo que se refiere a la solución de desacuerdos por un perito árbitro o una junta de examen de controversias (párrafos 21 a 29), que era habitual en contratos de construcción, se sugirió que podría estudiarse la experiencia de la utilización de esas técnicas de solución de controversias durante el período posterior a la construcción por lo que se refiere a su aplicabilidad durante la ejecución del acuerdo del proyecto. Se pidió que en el párrafo 23 se aclarara la naturaleza jurídica de una decisión del perito árbitro o de una junta de examen de controversias.

298. Se hizo cierto número de declaraciones relativas a la cuestión de la inmunidad soberana, de la que se ocupaban el inciso *b*) de la recomendación 1 y los párrafos 51 a 55. Se dijo que los inversionistas consideraban que la cuestión de si el gobierno anfitrión o la autoridad contratante podía alegar la inmunidad soberana (ya fuera para denegar la jurisdicción o como excepción a la ejecución del laudo) era una de las cuestiones básicas. Por lo que se refiere a la postura de los gobiernos, se declaró que consideraciones de orden público dictaban que no se renunciase automáticamente a la inmunidad soberana o que la renuncia, de haberla, quedara a discreción del gobierno. Se expresó la opinión de que la guía no debería ocuparse de una cuestión tan delicada acerca de la cual no se podía obtener un resultado claro; si había que tocar el tema, la guía no debería contener sugerencias.

Con arreglo a otra opinión, había necesidad de revisar las leyes nacionales sobre esa cuestión ya que lo que se necesitaba era la claridad; en particular, los inversionistas necesitaban que quedara claro si se consideraba que la autoridad contratante, que asumía obligaciones por el hecho de concertar el acuerdo del proyecto, había renunciado a su inmunidad. Por lo que se refiere a la formulación del inciso *b*) de la recomendación 1, fue objeto de crítica por ser poco clara acerca de su objetivo o por ser demasiado intrusiva en este punto políticamente delicado. Ahora bien, se consideró que, habida cuenta del hecho de que los inversionistas necesitaban que hubiera claridad acerca de ese punto y teniendo presente que no se había llegado todavía a una solución armonizada de la cuestión, el objetivo y la tendencia de la recomendación no deberían consistir en sugerir ninguna solución concreta, sino meramente exhortar a los Estados Miembros a que esclareciesen, en la medida de lo posible, en qué consistía la ley sobre la inmunidad soberana en el Estado. Se añadió que era preciso esclarecer varios aspectos de la cuestión, entre ellos si la inmunidad se hacía extensiva a foros extranjeros o nacionales.

Solución de controversias comerciales (recomendación legislativa 2 y párrafos 65 a 76)

299. Se sugirió que el título de la recomendación 2 podía inducir a confusión y que se enmendara para indicar que se ocupaba de la solución de controversias que emanaban entre el concesionario y entidades distintas de la autoridad contratante.

300. Se expresó preocupación tanto sobre el fondo como sobre la forma de los párrafos 60 a 64, que se ocupaban del procedimiento judicial. Se opinó que las deliberaciones, tanto por su extensión como por su tono, no guardaban un equilibrio suficiente con las deliberaciones que se ocupaban de otros mecanismos de solución de controversias en el resto del proyecto de capítulo. Si bien el tratamiento de otras vías, como el arbitraje, por ejemplo, incluía una explicación de dicho mecanismo, no se brindaba una descripción análoga del procedimiento judicial. Además, esos párrafos parecían dar a entender que el procedimiento judicial no era un buen enfoque para la solución de controversias. Se sugirió que esos párrafos se redactaran de una forma más sutil. En respuesta a la observación de que estaba fuera de lugar sugerir en el párrafo 62 que el poder judicial del país anfitrión tuviera prejuicios favorables a la autoridad contratante, se señaló que el sentido que se pretendía era el de que a las partes en el acuerdo de proyecto les podía preocupar ese aspecto.

301. Se sugirió que en la futura revisión del párrafo 65 tal vez se deseara tener presente la determinación de lo que constituye un contrato comercial. Se puso como ejemplo un contrato de suministro de combustible por un organismo gubernamental en relación con el cual resultaba pertinente una determinación de esa índole. También se opinó que no sería conveniente entablar deliberaciones en este proyecto de capítulo sobre el significado de un contrato comercial o de una controversia comercial, el cual variaba considerablemente según el ordenamiento jurídico de que se tratara.

302. Se observó que los “instrumentos sociales”, expresión que aparecía en el encabezamiento del párrafo 67 y que se consideró poco clara, no solían prever la conciliación.

También se sugirió que se aclarase la expresión “voluntaria”, ya que daba a entender que existía la conciliación tanto “voluntaria” como “involuntaria”.

303. Se sugirió que el contenido del párrafo 69, que describía los contratos de construcción, no estaba relacionado específicamente con la solución de controversias. También se sugirió que en el examen de los contratos de construcción se deberían mencionar los sistemas de solución de controversias desarrollados por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC).

*Controversias que afecten a otras partes
(recomendaciones legislativas 3 y 4 y párrafos 77 a 82)*

304. Se señaló que los que podrían considerarse “consumidores” de los servicios o productos que produjera un concesionario podían ser bastante diferentes. En determinada situación, el consumidor podría ser una sola empresa de servicios de utilidad pública propiedad del gobierno que comprara energía o agua al concesionario; en otra situación, los consumidores podrían ser varios miles de usuarios particulares de una carretera de peaje. El tipo de mecanismos de solución de controversias que se eligiera tendría que ajustarse adecuadamente a cada situación. Se indicó que, aunque se hacía esa distinción en las notas, era preciso incorporarla a la recomendación 3.

305. Se expresó la opinión de que, a medida que los proyectos de infraestructura con financiación privada crecieran en cuanto a número y volumen, las controversias con los consumidores resultarían más frecuentes y darían lugar a una mayor necesidad de mecanismos de solución de controversias. Se opinó que la recomendación 4, que abordaba este asunto, era importante, pero que la cuestión se glosaba con demasiada brevedad en las notas de acompañamiento.

306. Otra opinión sostuvo que sería importante que los consumidores tuvieran derecho a recurrir a los tribunales para la solución de tales controversias. Se consideró conveniente que el país anfitrión promulgara legislación en la que se incluyeran disposiciones contra el fraude al consumidor y la falsa publicidad, y que reconociera y permitiera que los organismos de protección del consumidor pudiesen iniciar un litigio.

307. Entre las cuestiones que se sugirieron para un examen más a fondo figuraban las siguientes: la relación entre los órganos reguladores y el procedimiento arbitral y el tratamiento de la información confidencial divulgada durante la solución de una controversia con un órgano regulador público.

III. COMERCIO ELECTRÓNICO

A. Proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas

308. Se recordó que en 1997 la Comisión, en su 30.º período de sesiones, había confiado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico que preparara un régimen uniforme sobre las cuestiones jurídicas relacionadas con las firmas numéricas y las entidades certificadoras. Con respecto a la forma y al alcance exacto de ese régimen, en ese período de se-

siones se convino en general en que no podía adoptarse ninguna decisión en una etapa tan temprana del proceso. Además, se estimó que si bien podría ser apropiado que el Grupo de Trabajo centrara su atención en las cuestiones relativas a las firmas numéricas dada la función predominante aparentemente desempeñada por la criptografía de clave pública en la práctica más reciente del comercio electrónico, el régimen uniforme que se preparara debía atenerse al criterio de neutralidad respecto de los medios técnicos utilizables adoptado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Así pues, el régimen uniforme no debía desalentar el recurso a otras técnicas de autenticación. Además, al ocuparse de la criptografía de clave pública, tal vez sería preciso que el régimen uniforme acomodase diversos grados de seguridad y reconociese los diversos efectos jurídicos y grados de responsabilidad correspondientes a los distintos tipos de servicios prestados en el contexto de las firmas numéricas. Respecto de las entidades certificadoras, si bien la Comisión reconoció el valor de las normas de fiabilidad fijadas por el mercado, predominó el parecer de que el Grupo de Trabajo podría considerar el establecimiento de un conjunto de normas mínimas que habrían de cumplir las entidades certificadoras, particularmente cuando se solicitase una certificación de validez transfronteriza¹⁶.

309. En su 31.º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo, en su labor de preparación de un proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas, realizada durante sus períodos de sesiones 31.º y 32.º, había experimentado patentes dificultades para llegar a un entendimiento común de las nuevas cuestiones jurídicas emanadas del creciente uso de las firmas numéricas y otras firmas electrónicas. Se observó asimismo que aún estaba por lograrse un consenso en cuanto a la forma en que podrían abordarse esas cuestiones en un marco jurídico internacionalmente aceptable. Sin embargo, la Comisión estimó en general que los progresos alcanzados hasta la fecha indicaban que el proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas se estaba conformando poco a poco en una estructura viable. La Comisión reafirmó la decisión adoptada en su 30.º período de sesiones con respecto a la viabilidad de preparar dicho régimen¹⁷ y expresó su confianza en que el Grupo de Trabajo pudiese lograr mayores progresos en su 33.º período de sesiones (Nueva York, 29 de junio a 10 de julio de 1998) sobre la base del proyecto revisado preparado por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.76). En el contexto de ese debate, la Comisión tomó nota con satisfacción de que en general se había reconocido que el Grupo de Trabajo era un foro internacional particularmente importante para el intercambio de opiniones sobre las cuestiones jurídicas relacionadas con el comercio electrónico y la búsqueda de soluciones al respecto¹⁸.

310. En su actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de sus períodos de sesiones 33.º y 34.º (A/CN.9/454 y 457). La Comisión expresó su agradecimiento por los esfuerzos des-

¹⁶Ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/52/17)*, párr. 250, e *ibíd.*, *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17)*, párr. 207.

¹⁷Ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/52/17)*, párrs. 249 y 250.

¹⁸Ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17)*, párr. 208.

plegados por el Grupo de Trabajo con miras a preparar el proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas. Si bien en general se convino en que durante esos períodos de sesiones se habían logrado progresos considerables en la comprensión de las cuestiones jurídicas relativas a las firmas electrónicas, también se estimó que el Grupo de Trabajo había afrontado dificultades para formar un consenso con respecto a la política legislativa en que debía basarse el régimen uniforme.

311. Se expresó la opinión de que el enfoque que actualmente adoptaba el Grupo de Trabajo no reflejaba en forma suficiente la necesidad comercial de flexibilidad en la utilización de las firmas electrónicas y otras técnicas de autenticación. Según esa opinión, el régimen uniforme tal como ahora lo concebía el Grupo de Trabajo hacía demasiado hincapié en las técnicas de la firma numérica y, en la esfera de la firma numérica, en una aplicación específica de ésta que requería la certificación de terceros. Por tanto, se sugirió que la labor del Grupo de Trabajo respecto de las firmas electrónicas se limitase a las cuestiones jurídicas de la certificación de validez transfronteriza o se aplazara completamente hasta que las prácticas del mercado se hubiesen establecido con mayor claridad. Se expresó una opinión conexas en el sentido de que, para los fines del comercio internacional, casi todas las cuestiones jurídicas emanadas de la utilización de las firmas electrónicas ya estaban resueltas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Si bien se requería cierto grado de reglamentación con respecto a algunos usos de las firmas electrónicas que rebasaban el ámbito del derecho comercial, el Grupo de Trabajo no debía desempeñar ninguna función de reglamentación.

312. Según la opinión ampliamente predominante, el Grupo de Trabajo debía continuar su tarea sobre la base de su mandato original (véase el párrafo 308, *supra*). Con respecto a la necesidad de contar con un régimen uniforme para las firmas electrónicas, se explicó que en muchos países las autoridades gubernamentales y legislativas que estaban preparando legislación sobre cuestiones relativas a las firmas electrónicas, incluido el establecimiento de infraestructuras de clave pública (ICP) u otros proyectos sobre cuestiones estrechamente relacionadas con éstas (A/CN.9/457, párr. 16), esperaban que la CNUDMI les brindara orientación. En cuanto a la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de concentrarse en las cuestiones y la terminología relativas a las ICP, se recordó que si bien la interacción de relaciones entre los tres tipos de partes distintas (a saber, los titulares de las claves, las entidades certificadoras y las partes confiantes) correspondía a un posible modelo de ICP, otros modelos eran concebibles, por ejemplo, cuando no participara una entidad certificadora independiente. Una de las principales ventajas que podrían obtenerse si se centrara la atención en las cuestiones relativas a las ICP era facilitar la estructuración del régimen uniforme mediante la referencia a tres funciones (o papeles) con respecto a los pares de claves, a saber, la función del emisor (o suscriptor) de la clave, la función de certificación y la función de confianza. Se convino en general en que esas tres funciones eran comunes a todos los modelos de ICP. Se convino también en que las tres funciones debían abordarse sin perjuicio de que las desempeñasen tres entidades distintas o de que dos de esas funciones las desempeñase la misma persona (por ejemplo, cuando la entidad certificadora fuese asimismo parte confiante). Además, se estimó en general que al centrar la atención en las funciones

típicas de las ICP y no en un determinado modelo podría facilitarse la elaboración de una norma plenamente neutral respecto de los medios en una etapa ulterior (A/CN.9/457, párr. 68).

313. Tras un debate, la Comisión reafirmó sus decisiones anteriores en cuanto a la viabilidad de preparar un régimen uniforme (véase el párrafo 309, *supra*) y expresó su confianza en la posibilidad de que el Grupo de Trabajo alcanzara progresos aun mayores en sus próximos períodos de sesiones.

314. En cuanto al plazo en que debía esperarse que el Grupo de Trabajo cumpliera su mandato, se sugirió que el proyecto de régimen uniforme estuviese listo para su examen y aprobación en el 33.º período de sesiones de la Comisión. La opinión predominante era que no debía establecerse ningún plazo específico. No obstante, se instó al Grupo de Trabajo a que procediera rápidamente a ultimar la formulación del régimen uniforme. En el contexto de ese debate, se exhortó a todas las delegaciones a que renovaran su compromiso de participar activamente en el logro de un consenso con respecto al alcance y el tenor del proyecto de régimen uniforme.

B. Labor futura en la esfera de las firmas electrónicas

315. Se hicieron varias sugerencias con respecto a la labor futura en la esfera del comercio electrónico para su posible examen por la Comisión y el Grupo de Trabajo una vez finalizada la elaboración del régimen uniforme para las firmas electrónicas. Se recordó que al término del 32.º período de sesiones del Grupo de Trabajo se había propuesto que el Grupo de Trabajo tal vez podría examinar con carácter preliminar la posibilidad de emprender la preparación de una convención internacional basada en las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI y del proyecto de régimen uniforme (A/CN.9/446, párr. 212)¹⁹. Se informó a la Comisión de que en varios países se había expresado interés por la preparación de un instrumento de esa índole.

316. Se señaló a la atención de la Comisión un proyecto de recomendación aprobado el 15 de marzo de 1999 por el Centro para la Facilitación de los Procedimientos y Prácticas para la Administración, el Comercio y el Transporte (CEFACT) de la Comisión Económica para Europa (CEPE) de la Secretaría. En ese texto se recomendaba que la CNUDMI considerara las medidas necesarias para garantizar que toda referencia a “escrito”, “firma” y “documento” en las convenciones y los acuerdos relativos al comercio internacional abarcara la utilización de equivalentes electrónicos. Se expresó apoyo con respecto a la preparación de un protocolo global para enmendar los regímenes sujetos a tratados multilaterales a fin de fomentar un mayor uso del comercio electrónico.

317. Entre otras cuestiones que se sugirieron en el contexto de la labor futura cabe mencionar las siguientes: derecho transaccional y contractual relativo a medios electrónicos; transferencia electrónica de derechos sobre bienes corporales, transferencia electrónica de derechos intangibles; derechos respecto de datos y programas electrónicos (posible-

¹⁹Ibíd., párr. 209.

mente en cooperación con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; condiciones normalizadas para la contratación por medios electrónicos (posiblemente en cooperación con la Cámara de Comercio Internacional y el Internet Law and Policy Forum); derecho y jurisdicción aplicables (posiblemente en cooperación con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado), y sistemas de solución de controversias en línea²⁰.

318. La Comisión tomó nota de las propuestas antes mencionadas. Se decidió que una vez terminada su labor actual, a saber, la preparación de un proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas, cabría esperar que el Grupo de Trabajo, en el contexto de su función general de asesoramiento en materia de comercio electrónico, examinara algunas o todas las cuestiones citadas, así como cualesquiera otros temas, con miras a formular propuestas más específicas respecto de la labor futura de la Comisión.

IV. LA CESIÓN DE CRÉDITOS CON FINES DE FINANCIACIÓN

319. Se recordó que la Comisión había examinado los problemas jurídicos en materia de cesión de créditos en sus períodos de sesiones 26.º a 28.º (de 1993 a 1995)²¹ y que, en su 28.º período de sesiones, celebrado en 1995, había encomendado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales la tarea de preparar un régimen uniforme para la cesión de créditos con fines de financiación²².

320. El Grupo de Trabajo había comenzado su labor en su 24.º período de sesiones y había celebrado cinco períodos de sesiones en el intervalo transcurrido entre el 28.º y el 31.º período de sesiones de la Comisión. Se observó que, en su 24.º período de sesiones, se había instado al Grupo de Trabajo a que preparara un texto jurídico que permitiera aumentar la disponibilidad de crédito financiero a bajo costo (A/CN.9/420, párr. 16). Se observó también que, en sus períodos de sesiones 25.º y 26.º, el Grupo de Trabajo había decidido llevar adelante su labor partiendo del supuesto de que el texto preparado sería adoptado en forma de convención (A/CN.9/432, párr. 28) e incluiría disposiciones de derecho internacional privado (A/CN.9/434, párr. 262). Se observó además, que en su 27.º período de sesiones el Grupo de Trabajo había decidido que el régimen de prelación básico del proyecto de Convención dependería de la norma aplicable de derecho internacional privado y que la aplicación de las reglas de prelación sustantivas del proyecto de Convención dependería de que el Estado interesado hiciera remisión explícita a las mismas (A/CN.9/445, párrs. 26 y 27). En su 28.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había aprobado el contenido de los proyectos de artículo 14 a 16 aplicables a la relación entre el cedente y el cesionario, y los proyectos de artículo 18 a

22, aplicables a la relación entre el cesionario y el deudor (A/CN.9/447, párrs. 161 a 164).

321. En su 32.º período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí los informes de los períodos de sesiones 29.º y 30.º del Grupo de Trabajo (A/CN.9/455 y A/CN.9/456). Observó que, en su 29.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había aprobado el contenido del preámbulo y de los proyectos de artículo 1 1) y 2) (ámbito de aplicación), 5 g) a j) (definiciones), 18 5 bis) (pago liberatorio del deudor), 23 a 33 (prelación y reglas de derecho internacional privado) y 41 a 50 (disposiciones finales) (A/CN.9/455, párr. 17). En su 30.º período de sesiones, había aprobado el título, el preámbulo y los proyectos de artículo 1 a 24 (A/CN.9/456, párr. 18). Como resultado, se había aprobado la totalidad del texto del proyecto de Convención, con la sola excepción de su régimen de prelación sustantiva, de carácter opcional.

322. Al tiempo que señalaba que el proyecto de Convención había suscitado el interés de la comunidad comercial y financiera internacional, la Comisión expresó su aprecio por el notable progreso efectuado por el Grupo de Trabajo. Se opinó en general que el proyecto de Convención abría una vía para aumentar la disponibilidad de crédito financiero a tipos de interés más pagaderos. Se dijo que la eventualidad de que no se dispusiese en absoluto de créditos sobre la base de la cesión de créditos internacionales, o de que dichos créditos estuviesen disponibles a un costo muy elevado negociados, podía plantear graves obstáculos para el comercio internacional, dado que muchas operaciones comerciales internacionales no eran sufragables en ausencia de crédito financiero o de crédito financiero a un costo razonable. Se observó asimismo que esa situación colocaba a los comerciantes de países en desarrollo en una situación competitiva desventajosa, en la medida en que gozaban de menor acceso a créditos financieros de bajo costo.

323. Al mismo tiempo, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo no había resuelto aún ciertas cuestiones particulares como, por ejemplo: la de si el régimen de la Convención sería aplicable a las cesiones efectuadas en un marco financiero o a otras cesiones también; la de si ciertas cesiones, como las efectuadas en operaciones bursátiles o de cámara de compensación, deberían ser excluidas o simplemente tratadas de modo distinto; la de si se había de definir la ubicación de la sociedad para los fines de determinar el ámbito de aplicación del régimen de la Convención y de las reglas de prelación con referencia a su establecimiento comercial, su sede social o sus oficinas centrales; la de saber si las cláusulas de intransferibilidad insertadas en un instrumento de contratación pública deberían ser tratadas de modo distinto que esas mismas cláusulas insertadas en contratos de otra índole; la de si el orden de prelación aplicable al producto de los créditos cedidos debería ser el mismo que el aplicable a los propios créditos; la de si cabría recurrir a las reglas de derecho internacional privado para colmar toda laguna eventual en el régimen sustantivo del proyecto de Convención o para unificar el derecho internacional privado aplicable a la cesión en general (es decir, la de determinar si esas reglas serían aplicables más allá del ámbito de aplicación del proyecto de Convención); y la de determinar si convenía ampliar el régimen de prelación sustantivo o conservar su carácter de principios generales.

324. Algunos delegados expresaron pareceres sobre la manera en que esos asuntos podrían ser tratados por el Grupo de

²⁰Ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/52/17)*, párr. 251, e *ibíd.*, *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17)*, párr. 211.

²¹Ibíd., *cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17)*, párrs. 297 a 301; *ibíd.*, *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), párrs. 208 a 214, e *ibíd.*, *quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17)*, párrs. 374 a 381.

²²Ibíd., *quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17)*, párrs. 374 a 381.

Trabajo, observando en particular que: el proyecto de Convención debería ser únicamente aplicable a operaciones financieras; la práctica interna no debería ser adversamente afectada; debería obrarse con particular cautela al abordar ciertas operaciones financieras, tales como operaciones con valores derivados y operaciones de cámara de compensación, a fin de no perturbar el buen funcionamiento de ciertas prácticas; convendría reconsiderar la exclusión de las sesiones de créditos no contractuales; convendría definir adecuadamente la ubicación de una sociedad (por ejemplo, con referencia a la sede social, a sus oficinas centrales o a su establecimiento principal). Se expresó el parecer de que el proyecto de Convención debería reconocer: el principio de la autonomía contractual en lo concerniente a la relación entre el cedente y el cesionario; el principio del amparo debido al deudor en lo concerniente a la relación entre el cesionario y el deudor, y la necesidad de certeza en lo concerniente a los derechos de terceros, tales como los acreedores del cedente.

325. Respecto de la disposición del proyecto de Convención que daba al cesionario un derecho real sobre el producto de los créditos, se expresó inquietud de que tal vez fuera incompatible con principios básicos del derecho interno de algunos países. Se observó, en respuesta, que ese derecho real del cesionario sobre el producto de los créditos estaba ya reconocido en el derecho interno de muchos países, mientras que el régimen del proyecto de Convención circunscribía el reconocimiento de ese derecho a muy pocos casos (es decir, al supuesto de que el cedente hubiera recibido el pago en metálico efectuado en nombre del cesionario y de que hubiera depositado el producto de esos créditos en una cuenta aparte y fácil de identificar). En todo caso, se dijo que ciertos Estados tendrían que ponderar el posible inconveniente mínimo de la novedad de esa disposición contra la notable reducción en el costo de la disponibilidad de crédito financiero que esa disposición reportaría en el contexto de operaciones de bursatilización o de descuento de facturas no declaradas. Sin entrar a examinar esas declaraciones y pareceres, la Comisión remitió el asunto al Grupo de Trabajo.

326. Respecto del alcance del proyecto de Convención, se cuestionó que el mandato del Grupo de Trabajo lo facultara para decidir que el régimen del proyecto de Convención sería aplicable a operaciones no estrictamente financieras. La Comisión reiteró, en respuesta, la índole flexible del mandato otorgado al Grupo de Trabajo en lo relativo a la determinación de la amplitud del ámbito de aplicación del proyecto de Convención.

327. En lo concerniente a la relación entre, por una parte, el régimen del proyecto de Convención y, por otra, la Convención sobre el facturaje internacional (Ottawa, 1988), el Convenio de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma, 1980) y el proyecto de Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, y sus protocolos relativos a aeronaves, equipo espacial y material rodante ferroviario ("proyecto de Convenio del UNIDROIT") que actualmente prepara un grupo conjunto del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), de la Organización de Aviación Civil Internacional y de otras organizaciones, la Comisión expresó su reconocimiento por el buen éxito de la labor del Grupo de Trabajo en orden a evitar o minimizar todo conflicto eventual entre esos instrumentos.

328. Respecto de la relación entre el proyecto de Convenio del UNIDROIT y el proyecto de Convención, la Comisión observó que, en su 30.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había examinado la manera en que cabría evitar eventuales conflictos (A/CN.9/456, párrs. 232-239). Se observó que, en ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo había señalado dos posibilidades al respecto: la de excluir la cesión de créditos dimanantes de la venta o arriendo de equipos de alto valor del ámbito de aplicación del proyecto de Convención o del ámbito de aplicación del proyecto de Convenio del UNIDROIT y, en vez de resolver el asunto por vía de exclusión, solucionar los eventuales conflictos dando preferencia a uno u otro texto, según procediera.

329. Se expresaron diversos pareceres sobre la manera por la que el Grupo de Trabajo podría resolver este asunto. Según uno de estos pareceres cabría excluir la cesión de créditos dimanantes de la venta o arriendo de equipos de alto valor del ámbito de aplicación del proyecto de Convención, ya que esos créditos formaban de hecho parte de prácticas ya establecidas de financiación de equipo. Según otro parecer, en vez de excluir ese tipo de cesiones del ámbito de aplicación del régimen de la Convención en todos los casos, con independencia de que fuera o no aplicable el proyecto de Convenio del UNIDROIT (lo que daría lugar a lagunas si el régimen del proyecto de Convenio del UNIDROIT no obtenía la difusión deseable), sería preferible dar preferencia al proyecto de Convenio del UNIDROIT respecto de esas cesiones únicamente cuando el Convenio del UNIDROIT fuera aplicable al supuesto considerado. Se sugirió a ese respecto que cabría abordar de modo distinto la cuestión de la precedencia de uno u otro texto, en el evento de un conflicto entre ellos, según cuál fuera el tipo de equipo involucrado en el supuesto considerado, ya que, en algunas prácticas de financiación de equipo, la cesión de créditos formaba parte de la financiación del equipo, mientras que ése no era el caso en algunas otras prácticas utilizadas para este fin. Según otro de esos pareceres debía examinarse también la posibilidad de excluir ciertas cesiones del ámbito de aplicación del proyecto de Convenio del UNIDROIT. La Comisión remitió el examen de esos pareceres al Grupo de Trabajo.

330. La Comisión expresó su agradecimiento por la labor efectuada y pidió al Grupo de Trabajo que prosiguiera su labor con la mayor celeridad posible a fin de que el texto del proyecto de Convención, junto con el informe del próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo, pudieran ser distribuidos a los países para que presentaran sus observaciones lo antes posible a fin de que la Comisión pudiera examinar el proyecto de Convención con miras a aprobarlo en su 33.º período de sesiones (2000). Respecto al procedimiento a seguir para la aprobación definitiva del proyecto de Convención, la Comisión observó que decidiría en su próximo período de sesiones si había de recomendar su aprobación por la Asamblea General o por una conferencia diplomática convocada al efecto por la Asamblea General.

V. SEGUIMIENTO DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE NUEVA YORK DE 1958

331. Se recordó que la Comisión, en su 28.º período de sesiones, celebrado en 1995, había aprobado el proyecto emprendido en colaboración con el Comité D de la Asociación

Internacional de Abogados para el seguimiento de la aplicación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) en las leyes nacionales²³. Se hizo hincapié en que el proyecto, tal como lo había aprobado la Comisión, se limitaba a ese fin y, en particular, no obedecía al propósito de estudiar las decisiones concretas que adoptaran los tribunales en aplicación de la Convención. A fin de poder preparar un informe sobre el tema, la Secretaría había enviado a los Estados partes en la Convención un cuestionario sobre el régimen jurídico que en esos Estados gobernaba el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

332. Hasta el presente período de sesiones de la Comisión, la Secretaría había recibido 59 respuestas al cuestionario (del total actual de 121 Estados partes). La Comisión instó a los Estados partes en la Convención que aún no hubiesen respondido al cuestionario a que lo hicieran lo antes posible o, en la medida necesaria, informaran a la Secretaría de todo nuevo acontecimiento ocurrido desde su última respuesta al cuestionario. Se pidió a la Secretaría que preparara, para un futuro período de sesiones de la Comisión, una nota en la que se presentasen las conclusiones sobre la base del análisis de la información reunida.

VI. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: POSIBLE LABOR FUTURA

A. Introducción

333. Con ocasión de su 31.º período de sesiones, la Comisión celebró el día 10 de junio de 1998 una jornada conmemorativa especial, el “Día de la Convención de Nueva York”, para celebrar el cuadragésimo aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958). Además de los representantes de los Estados miembros de la Comisión y de los observadores, participaron en este evento 300 invitados. El Secretario General de las Naciones Unidas pronunció un discurso de apertura. Además de los discursos de antiguos participantes en la conferencia diplomática en que se adoptó la Convención, destacados expertos en arbitraje hicieron exposiciones sobre materias tales como la promoción de la Convención, su promulgación y aplicación. Se hicieron también exposiciones sobre cuestiones que iban más allá del ámbito de la Convención propiamente dicha, tales como la aplicación combinada de la Convención y otros textos jurídicos internacionales sobre arbitraje comercial internacional, y las dificultades con que se ha tropezado en la práctica pero que no han sido tratadas en los actuales textos legislativos o no legislativos sobre arbitraje²⁴.

334. En los informes presentados en esa reunión conmemorativa se hicieron diversas sugerencias sobre la forma de presentar a la Comisión algunos de los problemas identificados en la práctica a fin de que ésta pudiera considerar si sería conveniente y viable realizar cualquier labor al respecto.

²³Ibíd., *quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17)*, párrs. 401 a 404, e ibíd., *quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17)*, párrs. 238 a 243.

²⁴“Ejecución de laudos arbitrales según la Convención de Nueva York: experiencia y perspectivas” (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.99.V.2).

335. En su 31.º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión consideró, a raíz de las deliberaciones habidas con ocasión del Día de la Convención de Nueva York, que sería conveniente comenzar un examen de la posible labor futura en la esfera del arbitraje en su 32.º período de sesiones en 1999. Pidió a la Secretaría que preparara una nota que sirviera de base para las deliberaciones de la Comisión²⁵.

336. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el documento A/CN.9/460, que contenía la nota solicitada. En esa nota se aprovechaban ideas, sugerencias y consideraciones expresadas en diversos contextos, tales como el Día de la Convención de Nueva York, el Congreso del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial (París, 3 a 6 de mayo de 1998)²⁶, así como en foros y conferencias internacionales, tales como la conferencia “Freshfields”²⁷. La nota examinaba algunas de las cuestiones y problemas con los que se tropezaba en la práctica arbitral a fin de facilitar las deliberaciones de la Comisión sobre la conveniencia de incluir algunas de esas cuestiones en su programa de trabajo. Las deliberaciones de la Comisión sobre esas cuestiones pueden verse *infra* (párrafos 337 a 379 y párrafo 380). Durante las deliberaciones, se mencionaron algunas otras cuestiones, posiblemente idóneas para alguna futura tarea de la Comisión (párrafos 339 y 340).

B. Observaciones generales

337. La Comisión se felicitó de la oportunidad de poder examinar la conveniencia y viabilidad de poder reanudar la elaboración de normas de derecho aplicables al arbitraje comercial internacional. Se consideró en general que había llegado el momento de evaluar la cuantiosa y favorable experiencia adquirida en la promulgación de normas de derecho interno inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), así como en la utilización del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de evaluar en un foro universal, como el de la Comisión, la aceptabilidad de ciertas ideas y propuestas presentadas para mejorar las leyes, reglamentos y prácticas aplicables al arbitraje.

338. La Comisión inició sus deliberaciones sin ninguna idea preconcebida sobre la forma definitiva que pudiera adoptar el texto cuya preparación emprendiera la Comisión. Se convino en que toda consideración relativa a la forma sería de momento provisional, dejando toda decisión definitiva para más adelante cuando ya se tuviera una idea más clara del contenido de las soluciones propuestas. La elaboración de un régimen uniforme podría, por ejemplo, adoptar la forma de un texto de rango legal (en forma de disposiciones legales modelo o de un tratado) o de un texto de rango no legal (tal como un reglamento contractual modelo). Se insistió en que si se consideraba la elaboración de un tratado internacional, ese instrumento no sería una modificación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (véanse también

²⁵*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17)*, párr. 235.

²⁶*International Council for Commercial Arbitration, Congress Series No. 9* (de próxima publicación).

²⁷Gerold Hermann, *Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration?* [se publicará en *Arbitration International*, vol. 15 (1999), No. 3.]

los párrafos 347 a 349, *infra*). Se estimó que, aun cuando no se decidiera preparar ningún texto nuevo uniforme, el examen a fondo de estas cuestiones por delegados de los principales sistemas jurídicos, sociales y económicos representados en la Comisión, y la sugerencia eventual de pautas de interpretación uniforme, constituirían una contribución importante a la práctica del arbitraje comercial internacional.

339. En diversas etapas de las deliberaciones, se mencionaron los siguientes temas, además de los ya presentados en el documento A/CN.9/460, como merecedores de ser adoptados por la Comisión como objeto de su estudio en el momento oportuno:

a) Lagunas que las partes hayan dejado en sus contratos y regulación supletoria por un tercero o por un tribunal arbitral de las cuestiones no resueltas por las partes en base a una autorización de las mismas;

b) Modificación de las circunstancias una vez concluido el contrato y posibilidad de que las partes encomienden a un tercero o a un tribunal arbitral la tarea de adaptar el contrato a las nuevas circunstancias;

c) Autonomía de las partes para hacerse representar en un procedimiento arbitral por personas que ellas hayan designado y límites eventuales a esa autonomía basados, por ejemplo, en la nacionalidad o en la pertenencia a una asociación profesional;

d) Cuestiones relativas a la interpretación de disposiciones de rango legal como las del artículo II 3) de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (o las del artículo 8 1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional), que en la práctica llevan a una solución divergente, en particular en lo relativo al mandato del tribunal i) para decidir si debe remitir a las partes a arbitraje, ii) para considerar si el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible y iii) en el supuesto de que el demandado invoque la circunstancia de que un procedimiento de arbitraje está pendiente o de que se ha emitido ya al respecto un laudo arbitral;

e) Cuestiones relativas a casos en los que se presente la sentencia de un tribunal extranjero con la solicitud de su reconocimiento o ejecución, pero contra la que el demandado invoque a título de excepción oponible i) la existencia de un acuerdo de arbitraje, ii) la apertura de un procedimiento aún pendiente o iii) el hecho de que se haya dictado un laudo arbitral previo sobre el mismo asunto. Se observó que esos supuestos no eran a menudo abordados en los tratados relativos al reconocimiento y la ejecución de sentencias judiciales extranjeras. Las dificultades surgían en particular cuando un tratado, destinado a facilitar el reconocimiento y la ejecución de sentencias judiciales, no permitía que se denegara el reconocimiento o la ejecución de esas sentencias por motivo de que la controversia objeto de la sentencia estuviera al amparo de un acuerdo de arbitraje, o estuviera siendo considerada en un proceso arbitral en curso o hubiera sido ya objeto de un laudo arbitral.

C. Examen de temas concretos

a) Conciliación (A/CN.9/460, párrafos 8 a 19)

340. En general se convino en que las tres cuestiones señaladas en la nota de la Secretaría (a saber, la admisibilidad de

pruebas presentadas en el curso de un procedimiento conciliatorio en ulteriores procedimientos arbitrales o judiciales, las funciones que un conciliador podría cumplir en ulteriores procedimientos y los procedimientos de ejecución de los acuerdos de arreglos) revestían una importancia especial y se estaban debatiendo en los círculos profesionales que se ocupaban de la solución de controversias (A/CN.9/460, párrs. 8 a 19). Se opinó en general que, además de esas tres cuestiones, cabía examinar la posible interrupción de los plazos de prescripción como resultado del comienzo del procedimiento conciliatorio.

341. Se opinó que las cuestiones relativas a la conciliación tal vez no se prestaban fácilmente a la armonización internacional por medio de legislación uniforme. Se cuestionó la conveniencia de preparar normas legislativas uniformes, habida cuenta de la preocupación general de preservar la flexibilidad de las normas que rigen la conciliación. Se indicó que la mayoría de las dificultades de procedimiento que podían surgir en materia de conciliación tal vez se podían resolver por acuerdo entre las partes.

342. No obstante, predominó la opinión de que la Comisión debería estudiar la posibilidad de preparar normas legislativas uniformes a fin de promover el uso más amplio de la conciliación. Se explicó que si bien ciertas cuestiones (como la admisibilidad de determinadas pruebas en procedimientos judiciales o arbitrales ulteriores o la función del conciliador en ulteriores procedimientos) normalmente se podían resolver remitiéndose a conjuntos de normas como el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, había muchos casos en que no se disponía de normas aplicables. Así pues, el proceso de conciliación podría beneficiarse del establecimiento de reglamentos supletorios que se aplicasen cuando ambas partes desearan una conciliación pero no hubiesen acordado el reglamento correspondiente. Además, en los países en que había incertidumbre acerca de los efectos de los acuerdos relativos a la admisibilidad de ciertas clases de prueba, una legislación uniforme podría proporcionar aclaraciones útiles. Se señaló además que, con respecto a cuestiones como facilitar la ejecución de los acuerdos de arreglos resultantes de la conciliación (es decir, su ejecución de la misma forma que los laudos arbitrales) y los efectos de la conciliación con respecto a la interrupción de un plazo de prescripción, el nivel de previsibilidad y certeza necesario para fomentar la conciliación únicamente se podría lograr mediante legislación. En general se opinó que la Comisión había de asignar máxima prioridad al examen de esas cuestiones.

343. Después del debate, la Comisión decidió encomendar el asunto a un grupo de trabajo (véase el párrafo 380, *infra*), el que debería examinar si, con miras a alentar y facilitar la conciliación, sería útil preparar modelos de disposiciones legislativas armonizadas sobre conciliación que trataran de esas y posiblemente de otras cuestiones.

b) Requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje (A/CN.9/460, párrafos 20 a 31)

344. En general se reconoció que el artículo II 2) de la Convención de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la Convención de Nueva York), que disponía que el acuerdo de arbitraje constara por escrito "en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o te-

legramas”, así como las disposiciones uniformes posteriores inspiradas en ese artículo, con frecuencia se consideraban anticuados. Así pues, el debate se centró en determinar en qué medida era necesario actualizar la Convención de Nueva York con respecto a la formación del acuerdo de arbitraje, así como la índole y urgencia de la labor que podría abordar la Comisión al respecto. Se opinó que en la mayoría de los casos las partes no tenían dificultades para cumplir los requisitos formales vigentes, que esos requisitos obligaban a las partes a considerar detenidamente la posibilidad de excluir la competencia judicial y que, por consiguiente, si algo había que hacer era limitarse a formular una guía práctica. Si bien esa opinión recibió cierto apoyo, la Comisión decidió que era necesario adoptar medidas con respecto a las cuestiones que surgieran en relación con el artículo II 2) de la Convención de Nueva York y que una de las opciones que se debían considerar era una medida legislativa.

345. En lo que concierne al alcance de la labor futura con respecto al artículo II 2) de la Convención de Nueva York, en general se opinó que tal vez habría que abordar las dos cuestiones generales señaladas en la nota de la Secretaría (A/CN.9/460, párrs. 22 a 31), a saber, el requisito de la forma escrita y sus consecuencias para los medios actuales de comunicación y comercio electrónico y las cuestiones más sustantivas relacionadas con el consentimiento de las partes respecto de un acuerdo de arbitraje que no constara en un canje de cartas o telegramas.

346. Además de esas dos cuestiones generales, se señaló que tal vez se habría de prestar atención especial a determinadas situaciones de hecho que planteaban graves problemas a los efectos de la Convención de Nueva York, entre ellas las siguientes: aceptación tácita o verbal de una orden de compra por escrito o de una confirmación de venta por escrito; un contrato concluido en forma verbal que se refiriera a condiciones generales escritas (por ejemplo, referencia verbal a una forma de salvamento); o ciertas notas de intermediarios, conocimientos de embarque y otros instrumentos o contratos por los que se transfirieran derechos u obligaciones a terceros no firmantes (por ejemplo, terceros que no eran parte en el acuerdo original). Como ejemplos de tales transferencias a terceros cabía citar: la transferencia universal de activos (sucesiones, fusiones, defusiones y adquisiciones de compañías); transferencia específica de activos (transferencia de contratos o cesión de cuentas por cobrar o de deudas, novación, subrogación, estipulación en favor de un tercero (*stipulation pour autrui*)); o, en el caso de múltiples partes, o grupos de contratos o grupos de compañías, extensión implícita de la aplicación del acuerdo de arbitraje a personas que no eran expresamente partes del mismo (A/CN.9/460, párr. 25).

347. Se expresaron diversas opiniones con respecto a la manera de actualizar la Convención de Nueva York. Según una opinión, las cuestiones relativas a la formación de la cláusula de arbitraje se deberían abordar mediante un protocolo adicional de la Convención. Se explicó que la modificación del texto del artículo II 2) o una interpretación uniforme del mismo sólo se podían lograr con el nivel de autoridad necesario mediante disposiciones con fuerza de tratado como las de la Convención de Nueva York. Si bien esa opinión recibió cierto apoyo, se expresó la preocupación de que si se intentaba revisar la Convención de Nueva York se podían poner en peligro los excelentes resultados que se habían

logrado a lo largo de 40 años de reconocimiento y ejecución internacionales de laudos arbitrales extranjeros mediante la aceptación de la Convención a escala mundial. En respuesta a esa preocupación, sin embargo, se señaló que el propio éxito de la Convención de Nueva York y su reconocimiento como norma mundial deberían facilitar a la CNUDMI la tarea de abordar una revisión limitada del texto, si esa labor fuese necesaria para adaptar sus disposiciones a la realidad cambiante de la práctica comercial, y de mantener o restablecer su prestigio en la esfera del arbitraje comercial internacional.

348. Según otra opinión, si bien no se debería intentar revisar directamente la Convención de Nueva York, se podía lograr el resultado deseado con respecto al artículo II 2) mediante legislación modelo. Ésta podía prepararse en beneficio de los legisladores nacionales con miras a sustituir las disposiciones obsoletas del artículo II 2) sobre la base de la disposición relativa a la ley más favorable del artículo VII de la Convención. Si bien esa opinión recibió cierto apoyo, se observó que esa solución sólo podría adoptarse si el artículo II 2) ya no debiera interpretarse como una regla uniforme que establecía el requisito mínimo de escritura, sino como una regla que establece el requisito máximo de forma. Se señaló que era muy dudoso que esa interpretación se pudiera aceptar de inmediato a nivel mundial y que únicamente se podría establecer al cabo de un prolongado proceso de armonización basado en el derecho casuístico. Con todo, se sugirió que la Comisión podía contribuir a acelerar ese proceso elaborando, además de legislación modelo, directrices u otro tipo de instrumento no vinculante que pudieran utilizar los tribunales como guía de la comunidad internacional para la aplicación de la Convención de Nueva York. También se sugirió que cualquier legislación modelo que se preparara con respecto a la formación del acuerdo de arbitraje podría comprender una disposición redactada con arreglo al artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías a fin de facilitar la interpretación sobre la base de principios internacionalmente aceptados.

349. También se expresó la opinión de que debería procurarse encontrar una solución intermedia para evitar tanto los supuestos peligros de reformar la Convención de Nueva York como la posible inconveniencia de basarse únicamente en armonización progresiva mediante legislación modelo e interpretación del derecho casuístico. Así pues, se sugirió que se podría considerar la posibilidad de preparar una convención independiente de la Convención de Nueva York para abordar situaciones que no estuviesen comprendidas en la esfera de aplicación de ésta, entre ellas, por ejemplo, situaciones en que el acuerdo de arbitraje no cumpliera el requisito formal establecido en el artículo II 2). Se expresó cierto apoyo en favor de esa sugerencia. No obstante, según otra opinión, la experiencia indicaba que el proceso de lograr la aprobación y la amplia ratificación de una nueva convención podía tomar muchos años y que entre tanto existiría una indeseable falta de uniformidad. Se indicó que el criterio que se sugería podía ser especialmente adecuado para abordar varias de las situaciones de hecho concretas mencionadas *supra*, que planteaban graves problemas a los efectos de la Convención de Nueva York (véase el párrafo 346, *supra*). Sin embargo, con respecto a otras situaciones (por ejemplo, la transferencia de derechos u obligaciones a terceros no firmantes), en general se opinó que lo que estaba en juego eran

cuestiones generales relativas a la esencia y validez de la transacción básica. En consecuencia, se expresaron dudas acerca de si era conveniente y factible tratar de abordar esas cuestiones en el contexto de un conjunto de disposiciones orientadas, en principio, a la formación del acuerdo de arbitraje.

350. Con respecto a establecer grados de prioridad, se indicó que, a menos que se pudiera abordar la enmienda de la Convención de Nueva York mediante un protocolo o, de lo contrario, que se pudieran preparar disposiciones con características de tratado, la labor sobre las cuestiones derivadas del artículo II 2) de la Convención de Nueva York no debería revestir prioridad, habida cuenta de que no se esperaba encontrar ninguna solución satisfactoria al respecto. Se expresó cierto apoyo en favor de esa opinión. No obstante, la opinión predominante fue que la Comisión, en esos momentos, debería reconocer que en el futuro programa de trabajo se debería asignar máxima prioridad a las cuestiones relativas a la formación del acuerdo de arbitraje y que no se debería descartar ninguno de los criterios sugeridos *supra* hasta que hubiesen sido examinados detenidamente por el Grupo de Trabajo encargado de la cuestión (véase el párrafo 380, *infra*).

c) *Posibilidad de someter a arbitraje*
(A/CN.9/460, párrafos 32 a 34)

351. Se observó que la incertidumbre sobre si los asuntos que eran objeto de ciertas controversias que podían ser resueltos por arbitraje era una cuestión que suscitaba problemas a la práctica del arbitraje comercial internacional (por ejemplo, en el supuesto de que árbitros o partes en una controversia, que fuesen extranjeros en el lugar del arbitraje, obraran en la ignorancia de que una determinada cuestión no podía ser resuelta por arbitraje o en el supuesto de que la normativa aplicable al arbitraje se expresara en términos poco claros y tanto las partes como los árbitros se sintieran inseguros de hasta qué punto la cuestión controvertida podía ser resuelta por vía de arbitraje).

352. Se expresaron pareceres de que tal vez convendría incluir en el programa de trabajo el tema de las cuestiones que cabría resolver por arbitraje o remitir al menos este tema a la Secretaría para ulterior estudio. De decidirse que se debía considerar esta cuestión, la finalidad de la labor emprendida no debía ser tanto la de conseguir la uniformidad de las soluciones dadas a esta cuestión sino la de procurar que esas soluciones fueran transparentes. Cabría orientar la labor, por ejemplo, hacia la formulación de una disposición uniforme que enunciara tres o cuatro cuestiones que por lo general no podían resolverse por arbitraje y pedir a los Estados que enumeraran a continuación de esa lista toda otra cuestión que en ese Estado no pudiera resolverse por arbitraje.

353. Se expresaron, al mismo tiempo, inquietudes de que toda lista nacional de cuestiones que no puedan resolverse por arbitraje pudiera ser contraproducente, dada su índole inflexible. Se dijo que el criterio relativo a cuestiones que podían llevarse o no a arbitraje evolucionaba constantemente (incluso a impulso de la jurisprudencia) y que algunos Estados tal vez juzgaran preferible no inmiscuirse en el asunto. Se convino en asignar a este tema una prioridad baja.

d) *Inmunidad soberana*
(A/CN.9/460, párrafos 35 a 50)

354. La Comisión tomó nota de que la cuestión de la inmunidad de los Estados seguía siendo objeto de consideración en la Comisión de Derecho Internacional, y de que, en su resolución 59/98, de 20 de enero de 1999, la Asamblea había decidido establecer un grupo de trabajo de la Sexta Comisión para que examinara, en su quincuagésimo cuarto período de sesiones, las cuestiones sustantivas pendientes relacionadas con el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, proyecto que había sido preparado por la Comisión de Derecho Internacional.

355. La Comisión pidió a la Secretaría que supervisara esa labor y que informara de los resultados de esas deliberaciones en el momento oportuno.

e) *Acumulación de procedimientos arbitrales*
(A/CN.9/460, párrafos 51 a 61)

356. Se observó que la acumulación en un solo procedimiento arbitral de dos o más causas de arbitraje no era una cuestión nueva sino que era ya una cuestión de considerable importancia práctica en el arbitraje internacional, particularmente en supuestos en los que se concertaba cierto número de contratos interrelacionados o incluso una cadena de contratos. Se sugirió, por ello, que pudiera ser conveniente estudiar la cuestión más a fondo. No obstante, las opiniones diferían en cuanto al grado de prioridad que debía darse a la cuestión. Se sugirió además que tal vez fuese conveniente que la Comisión preparara directrices para ayudar a las partes en la redacción de acuerdos de arbitraje que previeran la acumulación de causas arbitrales en un único procedimiento.

357. Según otra opinión, no sería realista esperar progresos importantes en esta esfera en la etapa actual, por lo que no convenía incluir este asunto en el actual programa de trabajo. Tras un debate, se decidió asignar a ese tema baja prioridad.

f) *Confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales*
(A/CN.9/460, párrafos 62 a 71)

358. Se observó que había dos aspectos en el tema de la confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales. Un aspecto se refería a la “privacidad” del arbitraje, reflejada en reglas, acuerdos o métodos por los que los participantes en un procedimiento arbitral tratasen de impedir que los no participantes en el procedimiento adquiriesen ciertos conocimientos de lo tratado en las actuaciones. Otro aspecto guardaba relación con el “deber de confidencialidad”, es decir, el deber de los participantes en un procedimiento de arbitraje de respetar la confidencialidad de los asuntos tratados en el procedimiento arbitral. Se observó que, si bien las cuestiones de privacidad estaban al menos en parte resueltas en los reglamentos de arbitraje, como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, las cuestiones de confidencialidad generalmente no habían sido resueltas en igual medida en los reglamentos de arbitraje o en el derecho internacional aplicable.

359. Hubo cierto apoyo en favor de que se asignara cierta prioridad a este tema. En apoyo de este parecer, se explicó que las partes en los procedimientos de arbitraje se mostraban cada vez más inquietas por la falta de reglas relativas a la confidencialidad. Se opinó que sería conveniente estudiar estas cuestiones que suscitaban cada vez más dificultades. Otro parecer fue que, si bien merecía estudio, no era éste un tema al que la Comisión debiera asignar una prioridad elevada, dada la falta de soluciones viables. A juicio de algunos era poco probable que se llegara a un acuerdo sobre este punto que fuera más allá de una regla que dispusiera que “las cuestiones sometidas a arbitraje son confidenciales salvo en la medida en que la ley exija que sean reveladas”. Prevalció el parecer de que este tema, pese a ser interesante, no era de alta prioridad.

g) *Establecimiento de reclamaciones a efectos de compensación (A/CN.9/460, párrafos 72 a 79)*

360. Se explicó que algunas veces, en un procedimiento arbitral, el demandado establecía a su vez una reclamación contra el actor, no como una reconvencción sino como una excepción de compensación. Se observó que si bien a menudo se daba por sentado que una reclamación establecida a efectos de compensación debía basarse en el mismo acuerdo de arbitraje en que se basaba la reclamación principal, existían normas (como el artículo 27 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Zurich) menos restrictivas, ya que preveían que el tribunal arbitral también era competente para conocer de la excepción de compensación incluso si la reclamación establecida a efectos de compensación no se basaba en la cláusula compromisoria.

361. Se expresaron opiniones en el sentido de que por lo general se consideraba como una norma bien fundada el que un tribunal arbitral pudiera conocer de una reclamación sólo si ésta se basaba en el acuerdo de arbitraje y que, por consiguiente, era poco probable que el examen de la cuestión resultara productivo. Se convino en que no debía otorgarse una alta prioridad al tema.

h) *Decisiones tomadas por tribunales arbitrales incompletos (A/CN.9/460, párrafos 80 a 91)*

362. Se observó que si durante un procedimiento arbitral ante un tribunal constituido por tres personas uno de los árbitros renunciaba de mala fe, quizá en colusión con una de las partes, podría resultar injusto retrasar el procedimiento para permitir que ese árbitro fuese sustituido y que en algunos casos debería permitirse que los dos árbitros restantes continuaran con el procedimiento y dictaran el laudo como tribunal incompleto. Se observó que cuanto más avanzado estuviera el procedimiento en el momento en que se producía esa renuncia, más graves serían los problemas que podrían plantearse y mayor la pérdida de recursos. Se observó que algunos reglamentos de arbitraje (como se indica en el documento A/CN.9/460) permitían, en determinadas circunstancias, que dictaran laudos tribunales incompletos.

363. Se expresaron opiniones en el sentido de que la cuestión merecía un estudio más minucioso de la Secretaría y debía ser examinada por la Comisión. Algunos oradores se pro-

nunciaron a favor de tratar la cuestión a nivel de reglamentos de arbitraje, mientras que otros opinaron que también podía considerarse la posibilidad de preparar una solución legislativa modelo. Se observó que ya existían soluciones en los reglamentos de arbitraje, así como ejemplos de soluciones legislativas. Se expresó además la opinión de que en la práctica rara vez se presentaba un caso de tribunal incompleto. Se estimó que sería poco aconsejable tratar de legislar en esa materia debido a que planteaba cuestiones delicadas y tenía consecuencias en el contexto del reconocimiento y la ejecución de un laudo dictado por un tribunal incompleto, y porque resultaría difícil lograr soluciones convenidas. Se señaló que los tribunales incompletos habían actuado incluso cuando no existía expresamente un reglamento. En tales circunstancias, hubo acuerdo en que no debía otorgarse una alta prioridad a este tema.

i) *Responsabilidad de los árbitros (A/CN.9/460, párrafos 92 a 100)*

364. Se observó que las leyes nacionales que contenían disposiciones sobre el tema pertenecían por lo general a una de dos categorías. En un grupo de leyes se establecían las condiciones de responsabilidad de los árbitros y, en algunos casos, de otros participantes (en algunos Estados de ese grupo, los árbitros se consideraban equiparados a los jueces y gozaban de inmunidades similares). En el otro grupo se adoptaba el enfoque de describir las pautas de responsabilidad (en algunos de esos países, los árbitros se consideraban semejantes a los profesionales contratados y sujetos a las mismas pautas de responsabilidad que otros profesionales). En muchos países, no existía legislación sobre la materia.

365. Se expresó la opinión de que el tema merecía un estudio más a fondo: se dijo que como había muchos países que no contaban con legislación en la materia, sería conveniente que la Comisión proporcionara soluciones modelo.

366. Otro orador sostuvo que, a la luz de los diferentes enfoques de los ordenamientos jurídicos, la cuestión no debía examinarse en la Comisión debido a que era poco probable que pudiera llegarse a un consenso acerca de una solución viable. Al tratar el tema sin poder llegar a una solución, la Comisión lo pondría innecesariamente de relieve y causaría confusión. Se convino en que no debía otorgarse una alta prioridad a este tema (que podría describirse más adecuadamente como “inmunidad de los árbitros”).

j) *Facultad del tribunal arbitral para otorgar intereses (A/CN.9/460, párrafos 101 a 106)*

367. Se observó que la facultad del tribunal arbitral para otorgar intereses era una cuestión de importancia práctica considerable que surgía con frecuencia y podía entrañar grandes sumas de dinero. Se observó también que la cuestión comprendía, además de la facultad del tribunal arbitral para otorgar intereses (que en algunos ordenamientos jurídicos, según se dijo, no estaba implícita a falta de acuerdo entre las partes), normas (principalmente relativas al derecho aplicable al fondo de la controversia) sobre cuestiones conexas como las mencionadas en el párrafo 106 del documento A/CN.9/460.

368. Se opinó que esa cuestión era importante, que convendría estudiarla más y que la ausencia de una disposición legislativa modelo constituía un problema, en particular en los casos en que ello impedía que el tribunal arbitral pudiese otorgar intereses.

369. Según otra opinión, si bien el tema merecía ser estudiado en el futuro, no revestía máxima prioridad, en particular porque esas cuestiones generalmente se abordaban en el contrato, y se debería dejar que las partes decidieran al respecto. Se indicó que si se proporcionara orientación y modelos de soluciones se facilitaría el arbitraje. Se observó, sin embargo, que en el derecho islámico el interés estaba prohibido, pero que ese hecho no impedía encontrar soluciones apropiadas para otros ordenamientos jurídicos. Se convino en que no se daría un alto grado de prioridad a esa cuestión.

k) *Costas en procedimientos de arbitraje*
(A/CN.9/460, párrafos 107 a 114)

370. En general se consideró que la cuestión de los diversos aspectos relativos a las costas del arbitraje no era urgente. Muchos reglamentos de arbitraje incluían disposiciones sobre las costas y, en su defecto, convenía que las partes resolvieran esta cuestión de común acuerdo. Se convino en que no se daría a ese tema un alto grado de prioridad.

l) *Fuerza ejecutiva de las medidas provisionales de protección* (A/CN.9/460, párrafos 115 a 127)

371. Se convino en general en que la cuestión de la fuerza ejecutiva de las medidas provisionales de protección dispuestas por un tribunal arbitral revestía una importancia práctica considerable y que en muchos ordenamientos jurídicos no se atendía en forma satisfactoria. Se consideró que las soluciones que pudiera hallar la Comisión al respecto constituirían una verdadera contribución a la práctica del arbitraje comercial internacional. Se convino en que la cuestión se debería abordar mediante legislación. Si bien se sugirió que una convención sería el instrumento apropiado para abordar ese asunto, también se expresó apoyo a la sugerencia de preparar legislación modelo.

372. En cuanto al fondo de la labor futura, se formularon varias observaciones y sugerencias. Una de ellas fue que, además de la fuerza ejecutiva de las medidas provisionales de protección en el Estado en que el arbitraje hubiese tenido lugar, también se debería considerar la fuerza ejecutiva de las medidas adoptadas fuera de ese Estado. Se indicó que, si bien la labor futura podía tener por objeto hacer que las medidas provisionales de protección tuviesen la misma fuerza ejecutiva que los laudos arbitrales, se debería tener en cuenta que las medidas provisionales de protección diferían en algunos aspectos importantes de los laudos arbitrales (por ejemplo, una medida provisional podía adoptarse *ex parte* y podía ser revisada por el tribunal arbitral a la luz de circunstancias que surgieran). En cuanto a las medidas *ex parte*, se observó que en algunos ordenamientos jurídicos éstas únicamente se podían adoptar durante un período limitado (por ejemplo 10 días), tras lo cual había que celebrar una audiencia para reconsiderarlas. Se sugirió asimismo que se estudiaría la posibilidad de que los tribunales prestaran asistencia al procedimiento de arbitraje mediante la adopción de medidas

de protección por el tribunal antes del inicio de dicho procedimiento.

373. Se convino en que se debía asignar alta prioridad a ese tema.

m) *Posibilidad de ejecutar un laudo que ha sido anulado en el Estado de origen* (A/CN.9/460, párrafos 128 a 144)

374. En general se convino en que los casos de ejecución de un laudo que ha sido anulado en el Estado de origen, aunque raros, podían ser motivo de grave preocupación, ya que daban lugar a opiniones polarizadas y, si no se encontraban soluciones armonizadas, podían afectar adversamente al funcionamiento normal del arbitraje comercial internacional. Por consiguiente, se consideró necesario que la Comisión incluyera ese tema en su programa y encomendara a un grupo de trabajo la tarea de estudiar posibles soluciones. Se mencionaron varias soluciones posibles, si bien no se examinaron detalladamente.

375. Una solución era distinguir entre normas para anular un laudo que fueran reconocidas internacionalmente y normas que no lo fueran; esa solución podía inspirarse en el artículo IX de la Convención europea sobre arbitraje comercial Internacional (Ginebra, 1961). Otra solución podía ser preparar disposiciones que complementaran y aclararan el artículo VII de la Convención de Nueva York, según el cual una parte puede procurar la ejecución de un laudo arbitral extranjero en un Estado que no sea aquel en que se dictó sobre la base de disposiciones legislativas que sean más favorables que las de la Convención de Nueva York. Se opinó que otra solución sería hacer caso omiso, a efectos de la ejecución, del propio hecho de que el laudo se había anulado. Se tomó nota asimismo de la posible utilidad de que la Comisión formulase una declaración de principios.

376. Se convino en que se debería asignar alta prioridad a ese tema.

n) *Examen y posible revisión de la Convención europea sobre arbitraje comercial internacional de 1961*

377. En lo que respecta al examen que se está llevando a cabo y a la posible futura revisión de la Convención europea sobre arbitraje comercial internacional (celebrada en 1961 en Ginebra bajo los auspicios de la Comisión Económica para Europa (CEPE)), como se menciona en la nota de la Secretaría (A/CN.9/460, párr. 6), la CNUDMI escuchó declaraciones del observador de la CEPE y de los dos vicepresidentes del grupo de trabajo oficioso especial, que con el nombre de Grupo de Trabajo sobre la Convención sobre arbitraje estableciera con ese fin el Grupo de Expertos sobre prácticas contractuales internacionales en la industria de la CEPE. Se informó a la CNUDMI de que estaba previsto que el Grupo de trabajo sobre la Convención sobre arbitraje del Grupo de Expertos sobre prácticas contractuales internacionales en la industria de la CEPE examinara la Convención europea de 1961 a fin de determinar si seguía resultando de utilidad, en qué consistía esa utilidad más allá de la de las convenciones existentes y la conveniencia de revisar esa Convención con miras a aumentar su utilidad para las actuales partes signatarias y para las posibles nuevas partes signatarias (y posiblemente con miras a su aceptación mundial), y

también que informara sobre los problemas actuales en materia de arbitraje internacional y proporcionara sugerencias acerca de la manera de abordar esos problemas y de la organización que se encargaría de esa tarea. Se invitó a la CNUDMI a que considerara la posibilidad de realizar esa labor en colaboración con la CEPE, de conformidad con su mandato de coordinación y cooperación y para evitar la duplicación de esfuerzos.

378. La CNUDMI convino en que debía evitarse una duplicación de esfuerzos innecesaria. Con ese fin, y para que no hubiera discrepancias en los resultados, se recomendaba enérgicamente una coordinación y cooperación estrechas. A fin de determinar la mejor manera de lograr esos propósitos, debían tenerse debidamente en cuenta la composición y el mandato de las organizaciones que participaran en la labor. En este contexto, se observó que todos los Estados miembros europeos y los pocos Estados miembros no europeos de la CEPE eran miembros de la CNUDMI o podían participar activamente en sus deliberaciones; la CNUDMI era el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en la esfera del derecho mercantil internacional, y la CNUDMI era la más indicada para abordar el tema del arbitraje comercial internacional, que tenía un alcance mundial. También se observó que todas las cuestiones concretas referidas principalmente o exclusivamente a determinada región podrían tratarse más adecuadamente en las respectivas organizaciones regionales pertinentes.

379. En consecuencia, la CNUDMI instó a la CEPE, en particular a su Comité de Fomento del Comercio, la Industria y las Empresas a que, al definir el mandato del Grupo de trabajo sobre la Convención sobre arbitraje del Grupo de Expertos sobre prácticas contractuales internacionales en la industria de la CEPE se concentrara en cuestiones concretas de su región o en el funcionamiento de la Convención europea de 1961 (es decir, el artículo IV y el mecanismo correspondiente) y que actuara con moderación respecto de las cuestiones de arbitraje de interés general, que serían tratadas probablemente por el Grupo de Trabajo sobre el Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI. La CNUDMI pidió a su secretaría que prestara asistencia, en el marco de los recursos existentes, al Grupo de trabajo de la CEPE en esa tarea. Se convino en que las medidas concretas que habrían de adoptarse para garantizar la futura cooperación entre las dos organizaciones deberían ajustarse conforme a la evolución de ambos proyectos.

D. Conclusión

380. La Comisión, habiendo concluido el debate y el intercambio de opiniones sobre su labor futura en la esfera del arbitraje comercial internacional, decidió encomendar la labor a un grupo de trabajo y pidió a la Secretaría que preparara los estudios necesarios. Se convino en que los temas prioritarios para el grupo de trabajo serían la conciliación (véanse los párrafos 340 a 343, *supra*), el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje (véanse los párrafos 344 a 350, *supra*), la fuerza ejecutiva de las medidas provisionales de protección (véanse los párrafos 371 a 373, *supra*) y la posibilidad de ejecutar un laudo que ha sido anulado en el Estado de origen (véanse los párrafos 374 y 375, *supra*). Se esperaba que la secretaría preparara la documentación necesaria para el primer período de sesiones del Grupo de Trabajo en

relación con dos, por lo menos, y posiblemente tres de esos cuatro temas. En cuanto a los otros temas examinados en el documento A/CN.9/460, así como los que serían objeto de la labor futura, sugeridos en el 32.º período de sesiones de la Comisión (véase el párrafo 339, *supra*), que no revestían un alto grado de prioridad, se dejarían para que el Grupo de Trabajo decidiese el momento y la forma de abordarlos.

VII. POSIBLE LABOR FUTURA EN MATERIA DE DERECHO DE LA INSOLVENCIA

381. La Comisión tuvo ante sí una propuesta presentada por Australia (A/CN.9/462/Add.1) sobre la posible labor futura en materia de derecho de la insolvencia. En la propuesta se hacía mención de recientes crisis financieras de ámbito regional y mundial y de la labor emprendida en diversos foros internacionales para responder a esas crisis. En los informes de esos foros se insiste en la necesidad de fortalecer el sistema financiero internacional en tres esferas: transparencia, responsabilidad financiera y gestión de las crisis financieras internacionales mediante sistemas financieros internos. Según estos informes la firmeza del régimen de la insolvencia y de la responsabilidad del deudor ante el acreedor eran medios importantes para prevenir o limitar las crisis financieras y facilitar reestructuración financiera rápida y ordenada de endeudamiento excesivo. La propuesta presentada ante la Comisión recomendaba que, en vista de la representatividad universal de sus miembros, del éxito de su labor previa en lo relativo a la insolvencia transfronteriza y de sus sólidos vínculos de trabajo con organizaciones internacionales que tenían experiencia e interés interesadas en el derecho de la insolvencia, la Comisión constituía un foro adecuado para abordar un tema relativo al derecho de la insolvencia. En esa propuesta se insta a la Comisión a que considere encomendar a uno de sus grupos de trabajo la tarea de preparar un régimen modelo aplicable a la insolvencia de las sociedades comerciales que fomente y estimule la introducción de un régimen eficaz de la insolvencia de las sociedades comerciales en el derecho interno.

382. La Comisión expresó su agradecimiento por esta propuesta y observó que se habían emprendido diversos proyectos en otras organizaciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Asociación Internacional de Abogados para el desarrollo de normas y principios aplicables en el régimen de la insolvencia. La Comisión tomó nota de la amplitud del objetivo de esas organizaciones, que trataban de modernizar las reglas y prácticas aplicables a la insolvencia por diversos métodos y con diverso alcance, en función de sus respectivos mandatos y de la composición de las mismas. Las iniciativas adoptadas en esas organizaciones eran prueba de la necesidad de facilitar a los Estados la tarea de reconsiderar la idoneidad de su régimen legal y de sus prácticas aplicables en materia de insolvencia. Esas diversas iniciativas requerían, no obstante, una coordinación más estrecha, cuando procediera, a fin de evitar toda ineficiente duplicación de tareas y lograr resultados sistemáticos.

383. La Comisión reconoció la importancia que para todos los países podía tener el disponer de un régimen firme de la insolvencia. Se expresó la opinión de que el tipo de régimen de insolvencia adoptado por un país había pasado a ser el

factor “de primera línea” en las evaluaciones del crédito a nivel internacional. No obstante, se expresó inquietud por las dificultades previsibles de una labor de ámbito internacional relativa al derecho de la insolvencia, que abordara cuestiones delicadas de derecho interno en las que pudiera haber diversidad de pareceres. En vista de esas dificultades, se expresó temor de que no fuera posible llevar esa tarea a feliz término. Se dijo que un régimen modelo de la insolvencia universalmente aceptable era probablemente algo imposible de conseguir, por lo que se habría de adoptar un enfoque flexible que ofreciera a los Estados diversas opciones y políticas posibles. Si bien se expresaron opiniones favorables a esa flexibilidad, la Comisión estuvo en general de acuerdo en que no cabía adoptar una decisión definitiva sobre el establecimiento de un grupo de trabajo para preparar un régimen legal modelo o algún otro texto sin examinar más en detalle la labor ya emprendida por otras organizaciones y hacer un estudio de las cuestiones pertinentes.

384. Para facilitar ese estudio ulterior la Secretaría invitó a la Comisión a que considerara la posibilidad de dedicar un período de sesiones de uno de los grupos de trabajo para determinar, a la vista de las actividades ya en marcha, lo que sería un objetivo adecuado a este respecto (una ley modelo, disposiciones modelo, un cuerpo de principios o algún otro texto) y para definir el alcance de las cuestiones que serían abordadas en el nuevo texto. Se expresó cierta diversidad de opiniones al respecto. Según uno de los pareceres, la Secretaría debería efectuar una labor más amplia de antecedentes para presentarla a la Comisión en su 33.º período de sesiones, a fin de poder decidir sobre si convenía emprender una labor sustantiva de preparación de un régimen uniforme o de algún otro texto que se recomendaría a los Estados. Según otro parecer cabía remitir esta cuestión al estudio de uno de los grupos de trabajo, que le dedicaría un período de sesiones, con el cometido de examinar las diversas cuestiones y presentar un informe a la Comisión en su 33.º período de sesiones, que se celebraría el año 2000, sobre la viabilidad de emprender alguna tarea en el campo de la insolvencia. En ese momento, la Comisión dispondría de suficiente información para adoptar una decisión definitiva a este respecto. Se insistió en que la labor preparatoria del período de sesiones de ese grupo de trabajo requeriría una cierta coordinación con otras organizaciones internacionales, que trabajaban actualmente en el campo del derecho de la insolvencia, ya que los resultados de sus trabajos constituirían un ingrediente importante para las deliberaciones tendientes a recomendar a la Comisión alguna tarea útil que cabría efectuar en esta esfera. Se observó que la importancia y la urgencia de la labor relativa al derecho de insolvencia habían sido subrayadas en diversas organizaciones internacionales y que había una amplia medida de acuerdo en que se necesitaba una labor más completa que contribuyera a la preparación y la promulgación en el derecho interno de regímenes eficaces para la insolvencia de las sociedades comerciales.

385. Prevalció el parecer en la Comisión de que uno de los grupos de trabajo destinara un período de sesiones a la preparación de una propuesta de viabilidad que se presentaría al examen de la Comisión en su 33.º período de sesiones. Posteriormente, una vez que la Comisión hubo examinado su futura labor en el campo del arbitraje (véase el párrafo 380), se decidió que el Grupo de Trabajo sobre el derecho de insolvencia celebrara un período de sesiones de carácter exploratorio del 6 al 17 de diciembre de 1999 en Viena.

VIII. JURISPRUDENCIA SOBRE TEXTOS DE LA CNUDMI

386. La Comisión tomó nota con agrado de la labor en curso en el marco del sistema establecido para reunir y difundir jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI (CLOUT). Se observó que el sistema CLOUT constituía una herramienta importante para promover la uniformidad en la interpretación y aplicación de los textos de la CNUDMI, al dar acceso a los jueces, árbitros, abogados, partes en operaciones comerciales y demás personas interesadas a las decisiones y laudos emitidos en otros foros, a fin de poderlos tener en cuenta al emitir sus propias resoluciones o dictámenes o de poder conformar su conducta a la interpretación dominante de esos textos.

387. La Comisión tomó nota de la valiosa labor de los corresponsales nacionales en orden a la reunión de decisiones judiciales y laudos arbitrales sobre estos textos y su preparación de extractos jurisprudenciales para su recopilación y distribución por la Secretaría. Se señaló, no obstante, que el grado de colaboración de los corresponsales nacionales era muy dispar, lo que se reflejaba en la cuantía de casos presentados y en la calidad de los extractos preparados. Se observó que si se mejoraba la colaboración de los corresponsales en este doble sentido mejoraría enormemente la fiabilidad del sistema CLOUT y se reduciría la necesidad de efectuar revisiones importantes de esos extractos en la Secretaría.

388. Se observó además que, si bien 58 países habían designado corresponsales nacionales, había otros 30 que no lo habían hecho. Esos países estarían legitimados para efectuar ese nombramiento ya sea por su condición de ser parte en alguna convención de la CNUDMI actualmente en vigor o por haber promulgado alguna norma legal inspirada en una ley modelo de la CNUDMI. Insistiendo en la importancia de que se informara por igual de la jurisprudencia de todos los países, la Comisión instó a los Estados que aún no lo hubieran hecho a que designaran un corresponsal nacional. Se instó a las autoridades competentes a que prestaran toda la asistencia posible a la labor de sus corresponsales nacionales.

389. Se observó además que había aumentado notablemente el número de Estados que habían prestado su adhesión a alguna convención o que habían promulgado alguna norma legal basada en una ley modelo preparada por la Comisión, y que aumentaba asimismo el número de casos que se resolvían con arreglo a esos textos. Se expresó considerable inquietud por la creciente carga de trabajo que esta tarea suponía para la secretaría de la Comisión, que difícilmente podría sobrellevarla mucho tiempo sin un notable aumento de su personal.

IX. FORMACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA

390. La Comisión tuvo a la vista una nota de la Secretaría (A/CN.9/461) en la que se reseñaban las actividades realizadas después del anterior período de sesiones y se indicaba la orientación de las actividades previstas, especialmente a la luz del aumento del número de solicitudes recibidas por la secretaría. En la nota también se señalaba que las actividades de formación y asistencia técnica normalmente se llevaban a cabo mediante seminarios y misiones de información que te-

nían por finalidad explicar las características más destacadas de los textos de la CNUDMI y los beneficios que se podían derivar de ellos si los Estados los aprobaban.

391. Según la misma nota, desde el anterior período de sesiones se habían celebrado los siguientes seminarios y misiones de información: Lusaka (20 a 22 de abril de 1998); Yaundé (27 de abril de 1998); Douala (28 a 30 de abril de 1998); Manama (12 y 13 de mayo de 1998); La Paz (18 de mayo de 1998); Cochabamba (20 de mayo de 1998); Santa Cruz (22 de mayo de 1998); Lima (25 a 29 de mayo de 1998); Baku (24 y 25 de septiembre de 1998); Ulaanbaatar (21 a 23 de octubre de 1998); Beijing (26 a 30 de octubre de 1998); Bucarest (29 y 30 de octubre de 1998); Sofía (2 y 3 de noviembre de 1998); Shanghai (4 a 6 de noviembre de 1998); Sao Paulo (16 de noviembre de 1998); Brasilia (19 y 20 de noviembre de 1998); Caracas (24 a 27 de noviembre de 1998); Ciudad de Guatemala (11 y 12 de marzo de 1999); Ciudad de México (15 a 17 de marzo de 1999); Monterrey, Nuevo León (20 de marzo de 1999), y Buenos Aires (30 de noviembre a 1.º de diciembre de 1998). La secretaría de la Comisión comunicó que se habían tenido que rechazar varias solicitudes debido a la insuficiencia de recursos y que para el resto de 1999 únicamente se podía atender a una parte de ellas, presentadas por países de África, Asia, América Latina y Europa oriental.

392. La Comisión expresó su reconocimiento a la Secretaría por las actividades realizadas desde el período de sesiones anterior y subrayó la importancia del programa de formación y asistencia técnica para fomentar el conocimiento y la aprobación más amplia de los textos jurídicos que había producido. Se indicó que la formación y la asistencia técnica eran particularmente útiles para los países en desarrollo que carecían de especialistas en las disciplinas del derecho mercantil y comercial comprendidas en la labor de la CNUDMI. También se observó que las actividades de formación y asistencia técnica de la secretaría podían desempeñar una función importante en los esfuerzos de integración económica emprendidos por numerosos países.

393. La Comisión tomó nota de las diversas formas de asistencia técnica que se podía prestar a los Estados que preparaban legislación basada en los textos de la CNUDMI, entre ellas el estudio de anteproyectos de ley desde el punto de vista de los textos de la CNUDMI, la preparación de reglamentaciones para aplicar esa legislación y observaciones sobre los informes de las comisiones encargadas de la reforma legislativa, así como reuniones de información para legisladores, jueces, árbitros, funcionarios de adquisiciones y demás usuarios de los textos de la CNUDMI incorporados en la legislación nacional. Se observó que la intensificación de la reforma del derecho comercial constituía una oportunidad propicia para que la Comisión avanzara considerablemente en sus esfuerzos por alcanzar los objetivos de coordinación sustantiva y aceleración del proceso de armonización y unificación del derecho mercantil internacional previstos en la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966.

394. La Comisión tomó nota con reconocimiento de las contribuciones de Finlandia, Grecia y Suiza al programa de seminarios y también agradeció a Camboya, Kenya y Singapur sus contribuciones al Fondo Fiduciario para la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que son miembros de la CNUDMI. La Comisión

agradeció también a los demás Estados y organizaciones que habían contribuido a su programa de formación y asistencia proporcionando fondos o personal o acogiendo la celebración de seminarios. Al mismo tiempo que destacaba la importancia de los recursos financieros extrapresupuestarios para las actividades de formación y asistencia técnica, la Comisión exhortó una vez más a todos los Estados, las organizaciones internacionales y demás entidades interesadas a que consideraran la posibilidad de hacer aportaciones a los fondos fiduciarios de la CNUDMI a fin de que la secretaría de la Comisión pudiese atender a la creciente demanda de formación y asistencia de los países en desarrollo y los nuevos Estados independientes, e instó a los delegados de los países en desarrollo a que asistieran a las sesiones de la Comisión. Se sugirió además que, a efectos de superar las dificultades presupuestarias a que hacía frente la Comisión, se intentara alentar al sector privado a contribuir a la financiación del programa de formación y asistencia, particularmente en atención al hecho de que el sector privado se beneficiaba considerablemente de la labor de la Comisión en general en la esfera del derecho mercantil internacional.

395. Habida cuenta de los recursos limitados de que disponía la secretaría de la Comisión, tanto presupuestarios como extrapresupuestarios, se expresó la grave preocupación de que la Comisión no pudiera cumplir cabalmente su mandato en lo que respecta a la formación y la asistencia técnica. También se expresó preocupación por el hecho de que si no había una cooperación y una coordinación eficaces entre los organismos de asistencia para el desarrollo que proporcionaban o financiaban la asistencia técnica y la secretaría, las actividades de asistencia internacional pudieran dar lugar a la promulgación de legislación nacional que no recogiera las normas aceptadas internacionalmente, entre ellas las convenciones y las leyes modelo de la CNUDMI.

396. En lo que respecta al programa de pasantías de la secretaría de la Comisión, se expresó preocupación de que la mayoría de los participantes fueran nacionales de países desarrollados. Se hizo un llamamiento a todos los Estados para que consideraran la posibilidad de apoyar programas que fomentaran la participación de nacionales de países en desarrollo.

397. A efectos de garantizar la aplicación eficaz de su programa de formación y asistencia y la publicación y difusión oportunas de su labor, la Comisión decidió recomendar a la Asamblea General que pidiera al Secretario General que aumentara considerablemente los recursos humanos y financieros de su secretaría.

X. SITUACIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI

398. Basándose en una nota de la Secretaría (A/CN.9/462), la Comisión examinó la situación de las convenciones y leyes modelo emanadas de su labor, así como la situación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). La Comisión acogió con satisfacción los nuevos instrumentos depositados por los Estados y jurisdicciones después del 12 de junio de 1998 (fecha de la conclusión de su 31.º período de sesiones) respecto de los siguientes instrumentos:

a) Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, concertada en Nueva York el 14 de junio de 1974 y enmendada por el Protocolo de 11 de abril de 1980. Número de Estados partes: 17;

b) Convención [no enmendada] sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 1974). Nuevo instrumento depositado por Burundi; número de Estados partes: 24;

c) Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (“Reglas de Hamburgo”). Nuevo instrumento depositado por Burundi; número de Estados partes: 26;

d) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980). Nuevos instrumentos depositados por Burundi, Croacia, Kirguistán, el Perú y el Uruguay; número de Estados partes: 56;

e) Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales (Nueva York, 1988). La Convención cuenta con dos Estados partes; para que entre en vigor se necesitan ocho adhesiones más;

f) Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (Viena, 1991). Nuevo instrumento depositado por Egipto; el Convenio cuenta con dos Estados partes; para que entre en vigor se necesitan tres adhesiones más;

g) Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995). Nuevos instrumentos depositados por El Salvador, Kuwait y Túnez; la Convención cuenta con cinco Estados partes; entrará en vigor el 1.º de enero de 2000;

h) Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Nuevos instrumentos depositados por El Líbano, Mozambique, Omán, la República Democrática Popular Lao y la República de Moldova; número de Estados partes: 121;

i) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985. Nueva jurisdicción que promulgó leyes basadas en la Ley Modelo: Macao;

j) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito, 1992;

k) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, 1994;

l) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, 1996. Nuevas jurisdicciones que promulgaron leyes basadas en la Ley Modelo: dentro de los Estados Unidos de América, Illinois; República de Corea y Singapur;

m) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, 1997.

399. Se acogieron con satisfacción las medidas legislativas relacionadas con los textos de la Comisión. Se pidió a los Estados que hubieran aprobado o tuvieran la intención de aprobar una de las leyes modelo redactadas por la Comisión, o que estuvieran considerando la posibilidad de adoptar medidas legislativas respecto de una convención emanada de la labor de la Comisión, que lo comunicaran a la secretaría de la Comisión. Esa información sería útil para otros Estados a

la hora de considerar la adopción de medidas legislativas análogas. También se agradeció a la Secretaría por haber establecido un espacio en su página de Internet para los documentos actuales y anteriores de la CNUDMI. Observando las dificultades a que hacía frente la Secretaría para incorporar en forma oportuna los documentos de la CNUDMI en su espacio de la Web en todos los idiomas oficiales, se convino en que se deberían aumentar considerablemente los recursos que se le asignaban para ese fin.

400. Los representantes y observadores de varios Estados informaron de que en sus países se estaba estudiando oficialmente la adhesión a diversas convenciones y la promulgación de textos legislativos basados en diversas leyes modelo redactadas por la CNUDMI. Se observó que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico había pasado a ser la fuente más frecuentemente citada por muchos países. Se expresó la opinión de que el reciente respaldo dado por la Comisión Bancaria de la Cámara de Comercio Internacional a la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente probablemente favorecería el proceso de su ratificación.

401. Se indicó que, pese a la pertinencia y utilidad universales de esos textos, varios Estados aún no habían aprobado ninguno de ellos. Se dirigió un llamamiento a los representantes y observadores que participaban en las reuniones de la Comisión y sus grupos de trabajo para que contribuyeran, en la medida que consideraran pertinente, a facilitar el examen de los textos de la Comisión por los órganos legislativos de sus países. Se sugirió que la publicación de artículos en revistas jurídicas y la celebración de conferencias para estudiar los textos de la CNUDMI podían ser útiles en ese sentido. Se sugirió además que el examen de un texto de la CNUDMI por órganos legislativos podía verse facilitado si se señalara a la atención de la secretaría de la Comisión cualquier problema que pudiera plantearse con respecto a dicho texto a fin de abordarlo.

XI. RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL RELATIVAS A LA LABOR DE LA COMISIÓN

402. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la resolución 53/103 de la Asamblea General, de 8 de diciembre de 1998, en la que la Asamblea encomió a la Comisión por los progresos alcanzados en sus trabajos relativos a la cesión de créditos con fines de financiación, el comercio electrónico, los proyectos de infraestructura con financiación privada y la aplicación legislativa de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Además, la Comisión tomó nota con reconocimiento del párrafo 3 de la resolución, en el que la Asamblea encomió a la Comisión por haber dedicado una jornada conmemorativa especial, el “Día de la Convención de Nueva York”, para celebrar el cuadragésimo aniversario de esa Convención.

403. La Comisión también tomó nota con reconocimiento de que, en el párrafo 4 de la resolución 53/103, la Asamblea General instó a los gobiernos que aún no lo hubiesen hecho a que respondieran al cuestionario distribuido por la Secretaría en relación con el régimen jurídico que regía el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

404. Además, la Comisión tomó nota de que, en el párrafo 6 de la resolución 53/103, la Asamblea General reafirmó el mandato conferido a la Comisión para que, en su calidad de órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, coordinara las actividades jurídicas en la materia y, a ese respecto, instó a todos los órganos y organismos del sistema de las Naciones Unidas e invitó a otras organizaciones internacionales a que tuvieran presente el mandato de la Comisión y la necesidad de evitar la duplicación de esfuerzos y de fomentar la eficiencia, la uniformidad y la coherencia en la unificación y la armonización del derecho mercantil internacional, y recomendó que la Comisión, por conducto de su secretaría, siguiera manteniendo una estrecha colaboración con los demás órganos y organizaciones internacionales, incluidas las organizaciones regionales, que realizaban actividades en la esfera del derecho mercantil internacional.

405. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la decisión de la Asamblea General consignada en el párrafo 7 de la resolución 53/103 de reafirmar la importancia, especialmente para los países en desarrollo, de la labor de formación y asistencia técnica de la Comisión en la esfera del derecho mercantil internacional, como la asistencia en la preparación de la legislación nacional basada en textos jurídicos de la Comisión, y de que, en el párrafo 8, la Asamblea expresó la conveniencia de que la Comisión, al patrocinar seminarios y simposios intensificara la labor encaminada a proporcionar esa formación y asistencia.

406. La Comisión también tomó nota con reconocimiento del llamamiento hecho por la Asamblea General, en el inciso b) del párrafo 8 de la resolución 53/103, a los gobiernos, a los órganos competentes de las Naciones Unidas y a organizaciones, instituciones y particulares a que hicieran contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario para Simposios de la CNUDMI y, cuando correspondiera, a que prestaran asistencia a la secretaría de la Comisión para la financiación y organización de los seminarios, en particular en los países en desarrollo, y para la concesión de becas a los candidatos de países en desarrollo a fin de que pudieran participar en esos seminarios y simposios. Además, se tomó nota de que la Asamblea, en el párrafo 9 de la resolución, instó 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 el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento, y a los gobiernos en sus programas bilaterales de ayuda, a que prestaran apoyo al programa de formación y asistencia técnica de la Comisión y a que cooperaran con la Comisión y coordinaran sus actividades con las de ésta.

407. Asimismo, se reconoció que la Asamblea General, en el párrafo 10 de la resolución 53/103, instó a los gobiernos, a los órganos competentes de las Naciones Unidas y a organizaciones, instituciones y particulares a que, con el fin de asegurar la plena participación de todos los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la Comisión y sus grupos de trabajo, hicieran contribuciones voluntarias al fondo fiduciario para la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo miembros de la CNUDMI, a petición de éstos y en consulta con el Secretario General. (Ese fondo fiduciario se estableció con arreglo a la resolución 48/32 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1993.) La Comisión tomó nota con reconocimiento de la decisión de la Asamblea General, en el párrafo 11, de continuar examinan-

do, en la Comisión Principal competente durante el quincuagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea, la posibilidad de conceder asistencia para gastos de viaje a los países menos adelantados que eran miembros de la Comisión, a petición de éstos y en consulta con el Secretario General.

408. La Comisión acogió con beneplácito la solicitud de la Asamblea General al Secretario General, formulada en el párrafo 12 de la resolución, de que velara por la ejecución eficaz del programa de la Comisión. En particular, la Comisión esperaba que se pusiesen a disposición de la secretaría de la Comisión recursos suficientes para hacer frente a la creciente demanda de capacitación y asistencia. La Comisión observó con pesar que, pese a dicha solicitud de la Asamblea, por lo general la secretaría de la Comisión carecía de financiación suficiente. En consecuencia, la secretaría no estaba en condiciones de publicar el *Anuario de la CNUDMI* y folletos con los textos emanados de la labor de la Comisión ni podía atender a todas las solicitudes de asistencia técnica que recibía.

409. La Comisión tomó nota con reconocimiento de que la Asamblea General, en el párrafo 13 de la resolución 53/103, destacó la importancia de la entrada en vigor de las convenciones resultantes de la labor de la Comisión y de que, a tal fin, exhortó a los Estados que aún no lo hubiesen hecho a que consideraran la posibilidad de firmar o ratificar esas convenciones o adherirse a ellas.

XII. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN

A. Derecho del transporte

410. Se recordó que en 1996, en su 29.º período de sesiones, la Comisión, si bien no incluyó el examen de las cuestiones relativas al derecho del transporte en su actual programa, decidió que la Secretaría sirviera de centro para la reunión de información, ideas y opiniones sobre los problemas que surgían en la práctica y las posibles soluciones a esos problemas. La información debía reunirse sobre una base amplia y debía proceder, además de los gobiernos, de las organizaciones internacionales que representaban a los sectores comerciales del transporte marítimo de mercancías, como el Comité maritime international (CMI), la Cámara de Comercio Internacional, la Unión Internacional de Seguros de Transportes, la Federación Internacional de Asociaciones de Expedidores de Carga, la Cámara Naviera Internacional y la Asociación Internacional de Puertos (AIP)²⁸.

411. En su 31.º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión oyó una declaración en nombre del CMI en el sentido de que el Comité acogía con beneplácito la invitación de cooperar con la Secretaría para recabar opiniones de los sectores que intervenían en el transporte internacional de mercancías y preparar un análisis de esa información. Ese análisis permitiría a la Comisión tomar una decisión fundada en cuanto al modo de proceder más conveniente²⁹.

412. En ese período de sesiones la Comisión había expresado su enérgico apoyo a la labor exploratoria que habían

²⁸Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), párrs. 210 a 215.

²⁹Ibíd., quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17), párr. 264.

emprendido el CMI y la secretaría de la Comisión. La Comisión expresó su reconocimiento al CMI por su disposición a emprender ese importante proyecto de amplio alcance, respecto del cual había pocos o ningún precedente en el plano internacional; la Comisión esperaba con interés que se le informase de los progresos alcanzados en esa labor y examinaría las opiniones y sugerencias emanadas de ella³⁰.

413. En el actual período de sesiones se comunicó en nombre del CMI que la Asamblea y el Consejo Ejecutivo del CMI habían acogido con satisfacción la iniciativa de reunir datos sobre cuestiones relacionadas con el derecho internacional del transporte que hasta la fecha no se habían armonizado en el plano internacional y que se había pedido a un grupo de trabajo del CMI que preparara un estudio sobre una amplia gama de cuestiones relativas al derecho internacional del transporte con miras a determinar las esferas en que se requería unificación o armonización por parte de las industrias interesadas. Al realizar el estudio se comprobó que esas industrias se mostraban sumamente interesadas por el proyecto y habían ofrecido sus conocimientos técnicos y jurídicos en apoyo de esa labor. A la luz de esa reacción favorable y de las conclusiones preliminares del grupo de trabajo del CMI, una mayor armonización en la esfera del derecho del transporte tendría evidentemente beneficios considerables para el comercio internacional. El grupo de trabajo había encontrado una serie de cuestiones que no quedaban abarcadas por los actuales instrumentos de unificación. Algunas de esas cuestiones se regían por leyes nacionales que, sin embargo, no estaban armonizadas en el plano internacional. Esa falta de armonización, considerada en el contexto del comercio electrónico, cobraba aun mayor trascendencia. Se comunicó asimismo que el grupo de trabajo había señalado varias interacciones entre los distintos tipos de contratos que se utilizaban en el comercio y en el transporte de mercancías a nivel internacional (como los contratos de venta, los contratos de transporte, los contratos de seguro, las cartas de crédito, los contratos de expedición de carga, así como varios otros contratos conexos). El grupo de trabajo se proponía aclarar la naturaleza y la función de esas interacciones y reunir y analizar las normas que actualmente las regían. En una etapa ulterior, esa labor incluiría una reevaluación de los principios de responsabilidad en cuanto a su compatibilidad con una esfera más amplia de normas relativas al transporte de mercancías.

414. Se comunicó asimismo que el grupo de trabajo del CMI había iniciado una investigación por conducto de un cuestionario enviado a todas las organizaciones miembros del CMI que abarcaba un gran número de ordenamientos jurídicos. Al mismo tiempo, se había invitado a las organizaciones internacionales participantes e interesadas en el transporte internacional a una reunión que se celebraría el 30 de junio de 1999 en Londres y en la que se examinarían cuestiones específicas de interés para esas organizaciones, las cuales se añadirían al programa del grupo de trabajo.

415. El objetivo del CMI, una vez recibidas las respuestas al cuestionario, consistía en crear un subcomité internacional del CMI con miras a analizar los datos y hallar una base para la labor futura de armonización del derecho en la esfera del transporte internacional de mercancías. Se afirmó que,

gracias al entusiasmo manifestado hasta la fecha por la industria y a las conclusiones provisionales sobre las esferas del derecho que requerían una mayor armonización, era probable que con el tiempo el proyecto se transformara en un instrumento de armonización universalmente aceptable. Se dieron seguridades a la Comisión de que el CMI le brindaría su asistencia en la preparación de dicho instrumento.

416. Expresando su agradecimiento a la Comisión por la estrecha cooperación con el CMI en la esfera del derecho del transporte, el representante del CMI se refirió a la necesidad de contar con un intercambio fructífero de ideas entre los expertos de los diversos sectores que intervenían en el transporte de mercancías, así como de distintos ordenamientos jurídicos y países con niveles de desarrollo diferentes. A ese respecto, se recordó que la Comisión, en varias ocasiones, había organizado coloquios (como el Día de la Convención de Nueva York el 10 de junio de 1998, durante el 31.º período de sesiones de la Comisión en 1998) y se sugirió que sería útil realizar un intercambio de ideas de esa índole en el marco de un coloquio amplio que se celebrara durante el período de sesiones anual de la Comisión en 2000.

417. En respuesta al informe presentado en nombre del CMI se manifestaron expresiones de agradecimiento al CMI por la labor realizada hasta la fecha; se expresó interés por el estudio anunciado, cuyo alcance no se limitaba a la responsabilidad de los porteadores y en el que se examinaría la interdependencia entre los diversos contratos que se utilizaban en el transporte internacional de mercancías, así como la necesidad de respaldar jurídicamente las prácticas modernas en materia de contratos y transporte. Se afirmó que la creciente falta de armonía en la esfera del transporte internacional de mercancías era motivo de preocupación y que a fin de proporcionar cierta base jurídica a las prácticas modernas de celebración de contratos y transporte era necesario ir más allá de la cuestión de la responsabilidad y, de ser preciso, reconsiderar las posturas adoptadas en el pasado. Se dijo además que las diversas iniciativas regionales en la esfera del derecho del transporte debían examinarse y tenerse en cuenta en toda labor futura que se realizase en ese ámbito del derecho.

418. La Comisión expresó su reconocimiento al CMI por haber dado curso a su solicitud de cooperación y pidió a la Secretaría que siguiera cooperando con el CMI en la reunión y el análisis de información. La Comisión esperaba con interés el informe que se le presentaría en un próximo período de sesiones con los resultados del estudio junto con propuestas para la labor futura.

B. Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano

419. En nombre del Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano (AALCC) se afirmó que el Comité, en sus períodos de sesiones anuales, estaba examinando los informes sobre la labor de la CNUDMI. El Comité acogía con beneplácito la labor de la Comisión relativa a los proyectos de infraestructura con financiación privada, tomaba nota con reconocimiento de los progresos sustantivos realizados por la Comisión en su labor de preparación de un proyecto de convención sobre la financiación por cesión de créditos, apoyaba la labor en curso de la Comisión sobre el comercio electrónico y reiteraba su apoyo a los trabajos que se estaban realizando en la esfera del arbitraje en el contexto de la

³⁰Ibíd., párr. 266.

Comisión. Se informó a la Comisión de la resolución aprobada en el período de sesiones de 1999 del AALCC por la que el Secretario General del Comité había recibido el mandato de estudiar la posibilidad de convocar un seminario o curso práctico en 1999 en cooperación con la CNUDMI y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. La Comisión expresó su agradecimiento por la declaración y acogió con satisfacción todos los esfuerzos encaminados a fortalecer la cooperación con el AALCC.

C. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

420. Se informó a la Comisión de que, además del proyecto de convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, los siguientes temas estaban incluidos en el programa del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT): concesión de franquicias, cuestiones relacionadas con el comercio electrónico en el contexto del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, revisión y ampliación de los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y aspectos transnacionales del procedimiento civil. Se observó que un grupo de estudio estaba examinando la posibilidad de preparar una guía jurídica sobre concesión de franquicias internacionales. Se señaló asimismo que otro grupo de trabajo estaba considerando revisar o complementar el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera para que tuviera debidamente en cuenta los medios de comunicación electrónicos. Con respecto a los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, se afirmó que su revisión tenía por objeto abordar cuestiones como el mandato, la cesión, los derechos de compensación y la prescripción de las acciones. En cuanto al procedimiento civil, se señaló que en cooperación con el American Law Institute un grupo de trabajo estaba examinando las normas nacionales de procedimiento civil que eran comunes a muchos ordenamientos jurídicos y que podían servir de base para un cuerpo de normas de procedimiento de ámbito transnacional.

421. La Comisión acogió con beneplácito la cooperación con el UNIDROIT. Se estimó que esa cooperación era necesaria para que las respectivas organizaciones pudieran utilizar en forma óptima los recursos disponibles en aras de la unificación del derecho.

XIII. OTROS ASUNTOS

A. Solicitud de respaldo a las Prácticas internacionales en materia de cartas de crédito contingente (ISP 98) y a las Reglas uniformes para los documentos de caución de un contrato o *Contract Bonds* (RUCB)

422. La Comisión tuvo ante sí una nota con la solicitud dirigida por el Instituto de Derecho y Prácticas Bancarias Internacionales a la Comisión para que considerara recomendar el empleo en todo el mundo de las Reglas sobre prácticas internacionales en materia de cartas de crédito contingente (ISP98), aprobadas por la Comisión de Técnica y Práctica Bancaria de la Cámara de Comercio Internacional. Se presentó también a la Comisión la solicitud de la Secretaria Ge-

neral de la Cámara de Comercio Internacional de que la Comisión considerara dar su reconocimiento y respaldo oficiales a las Reglas uniformes para los documentos de caución de un contrato o *Contract Bonds* (RUCB). A fin de poder dar curso a estas solicitudes, la Comisión tuvo ante sí el texto de las ISP98 (A/CN.9/459) y de las RUCB (A/CN.9/459/Add.1).

423. Se recordó que la Comisión había otorgado su reconocimiento a las INCOTERMS 1990 en su 25.º período de sesiones, celebrado en 1992³¹, y a las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios (RUU 500) en su 27.º período de sesiones, celebrado en 1994³². Se mencionó la importancia de las ISP98 como reglas sobre prácticas comerciales de derecho privado aplicables a las cartas de crédito contingente. Se observó que la idea de preparar estas reglas surgió a raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales de la CNUDMI que dieron lugar a la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente. Las ISP98 se formularon como complemento de esa Convención. El proceso de redacción de las ISP98 se desarrolló en régimen de consulta periódica con la secretaría de la CNUDMI y fue aprovechado para promover la adopción del régimen de esa Convención. En ese contexto, la Comisión observó con particular agradecimiento que la Comisión Bancaria de la Cámara de Comercio Internacional había recomendado a los Estados que aprobaran la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente.

424. Se mencionó asimismo la importancia de las RUCB como una herramienta de notable valor práctico y la necesidad de que se conociera mejor este instrumento.

425. La Comisión expresó su reconocimiento de la labor efectuada en la preparación de estas reglas sobre prácticas comerciales y acogió con agrado la solicitud de que la Comisión recomendara su utilización. No obstante, si bien varias delegaciones expresaron su deseo de aprobar tanto el texto de las ISP98 como el de las RUCB en el actual período de sesiones, algunas delegaciones indicaron que, debido a la tardía publicación del documento A/CN.9/459 y Add.1, no habían podido realizar las consultas requeridas para la aprobación de estos documentos, por lo que no estaban en condiciones de poder dar su respaldo al texto de las ISP98 y de las RUCB en el actual período de sesiones. La Comisión lamentó tener que aplazar el examen del respaldo oficial de ambos juegos de reglas hasta el próximo período de sesiones.

B. Asociación de Derecho Mercantil

426. La Comisión recordó que la Asociación de Derecho Mercantil había sido fundada en 1997 como una asociación internacional no gubernamental y como un foro a través del cual personalidades, organizaciones e instituciones podrían prestar su apoyo a la labor de la Comisión. Destacó que los proyectos propuestos por la Asociación, en particular, el establecimiento de una red de corresponsales para favorecer el desarrollo de actividades relacionadas con la CNUDMI en todo el mundo y para darlas a conocer; la publicación de una

³¹Ibíd., *cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/47/17), párr. 161.

³²Ibíd., *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/49/17), párr. 230.

revista anual con trabajos relacionados con la CNUDMI; la asistencia en la preparación de textos de la CNUDMI mediante la aportación coordinada de documentación, de información y de medidas de apoyo; el establecimiento de un programa de estudios académicos superiores y de pasantías; la coordinación de los esfuerzos de reforma legislativa con otras organizaciones internacionales, así como la cooperación y el aprovechamiento en común de recursos; el asesoramiento prestado a la Secretaría sobre posibles temas para futuros proyectos; la colaboración con el sistema CLOUT; la obtención de apoyos del sector privado para la CNUDMI y su labor.

427. La Comisión escuchó con interés la sugerencia de que, a fin de desarrollar esos proyectos y promover un mejor conocimiento y comprensión de la labor de la CNUDMI, se organizaría un foro de una sola jornada con ocasión del 33.º período de sesiones de la Comisión, el año 2000. Ese foro ofrecería una oportunidad para informar a la comunidad comercial internacional de la labor de la Comisión y trataría de obtener el parecer de los miembros de la Comisión y de la comunidad comercial internacional sobre la labor actual y la posible labor futura de la Comisión.

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

428. Se informó a la Comisión de que el Instituto de Derecho Mercantil Internacional de la Pace University School of Law de Nueva York había organizado el sexto Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis (Viena, 27 de marzo a 1.º de abril de 1999). Las cuestiones jurídicas tratadas por los equipos de estudiantes que participaron en ese ejercicio de arbitraje simulado estaban basadas, entre otros textos, en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y en los instrumentos de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. En el Concurso de 1999 participaron unos 70 equipos de facultades de derecho de unos 28 países. Participaron asimismo unos 350 estudiantes de derecho y la actuación de los equipos competidores fue juzgada por unos 180 jueces, incluidos árbitros, abogados, personal académico y otros peritos. El séptimo Concurso se celebrará en Viena del 15 al 20 de abril del año 2000.

429. La Comisión escuchó el informe con interés y aprecio. Consideró que el Concurso constituía, gracias a su amplia participación internacional, un método excelente de aprendizaje del derecho mercantil internacional y de dar a conocer los textos de la CNUDMI. La Comisión tomó nota además, con agradecimiento, de la contribución efectuada por el Profesor Eric E. Bergsten, antiguo Secretario de la Comisión, al éxito continuado de este Concurso.

D. Bibliografía

430. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la bibliografía de obras recientes que se referían a labor de la CNUDMI (A/CN.9/463). La Comisión hizo un llamamiento a todos los que tuvieran interés en asegurar la integridad de la bibliografía publicada a que enviaran a la Biblioteca de derecho de la CNUDMI todas las publicaciones relativas a la labor de la Comisión para su conservación y la inclusión de los datos correspondientes en la bibliografía.

E. Anuario de la CNUDMI y demás publicaciones de la CNUDMI

431. La Comisión tomó nota de que el *Anuario de la CNUDMI* (que aparecía en español, francés, inglés y ruso) se publicaba con una cierta demora, que en algunos idiomas pudiera llegar a ser de hasta tres o cuatro años. La Comisión se mostró gravemente preocupada por esa circunstancia, ya que consideraba que los trabajos preparatorios de los textos de la CNUDMI, recopilados en el *Anuario de la CNUDMI*, constituían una herramienta indispensable para el examen por las autoridades competentes de los textos de la CNUDMI con miras a su aprobación, siendo además consultados por jueces, árbitros y otros profesionales del derecho con miras a la interpretación y aplicación de los textos de la Comisión, y eran considerados un instrumento de investigación y de aprendizaje de gran valor por personal académico y los estudiantes de las facultades de derecho. Se observó que el *Anuario de la CNUDMI* constituía a menudo la única vía de acceso fácil a los documentos de la Comisión.

432. La Comisión hizo, por ello, un llamamiento a la Asamblea General para que velara por la aplicación eficaz del programa de publicaciones de la CNUDMI y, en particular, por la publicación puntual del *Anuario de la CNUDMI* en todos los idiomas considerados.

F. Fecha y lugar del 33.º período de sesiones de la Comisión

433. Tras un prolongado debate, se decidió que la Comisión celebrara su 33.º período de sesiones del 12 de junio al 7 de julio de 2000 en Nueva York. Se expresó preocupación por el hecho de que un período de sesiones de tan larga duración supondría considerable presión habida cuenta de los recursos disponibles. No obstante, se reconoció la necesidad de un período de sesiones de cuatro semanas porque se esperaba que se presentaran a la Comisión dos o posiblemente tres proyectos de texto jurídico para que los concluyera y aprobara.

G. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo

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

a) El Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales celebrará su 31.º período de sesiones del 11 al 22 de octubre de 1999 en Viena. Si no pudiese concluir la labor relativa al proyecto de Convención sobre financiación por cesión de créditos en ese período de sesiones, celebrará su 32.º período de sesiones del 10 al 21 de enero del 2000 en Nueva York;

b) El Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico celebrará su 35.º período de sesiones del 6 al 17 de septiembre de 1999 en Viena y su 36.º período de sesiones del 14 al 25 de febrero del 2000 en Nueva York;

c) El Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia celebrará su 22.º período de sesiones del 6 al 17 de diciembre de 1999 en Viena y su 23.º período de sesiones del 20 al 31 de marzo del 2000 en Viena con el nombre de Grupo de Trabajo sobre Arbitraje.

B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo (46.º período de sesiones) (TD/B/46/15) (vol. I)

- b) *Desarrollo progresivo del derecho mercantil internacional: 32.º informe anual de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*
6. En su 908a. sesión plenaria, celebrada el 29 de octubre de 1999, la Junta tomó nota del informe de la CNUDMI sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones (A/54/17).

C. Asamblea General: informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones: informe de la Sexta Comisión (A/54/611)

I. INTRODUCCIÓN

1. En su tercera sesión plenaria, celebrada el 17 de septiembre de 1999, la Asamblea General, por recomendación de la Mesa, decidió incluir en el programa de su quincuagésimo cuarto 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 32.º período de sesiones”, y asignarlo a la Sexta Comisión.
2. La Sexta Comisión examinó este tema en sus sesiones tercera, cuarta y 29a., celebradas los días 11 y 12 de octubre y 11 de noviembre de 1999. Las observaciones de los representantes que hicieron uso de la palabra durante el examen del tema por la Comisión figuran en las actas resumidas correspondientes (A/C.6/54/SR.3, 4 y 29).
3. Para el examen de este tema, la Comisión tuvo ante sí el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones¹.
4. En su tercera sesión, celebrada el 11 de octubre, el Presidente de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 32.º período de sesiones presentó el informe de la Comisión sobre la labor realizada en este período de sesiones (véase A/C.6/54/SR.3).
5. En la cuarta sesión, celebrada el 12 de octubre, el Presidente de la Comisión hizo una declaración habida cuenta del debate (véase A/C.6/54/SR.4).

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/54/17).

II. EXAMEN DEL PROYECTO DE RESOLUCIÓN A/C.6/54/L.4

6. En la 29a. sesión, celebrada el 11 de noviembre, el representante de Austria, en nombre de *Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahrein, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Irán (República Islámica de), Irlanda, Israel, Italia, Japón, Lesotho, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malasia, México, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Checa, Rumania, Singapur, Sudáfrica, Suecia y Turquía*, a los que posteriormente se sumaron *Armenia, Bolivia, Bulgaria, Egipto, la ex República Yugoslava de Macedonia, Haití, Indonesia, Perú, Tailandia, Ucrania y Venezuela*, presentó un proyecto de resolución titulado “Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones” (A/C.6/54/L.4).
7. En la misma sesión, la Comisión aprobó el proyecto de resolución A/C.6/54/L.4 sin proceder a votación (véase el párrafo 8).

III. RECOMENDACIÓN DE LA SEXTA COMISIÓN

8. La Sexta Comisión recomienda a la Asamblea General la aprobación del siguiente proyecto de resolución:

[El texto no se reproduce en esta sección. El proyecto de resolución fue aprobado, sin cambios de redacción, como resolución 54/103 de la Asamblea General (véase la sección D, *infra*).]

D. Resolución 54/103 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1999

54/103. *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones*

La Asamblea General,

Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, por la cual creó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y le confirió

el mandato de promover la armonización y 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 armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional, al reducir o eliminar los obstáculos jurídicos que se oponen al

flujo del comercio internacional, especialmente las 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,

Insistiendo en la necesidad de que se asigne mayor prioridad a la labor de la Comisión en vista de la importancia cada vez mayor de la modernización del derecho mercantil internacional para el desarrollo económico mundial y, por lo tanto, para el mantenimiento de las relaciones de amistad entre los Estados,

Destacando la importancia de que participen Estados de todos los grados de desarrollo económico y con distintos sistemas jurídicos en el proceso de armonización y unificación del derecho mercantil internacional,

Habiendo examinado el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones¹,

Consciente de la valiosa contribución que aportará la Comisión en el marco del Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional, en particular en lo que respecta a la difusión del derecho mercantil internacional,

Observando con preocupación que las actividades emprendidas por otros órganos y organismos del sistema de las Naciones Unidas en la esfera del derecho mercantil internacional sin coordinación con la Comisión podrían dar lugar a una duplicación que no es conveniente y no se ajustarían al objetivo de fomentar la eficiencia, la uniformidad y la coherencia en la unificación y la armonización del derecho mercantil internacional, según lo establecido en su resolución 37/106, de 16 de diciembre de 1982,

Destacando la importancia de seguir desarrollando la jurisprudencia relativa a los textos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con miras a fomentar la aplicación uniforme de los textos jurídicos de la Comisión y su utilidad para las autoridades gubernamentales, los profesionales del derecho y los círculos académicos,

1. *Toma nota con reconocimiento* del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 32.º período de sesiones¹;

2. *Encomia* a la Comisión por los progresos alcanzados en sus trabajos relativos a la cesión de créditos con fines de financiación, el comercio electrónico, los proyectos de infraestructura con financiación privada y la aplicación legislativa de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958²;

3. *Insta* a los gobiernos que aún no lo hayan hecho a que respondan al cuestionario distribuido por la Secretaría en relación con el régimen jurídico del reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros;

4. *Invita* a los Estados a que presenten candidatos para trabajar en la fundación privada establecida con objeto de alentar la prestación de asistencia a la Comisión por parte del sector privado;

5. *Reafirma* el mandato conferido a la Comisión para que, en su calidad de órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, coordine las actividades jurídicas en la materia y, a ese respecto:

a) *Insta* a todos los órganos y organismos del sistema de las Naciones Unidas e invita a otras organizaciones internacionales a que tengan presente el mandato de la Comisión y la necesidad de evitar la duplicación de actividades y de fomentar la eficiencia, la uniformidad y la coherencia en la unificación y la armonización del derecho mercantil internacional;

b) *Recomienda* a la Comisión que, por conducto de su secretaría, siga manteniendo una estrecha colaboración con los demás órganos y organizaciones internacionales, incluidas las organizaciones regionales, que realizan actividades en materia de derecho mercantil internacional;

6. *Reafirma también* la importancia que reviste, especialmente para los países en desarrollo, la labor de formación y asistencia técnica de la Comisión en materia de derecho mercantil internacional, así como la asistencia en la preparación de legislación nacional basada en textos jurídicos de la Comisión;

7. *Expresa la conveniencia* de que la Comisión, al patrocinarse seminarios y simposios, intensifique la labor encaminada a proporcionar esa formación y asistencia técnica y, a este respecto:

a) *Expresa su reconocimiento* a la Comisión por la organización de seminarios y misiones de información en la Argentina, Azerbaiyán, Bahrein, Bolivia, el Brasil, Bulgaria, el Camerún, China, Guatemala, México, Mongolia, el Perú, Rumania, Venezuela y Zambia;

b) *Expresa su reconocimiento* a los gobiernos cuyas contribuciones permitieron organizar los seminarios y las misiones de información, e insta a los gobiernos, a los órganos competentes de las Naciones Unidas y a organizaciones, instituciones y particulares a que hagan contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario para Simposios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y, cuando corresponda, para la financiación de proyectos especiales y a que presten asistencia en alguna otra forma a la secretaría de la Comisión para la financiación y organización de los seminarios y simposios, en particular en los países en desarrollo, y para la concesión de becas a los candidatos de países en desarrollo a fin de que puedan participar en esos seminarios y simposios;

8. *Insta* 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 el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento, así como a los gobiernos en sus programas bilaterales de ayuda, a que presten apoyo al programa de formación y asistencia técnica de la Comisión y a que cooperen con la Comisión y coordinen sus actividades con las de ésta;

9. *Insta* a los gobiernos, a los órganos competentes de las Naciones Unidas y a organizaciones, instituciones y par-

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/54/17).

²Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, No. 4739.

ticulares a que, para los efectos de la plena participación de todos los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la Comisión y sus grupos de trabajo, hagan contribuciones voluntarias al fondo fiduciario para la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que son miembros de la Comisión, a petición de éstos y en consulta con el Secretario General;

10. *Decide*, a fin de velar por la plena participación de todos los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la Comisión y en sus grupos de trabajo, continuar examinando en la Comisión Principal competente durante el quincuagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General la posibilidad de conceder asistencia para gastos de viaje a los países menos adelantados que son miembros de la Comisión, a petición de éstos y en consulta con el Secretario General;

11. *Pide* al Secretario General que se cerciore de que se ejecute efectivamente el programa de la Comisión y mejore aún más su ejecución;

12. *Destaca* 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, exhorta a los Estados que aún no lo hayan hecho a que consideren la posibilidad de firmar o ratificar esas convenciones o adherirse a ellas.

*76a. sesión plenaria
9 de diciembre de 1999*

Segunda parte

**ESTUDIOS E INFORMES
SOBRE TEMAS CONCRETOS**



I. FINANCIACIÓN POR CESIÓN DE CRÉDITOS

**A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales
acerca de la labor de su 29.º período de sesiones (Viena, 5 a 16 de octubre de 1998)
(A/CN.9/455) [Original: inglés]**

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> |
|--|-----------------|
| INTRODUCCIÓN | 1-15 |
| I. DELIBERACIONES Y DECISIONES | 16-17 |
| II. PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS CON FINES DE FINANCIACIÓN | 18-173 |
| Capítulo IV. Derechos, obligaciones y excepciones | 18-40 |
| Sección III. Terceros | 18-40 |
| Artículo 23. Conflicto de derechos entre varios cesionarios | 18-31 |
| Artículo 24. Conflicto de derechos entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente | 32-40 |
| Capítulo V. Cesiones subsiguientes | 41-46 |
| Artículo 25. Ámbito de aplicación | 41-46 |
| Artículo 26. Acuerdos de limitación de las cesiones subsiguientes .. | 47-51 |
| Artículo 27. Pago liberatorio del deudor | 52-58 |
| Artículo 28. Aviso dado al deudor | 59-66 |
| Capítulo VI. Conflictos de leyes | 67-119 |
| A. Observaciones generales | 67-73 |
| B. Examen de artículos del proyecto | 74-119 |
| Artículo 29. Ley aplicable al contrato de cesión | 74-91 |
| Artículo 30. Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor | 92-104 |
| Artículo 31. Ley aplicable a los conflictos de prelación | 105-110 |
| Artículo 32. Reglas imperativas | 111-117 |
| Artículo 33. Orden público | 118-119 |
| Capítulo VII. Reglas de prelación alternativas | 120-123 |
| Capítulo VIII. Cláusulas finales | 124-155 |
| Artículo 41. Depositario | 124-125 |
| Artículo 42. Conflictos con acuerdos internacionales | 126-129 |
| Artículo 43. Aplicación del capítulo VII | 130-132 |
| Artículo 44. Reglas o procedimientos de insolvencia no afectados por la presente Convención | 133-140 |
| Artículo 45. Firma, ratificación, aceptación, aprobación, adhesión .. | 141-142 |
| Artículo 46. Aplicación a las unidades territoriales | 143-144 |
| Artículo 47. Efecto de las declaraciones | 145-146 |
| Artículo 48. Reservas | 147-148 |

| | <i>Párrafos</i> |
|---|-----------------|
| Artículo 49. Entrada en vigor | 149-150 |
| Artículo 50. Denuncia | 151-155 |
| Título del proyecto de Convención | 156 |
| Preámbulo | 157-159 |
| Capítulo I. Ámbito de aplicación | 160-173 |
| Artículo 1. Ámbito de aplicación | 160-173 |
| III. INFORME DEL GRUPO DE REDACCIÓN | 174-181 |
| IV. LABOR FUTURA | 182-183 |
| | <i>Página</i> |
| <i>Anexo</i> | 78 |

INTRODUCCIÓN

1. En el presente período de sesiones el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales prosiguió con la preparación de un régimen uniforme para la cesión de créditos con fines de financiación, de conformidad con la decisión adoptada por la Comisión en su 28.º período de sesiones (Viena, 2 a 26 de mayo de 1995)¹. Éste ha sido el sexto período de sesiones dedicado a la preparación de ese régimen uniforme, titulado provisionalmente proyecto de Convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación.

2. La decisión de la Comisión de ocuparse del tema de la cesión de créditos con fines de financiación se adoptó atendiendo a las sugerencias que se le formularon concretamente en el Congreso de la CNUDMI titulado “Hacia un derecho mercantil uniforme en el siglo XXI”, celebrado en Nueva York del 17 al 21 de mayo de 1992 en paralelo con el 25.º período de sesiones. En el Congreso se sugirió también que la Comisión reanudara su labor sobre los derechos reales de garantía en general, que había decidido aplazar hasta una fecha ulterior en su 13.º período de sesiones (1980)².

3. En sus períodos de sesiones 26.º a 28.º (1993 a 1995) la Comisión examinó tres informes de la Secretaría sobre determinados problemas jurídicos que planteaba la cesión de créditos (A/CN.9/378/Add.3, A/CN.9/397 y A/CN.9/412). Tras examinar esos informes, la Comisión llegó a la conclusión de que sería conveniente y factible preparar un conjunto de reglas uniformes con objeto de eliminar los obstáculos con que tropieza la financiación por cesión de créditos a causa de la incertidumbre existente en diversos ordenamientos jurídicos en lo relativo a la validez de las cesiones transfronterizas (en las que el cedente, el cesionario y el deudor no se encuentran en el mismo país) y con respecto a las consecuencias jurídicas de estas cesiones para el deudor y otros terceros³.

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17), párrs. 374 a 381.

²Ibíd., trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/35/17), párrs. 26 a 28.

³Ibíd., cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17), párrs. 297 a 301; ibíd., cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/49/17), párrs. 208 a 214, e ibíd., quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17), párrs. 374 a 381.

4. En su 24.º período de sesiones (Viena, 8 a 19 de noviembre de 1995) el Grupo de Trabajo inició su labor examinando una serie de disposiciones del anteproyecto de régimen uniforme que figuraban en un informe del Secretario General titulado “Examen de un anteproyecto de régimen uniforme” (A/CN.9/412). En ese período de sesiones se instó al Grupo de Trabajo a que se esforzara por preparar un texto jurídico que permitiera mejorar la oferta de crédito a un costo más bajo (A/CN.9/420, párr. 16).

5. En su 29.º período de sesiones (1996) la Comisión tuvo ante sí el informe del 24.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/420). La Comisión manifestó su reconocimiento por la labor realizada y pidió al Grupo de Trabajo que la agilizará⁴.

6. En sus períodos de sesiones 25.º y 26.º (Nueva York, 8 a 19 de julio, y Viena, 11 a 22 de noviembre de 1996) el Grupo de Trabajo continuó su labor examinando distintas versiones del proyecto de régimen uniforme que figuraban en dos notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.87 y A/CN.9/WG.II/WP.89, respectivamente). En esos períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo hizo suya la hipótesis de que el texto que se preparaba adoptaría la forma de convención (A/CN.9/432, párr. 28) e incluiría disposiciones de derecho internacional privado (A/CN.9/434, párr. 262).

7. En su 30.º período de sesiones (1997) la Comisión tuvo ante sí los informes de los períodos de sesiones 25.º y 26.º del Grupo de Trabajo (A/CN.9/432 y A/CN.9/434). La Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había llegado a un acuerdo sobre una serie de cuestiones y que entre las principales cuestiones pendientes figuraban la validez de la cesión frente a terceros, como los acreedores del cedente y el administrador de la insolvencia del cedente⁵. Además, la Comisión tomó nota de que el proyecto de Convención había despertado el interés de los medios financieros en los que se practicaba la financiación por cesión de créditos y de los gobiernos, ya que brindaba la posibilidad de aumentar los créditos disponibles a tipos de interés más favorables⁶.

⁴Ibíd., quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), párr. 234.

⁵Ibíd., quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/52/17), párr. 254.

⁶Ibíd., párr. 256.

8. En sus períodos de sesiones 27.º y 28.º (Viena, 20 a 31 de octubre de 1997, y Nueva York, 2 a 13 de marzo de 1998), el Grupo de Trabajo examinó dos notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.93 y A/CN.9/WG.II/WP.96, respectivamente). En su 28.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó los textos de los proyectos de artículo 14 y 16 y 18 a 22 y pidió a la Secretaría que revisara el proyecto de artículo 17 (A/CN.9/447, párrs. 161 a 164 y 68, respectivamente).

9. En su 31.º período de sesiones (1998), la Comisión tuvo ante sí los informes de los períodos de sesiones 27.º y 28.º del Grupo de Trabajo (A/CN.9/445 y A/CN.9/447). La Comisión expresó su reconocimiento por la labor realizada y pidió al Grupo de Trabajo que continuase su labor con celeridad a fin de concluirlo en 1999 y que presentara el proyecto de Convención a la Comisión en su 33.º período de sesiones (2000) para su aprobación⁷.

10. El Grupo de Trabajo, que estuvo formado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró el presente período de sesiones en Viena del 5 al 16 de octubre de 1998. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Camerún, China, Colombia, Egipto, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Honduras, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Lituania, México, Nigeria, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Singapur, Sudán, Tailandia y Uganda.

11. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Angola, Azerbaiyán, Bangladesh, Belarús, Benin, Bolivia, Canadá, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Eslovaquia, Gabón, Georgia, Grecia, Indonesia, Iraq, Irlanda, Jamahiriya Árabe Libia, Líbano, Madagascar, Malí, Marruecos, Polonia, Portugal, República Checa, República de Corea, Suecia, Suiza, Turquía, Uruguay y Venezuela.

12. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Asociación Internacional de Abogados, Association of the Bar of the City of New York, Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF), Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Factors Chain International (FCI), Federación Bancaria de la Unión Europea, Federación Europea de Asociaciones Nacionales de Facturaje.

13. El Grupo de Trabajo eligió la siguiente Mesa:

Presidente: Sr. David Morán Bovio (España);

Relator: Sr. Jeffrey Wah-Teck Chan (Singapur).

14. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: el programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.97), una nota de la Secretaría titulada “Artículos revisados del proyecto de Convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación” (A/CN.9/WG.II/WP.96), otra nota de la Secretaría titulada “Artículos revisados del proyecto de Convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación: observaciones y sugerencias” (A/CN.9/WG.II/WP.98), un informe del grupo de expertos preparado por la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Interna-

cional Privado titulado “Financiación por cesión de créditos” (A/CN.9/WG.II/WP.99) y una propuesta de los Estados Unidos de América titulada “Pago liberatorio del deudor. Revisión propuesta de los artículos 5, 16 y 18” (A/CN.9/WG.II/WP.100).

15. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación del proyecto de Convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

I. DELIBERACIONES Y DECISIONES

16. Recordando que en su anterior período de sesiones, por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no había examinado los proyectos de artículo 23 y 24, y habida cuenta de la importancia de esas disposiciones, el Grupo de Trabajo decidió comenzar sus deliberaciones con el examen del proyecto de artículo 23. El Grupo de Trabajo examinó por el siguiente orden los proyectos de artículo 23, 5 i) a j), 24, 5 g) a h), 25, 33, 41 a 50, el preámbulo y los párrafos 1) y 2) del artículo 1, como se indica en el documento A/CN.9/WG.II/WP.96.

17. Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, comprendido su examen de los diversos proyectos de decisión, se consignan en los capítulos II a IV a continuación. El Grupo de Trabajo aprobó por el siguiente orden el texto de los proyectos de artículo 23, 33, 5 g) a h), 18 5 bis), 41 a 50, el preámbulo y los párrafos 1) y 2) del artículo 1 y con excepción de los párrafos 1) y 2) del artículo 1, los remitió a un grupo de redacción establecido por la Secretaría para armonizar las versiones en los distintos idiomas de los proyectos de artículo aprobados.

II. PROYECTO DE CONVENCION SOBRE LA CESION DE CREDITOS CON FINES DE FINANCIACION

Capítulo IV. Derechos, obligaciones y excepciones

Sección III. Terceros

Artículo 23. Conflicto de derechos entre varios cesionarios

18. El texto del proyecto de artículo 23 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) El orden de prelación entre varios cesionarios de los mismos créditos del mismo cedente se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente.

“2) No obstante lo dispuesto en el párrafo 1), los conflictos de prelación podrán resolverse mediante acuerdo entre los cesionarios con derechos mutuamente competitivos.”

⁷Ibíd., quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17), párr. 230.

Párrafo 1)

19. El Grupo de Trabajo estuvo generalmente de acuerdo con el principio general enunciado en el párrafo 1), según el cual el orden de prelación debe determinarse en función del derecho del Estado en que se encuentre el cedente. En cuanto a la formulación precisa de ese principio, el Grupo de Trabajo examinó la posibilidad de que el párrafo 1), conforme al criterio adoptado en el proyecto de artículo 31, contuviera una referencia concreta al momento de la cesión que hubiera de tenerse en cuenta para determinar el derecho aplicable a las cuestiones de prelación. Los debates se centraron en la posibilidad de que, al tratar las cesiones múltiples, el párrafo 1) regulara la cuestión del derecho aplicable en caso de que el cedente se trasladara a otro lugar tras la cesión: o bien la legislación del Estado en que se encontraba el cedente en el momento de la primera cesión o la del Estado en que se realizó la subsiguiente cesión. Se formularon diversas sugerencias; concretamente se sugirió que al final del párrafo 1) se agregaran palabras como “en el momento de la primera cesión” o “en el momento de la transferencia de los créditos”.

20. También se sugirió completar el proyecto de artículo 23 con palabras como las siguientes:

“Si el cedente cambia de ubicación después de la cesión, el cesionario con prelación conforme a la ley del Estado en que inicialmente se encontraba el cedente conservará su prelación:

“a) Por un período de [seis meses]; o

“b) Hasta que la prelación debiera haber cesado conforme a la ley del Estado donde inicialmente se encontraba el cedente; o

“c) Satisfaciendo los requisitos necesarios para obtener la prelación conforme a la ley del Estado de la nueva ubicación del cedente antes de que cese la prelación según los incisos a) o b) del presente artículo; o

“d) Si se da el caso de que tenga prelación conforme a la ley del Estado de la nueva ubicación del cedente.”

En apoyo de este nuevo texto se recordó que el cesionario con prelación en virtud de la legislación del Estado inicial no debería perder su lugar en el orden de prelación sólo porque el cedente ha cambiado de ubicación. Por otra parte, los derechos de los cesionarios en la nueva ubicación no deberían estar definitivamente subordinados a los derechos de los cesionarios de otras jurisdicciones.

21. Si bien se apoyaron ambas sugerencias, se consideró en general que, de añadirse uno de los nuevos textos sugeridos, se podría complicar innecesariamente la regla del párrafo 1), teniendo en cuenta que en la práctica muy raras veces se producía una reubicación del deudor entre cesiones dobles. Predominó la opinión de que si podían definirse con suficiente seguridad los conceptos de “prelación”, en el proyecto de artículo 5 i), y del lugar en que se encuentra una persona, en el proyecto de artículo 5 j), tal vez no resultara necesario modificar el texto del párrafo 1).

22. A continuación, el Grupo de Trabajo examinó brevemente la definición del término “prelación” y el concepto del Estado en que se encuentra una persona (incisos i) y j) del proyecto de artículo 5).

*Definición del término “prelación”
(proyecto de artículo 5 i))*

23. Se observó que este término era desconocido en algunos ordenamientos jurídicos y que la definición del proyecto de artículo 5 i) tal vez no ayudara a aclarar el significado exacto del término. Además, se señaló que en algunos de estos ordenamientos jurídicos la “prelación” podía entenderse como la eficacia de la cesión *erga omnes*, una interpretación que podía crear incertidumbre respecto de la coherencia entre las diversas disposiciones del proyecto de Convención y en particular sus artículos 29, 30 y 31.

24. Predominó la opinión de que el concepto de “prelación” era suficientemente claro y de que debía mantenerse sin cambios el proyecto de artículo 5 i). Se sostuvo que el proyecto de artículo 17 aclaraba los derechos del cesionario con prelación, concretamente el derecho a reclamar y conservar el pago efectuado a otra persona (para un breve examen del significado del término “prelación”, véase el párrafo 108, *infra*). Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 5 i) sin cambios.

Definición del concepto del Estado en que se encuentra una persona (proyecto de artículo 5 j))

25. El Grupo de Trabajo estudió el significado exacto del concepto del Estado en que se encuentra una persona, únicamente a los efectos del proyecto de artículo 23 (para un examen del significado de este concepto, véanse los párrafos 33 a 34, 88 a 89, 107 y 163 a 169, *infra*). Si bien se afirmó que sería más apropiado adoptar una definición única del concepto a los efectos de todo el proyecto de Convención, predominó la opinión de que podían adoptarse distintas reglas para distintos fines (por ejemplo, una regla para la aplicación del proyecto de Convención y otra distinta para sus artículos 23 y 24).

26. Con respecto al significado exacto del concepto de Estado en que se encuentra una persona en el contexto del proyecto de artículo 23, hubo opiniones divergentes. Se sostuvo, por ejemplo, que debería hacerse referencia al principal establecimiento o a una combinación de factores, incluido el lugar de ejecución, la administración central y el principal establecimiento. En apoyo de esta opinión se observó que este criterio flexible se adecuaría más a las tendencias seguidas en la práctica y reflejadas en los textos existentes, incluido el Convenio de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante denominado el “Convenio de Roma”), el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Además, se observó que la regla del lugar de constitución sería demasiado simple y no garantizaría a la Convención la uniformidad que pretende dársele, ya que esa regla se interpretaba de forma distinta en los diversos ordenamientos jurídicos. Asimismo, se argumentó que la regla del lugar de constitución podía tener como consecuencia imprevista la subordinación inadecuada de las actividades de una filial a la legislación del país en que se encontrara la sede principal. Se observó asimismo que ese criterio podría propiciar la arbitrariedad en la elección del foro y permitir a las partes constituirse en la jurisdicción cuya legislación en materia de prelación les resultara más conveniente.

27. No obstante, prevaleció la opinión de que debía hacerse referencia al lugar de constitución. Se señaló que era sumamente importante para los proveedores de fondos poder determinar fácilmente el derecho que regía los conflictos de prelación regulados por el proyecto de artículo 23. Sobre esa base, los proveedores de fondos decidirían si concederían crédito y a qué costo. Por esta razón, se observó que convenía hacer referencia a una jurisdicción única y fácilmente determinable. Se argumentó que todo otro criterio podía impedir que se lograra el objetivo del proyecto de Convención, que es facilitar la concesión de crédito a bajo costo. Además, se afirmó que los textos antes mencionados no servían como referencia dado que, a diferencia del Convenio de Roma, el proyecto de Convención regulaba los efectos de propiedad de la cesión frente a terceros más allá del deudor; y además, a diferencia de los textos antes mencionados que regulan la insolvencia, el proyecto de artículo 23 prevé la planificación en la financiación de un cedente solvente. Además, se sostuvo que a efectos del proyecto de artículo 23 sólo podían obtenerse resultados coherentes si los conflictos entre cesiones efectuadas por la sede principal y cesiones realizadas por una filial del cedente estaban sujetos a la misma legislación.

28. En respuesta a una pregunta, se observó que la referencia al lugar de constitución del cedente sería más apropiada, dado que en algunos países las sociedades podían tener más de una sede estatutaria.

29. El Grupo de Trabajo pasó a ocuparse de la cuestión de la ubicación de las sociedades no constituidas (por ejemplo, sociedades en comandita, consorcios). Se expresó la opinión de que no era necesario regular esa cuestión en el proyecto de Convención con el argumento de que en muchos ordenamientos jurídicos las sociedades no constituidas entraban en la categoría de personas. Además se observó que, en cualquier caso, la cantidad de créditos cedidos con fines de financiación por sociedades no constituidas era insignificante y no tenía por qué regularse. Además, se argumentó que normalmente los proveedores de fondos subordinan el crédito a la constitución de una sociedad por parte de los interesados. No obstante, prevaleció la opinión de que la cuestión merecía atención en el contexto del proyecto de Convención. Se sostuvo que no había motivo para excluir del ámbito de aplicación del proyecto de Convención las prácticas de financiación en que intervenían sociedades no constituidas. Además, se observó que en algunos países había importantes prácticas de cesión de créditos con fines de financiación en las que intervenían sociedades no constituidas.

30. Con respecto al modo concreto en que debía tratarse la cuestión se hicieron varias sugerencias. Por ejemplo, se sugirió que se hiciera referencia al lugar determinado por las partes en sus acuerdos. Esta sugerencia fue criticada porque podía propiciar resultados incoherentes, en el caso en que en distintas cesiones se determinaran lugares diferentes, y porque sería inapropiada al dar a las partes en una cesión la posibilidad de afectar los derechos de terceros mediante su acuerdo. También se sugirió disponer que las sociedades no constituidas se encontraban en el Estado en que tenían su principal establecimiento. Esta sugerencia no recibió apoyo suficiente. En otra de las sugerencias se propuso que se considerara que las sociedades no constituidas para cuyo establecimiento se hubiera registrado un documento constitutivo se encontraban en el Estado en que se había registrado ese

documento, en tanto que para otras sociedades no constituidas podría hacerse referencia al lugar en que tenían su principal centro de administración. Esta sugerencia recibió un amplio apoyo en el Grupo de Trabajo. Se sostuvo que la principal ventaja de este criterio radicaría en que facilitaría la determinación de una única jurisdicción como ubicación de la sociedad no constituida a efectos de determinación del derecho aplicable a las cuestiones de prelación. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió que en el proyecto de artículo 23 se hiciera referencia al lugar de constitución del cedente, dejando la formulación exacta en manos del grupo de redacción.

Párrafo 2)

31. Se apoyó ampliamente el principio de que el cesionario con prelación pudiera renunciar mediante acuerdo a tal prelación. Si bien se expresó la opinión de que el párrafo 2) contenía una disposición evidente, el Grupo de Trabajo decidió mantenerla en el texto, a fin de arrojar luz sobre un punto que tal vez no esté claro en todos los ordenamientos jurídicos. Con respecto a la formulación exacta del principio, se formularon varias observaciones; concretamente se dijo que el texto actual no preveía los acuerdos de cesión de prelación entre el cedente y el cesionario en beneficio de otras personas y no se especificaba si los acuerdos de cesión podían concertarse sólo cuando surgiera un conflicto o también con anterioridad. A fin de tener en cuenta estos argumentos, se sugirió que se modificara el párrafo 2) con un texto como el siguiente: “Todo cesionario con derecho a prelación en virtud del párrafo 2) podrá acordar en cualquier momento con el cedente u otro cesionario la cesión de su derecho de prelación a ese otro cesionario”. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió que el principio se expresara de la forma más amplia posible, dejando en manos del grupo de redacción la formulación exacta del párrafo 2).

Artículo 24. Conflicto de derechos entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente

32. El texto del proyecto de artículo 24 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) El orden de prelación entre un cesionario y los acreedores del cedente se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente.

“2) El orden de prelación entre un cesionario y el administrador de la insolvencia se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente.

“3) Nada de lo dispuesto en el presente artículo obliga a los tribunales a adoptar medidas que sean manifiestamente contrarias al orden público del Estado en que se encuentre el tribunal.

“4) En caso de iniciarse un proceso de insolvencia en un Estado que no sea el Estado en que se encuentra el cedente,

“*Variante A:*

“salvo lo dispuesto en el presente artículo, la presente Convención no afectará a los derechos del administrador de la insolvencia ni a los de los acreedores del cedente.

“Variante B:

“la presente Convención no afectará:

“a) A ningún derecho de que dispongan los acreedores del cedente a evitar o hacer de otro modo ineficaz, o a iniciar una acción tendiente a evitar o hacer de otro modo ineficaz, la cesión como transferencia fraudulenta o preferencial;

“b) A ningún derecho de que disponga el administrador de la insolvencia,

“i) A evitar o hacer de otro modo ineficaz, o a iniciar una acción tendiente a evitar o hacer de otro modo ineficaz, la cesión como transferencia fraudulenta o preferencial,

“ii) A evitar o hacer de otro modo ineficaz, o a iniciar una acción tendiente a evitar o hacer de otro modo ineficaz, la cesión de créditos que no han nacido en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia,

“iii) A deducir de los créditos cedidos los gastos del administrador de la insolvencia en el cumplimiento del contrato de origen, o

“iv) A deducir de los créditos cedidos los gastos del administrador de la insolvencia en el mantenimiento, la conservación y la ejecución de los créditos a solicitud y en beneficio del cesionario;

“c) [Caso de que los créditos cedidos constituyan garantía de deudas u otras obligaciones,] las reglas o procedimientos que rigen generalmente la insolvencia del cedente:

“i) Que permitan al administrador de la insolvencia efectuar deducciones en los créditos cedidos,

“ii) Que dispongan la suspensión del derecho de los diversos cesionarios o acreedores del cedente a cobrar los créditos durante el procedimiento de insolvencia,

“iii) Que permitan la sustitución de los créditos cedidos por nuevos créditos de un valor por lo menos igual,

“iv) Que prevean el derecho del administrador de la insolvencia a obtener préstamos utilizando como garantía los créditos cedidos en la medida en que su valor exceda del de las obligaciones garantizadas, o

“v) Otras reglas y procedimientos de efecto análogo y de aplicación general en la insolvencia del deudor [específicamente descritas por un Estado contratante en una declaración hecha en virtud del artículo 43].

“5) El cesionario que haga valer derechos de conformidad con el presente artículo no gozará de menos derechos que un cesionario que haga valer derechos de conformidad con otro régimen.”

Párrafos 1) y 2)

33. Se observó que la finalidad principal de los párrafos 1) y 2) era asegurar que la legislación que regía la prelación y la

que regía la insolvencia del cedente fueran la legislación de la misma jurisdicción, sometiendo las cuestiones de prelación a la legislación del Estado en que más probablemente se inicie el proceso de insolvencia del cedente. En caso de que el proceso de insolvencia se inicie en una jurisdicción que no sea la del Estado en que se encuentra el cedente, se señaló que el criterio básico del proyecto de artículo 24 era salvaguardar en gran medida los derechos del administrador de la insolvencia y de los acreedores del cedente que se deriven del derecho aplicable fuera del ámbito del proyecto de Convención. Además, se observó que a fin de que el proyecto de artículo 24 mantenga un equilibrio adecuado entre el proyecto de Convención y la legislación aplicable en materia de insolvencia, y para mantener la coherencia con otros textos como el Convenio de la Unión Europea sobre los procedimientos de insolvencia y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, tal vez sea necesario establecer, en el contexto del proyecto de artículo 24, una regla distinta en cuanto a la ubicación que no sea la del lugar de constitución, adoptada en el contexto del proyecto de artículo 23.

34. Se expresó la opinión de que los conflictos de prelación entre un cesionario y un administrador de la insolvencia del cedente deberían estar sujetos a la legislación que rija el proceso de insolvencia (*lex fori concursus*). Sin embargo, prevaleció la opinión de que los párrafos 1) y 2) ya sometían adecuadamente los conflictos de prelación a la legislación del lugar en que se encontraba el cedente (por ejemplo, la legislación del lugar de constitución del cedente). El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de los párrafos 1) y 2) y los remitió al grupo de redacción suponiendo que se daría a los conceptos de “prelación” y del “estado en que se encuentra el cedente” el mismo significado tanto en el proyecto de artículo 24 como en el artículo 23, por referencia a las definiciones que figuran en los incisos *i*) y *j*) del proyecto de artículo 5 (véanse los párrafos 23 a 30, *supra*, y los párrafos 88 a 89, 107 y 163 a 169, *infra*).

Párrafos 3) y 4)

35. El Grupo de Trabajo expresó su apoyo general de los principios enunciados en el párrafo 3) y en las palabras iniciales del texto de la variante A. Se planteó la cuestión de si en el proyecto de artículo 24 se trataba debidamente la cuestión de los acreedores preferenciales que en virtud del derecho de insolvencia aplicable en ciertos países tenían preferencia frente a los cesionarios. El Grupo de Trabajo convino en general en la necesidad de que en el proyecto de Convención se evitara interferir indebidamente en el derecho aplicable en materia de insolvencia. Así pues, a fin de no poner en peligro la aceptabilidad del proyecto de Convención, habría que salvaguardar los derechos de los acreedores preferenciales (por ejemplo, el gobierno en lo fiscal o los sueldos de los empleados) establecidos por la legislación nacional por razones de orden público. Se expresaron diversas opiniones sobre el modo en que se podría dar cabida a ese principio en el proyecto de Convención.

36. Según una opinión, los derechos de los acreedores preferenciales ya estaban suficientemente regulados por el párrafo 3) con la referencia al “orden público” del Estado en que se [encontraba] el tribunal). Se respondió que no convendría asimilar la referencia al “orden público en el párrafo 3) a una referencia al orden público del Estado en que se en-

contraba el tribunal. Se trataba más bien de una referencia al “orden público internacional”, es decir, al concepto restrictivo del orden público previsto en el derecho internacional privado, que no suele abarcar reglas como las de protección de los acreedores preferenciales en la legislación de muchos países. A fin de aclarar el significado del párrafo 3), se propuso que se modificara su texto y se redactara en términos como los siguientes: “No obstante los párrafos 1) y 2), el tribunal podrá denegar la aplicación de las disposiciones de la legislación del Estado en que se encuentre el cedente en la medida en que esas disposiciones sean manifiestamente contrarias al orden público del Estado en que se encuentre el tribunal”. Tras las deliberaciones, se consideró que el contenido de la propuesta era generalmente aceptable y se remitió al grupo de redacción.

37. Según otra opinión, la cuestión de los acreedores preferenciales podía resolverse modificando la variante A del párrafo 4). Con miras a salvaguardar “los derechos de los acreedores del cedente” (que incluían los derechos de los acreedores preferenciales), se sugirió que se suprimieran las palabras “salvo lo dispuesto en el presente artículo”, al principio de la variante A. Esta propuesta fue criticada por considerarse que al suprimir las palabras “salvo lo dispuesto en el presente artículo” se anularía el efecto de los párrafos 1) y 2), se alteraría el equilibrio de todo el proyecto de artículo 24 y se desvirtuaría el párrafo 4). Además, se expresó la opinión de que “los derechos de los acreedores del cedente”, en el contexto de un “proceso de insolvencia iniciado en un Estado que no fuera el Estado en que se [encontraba] el cedente”, tal vez no abarcara adecuadamente los derechos de los acreedores preferenciales al margen del proceso de insolvencia.

38. Según otra de las opiniones, la forma más apropiada de resolver el problema de los acreedores preferenciales era formulando una declaración en el contexto del proyecto de artículo 44. Recibió un gran apoyo la idea de ampliar la posibilidad de formular declaraciones o reservas respecto de los acreedores preferenciales. Se estimó que de este modo se mantendría la flexibilidad necesaria para que cada Estado contratante pudiera establecer normas concretas para los acreedores preferenciales. Se observó que este criterio fomentaría además la transparencia al obligar a los Estados a dar a conocer al mundo su intención de formular normas concretas para los acreedores preferenciales. No obstante, predominó la opinión de que el texto actual del proyecto de artículo 44 no reflejaba suficientemente el criterio sugerido. Además se argumentó que el proyecto de artículo 44 podía inducir a error e interpretarse como una invitación a los Estados a formular una reserva sobre la totalidad de su legislación en materia de insolvencia, con lo cual se reduciría el grado de certeza que se había conseguido dar al proyecto de artículo 24.

39. A fin de abordar mejor el problema de los derechos de los acreedores preferenciales, se sugirió añadir un nuevo párrafo 4 *bis*) al proyecto de artículo 24 que tratara la cuestión de los acreedores preferenciales en términos como los siguientes: “De iniciarse un proceso de insolvencia en un Estado que no sea el Estado en que se encuentra el cedente, todo derecho no contractual que en virtud de la legislación del foro tendría prioridad sobre los derechos de un cesionario seguirá teniendo prioridad, pero sólo a condición de que el Estado del foro haya especificado dicha prioridad en un ins-

trumento depositado en poder del depositario antes de efectuarse la cesión”. Si bien el nuevo párrafo propuesto recibió un amplio apoyo, se expresó el temor de que la necesidad de que los Estados contratantes formularan en una declaración todos los “derechos” que en virtud de la legislación nacional “tendrían prioridad sobre los derechos de un cesionario” pudiera mermar la aceptabilidad del proyecto de Convención. En cuanto a la redacción, el nuevo párrafo propuesto, de ser aprobado, debería insertarse en las cláusulas finales y no en las disposiciones de fondo del proyecto de Convención. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió insertar entre corchetes el nuevo párrafo 4 *bis*) en el texto del proyecto de artículo 24 con miras a reexaminarlo ulteriormente. El texto del artículo propuesto fue remitido al grupo de redacción.

Párrafo 5)

40. Se observó que la finalidad del párrafo 5) era reflejar el principio de no discriminación de los cesionarios que se acogan al régimen de la Convención asegurando que los cesionarios que hagan valer derechos de conformidad con la legislación del Estado en que se encuentre el cedente no gozarán de menos derechos frente a los acreedores del cedente o al administrador de la insolvencia que los cesionarios que hagan valer derechos conforme a la legislación aplicable al margen del proyecto de Convención. En cuanto a la redacción, se sugirió que en la versión inglesa se sustituyera la palabra “fewer” por la palabra “less”. A reserva de este cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 5).

Capítulo V. Cesiones subsiguientes

Artículo 25. *Ámbito de aplicación*

41. El texto del proyecto de artículo 25 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“La presente Convención será aplicable a:

“a) Las cesiones de créditos efectuadas por el cesionario inicial o por otro cesionario en beneficio de cesionarios subsiguientes (‘cesiones subsiguientes’) regidas por el artículo 1 de la presente Convención, a pesar de que la cesión inicial u otras cesiones anteriores no se rijan por la presente Convención; y

“b) Toda cesión subsiguiente, siempre y cuando la cesión inicial se rija por la presente Convención como si el cesionario subsiguiente fuera el cesionario inicial.”

Inciso a)

42. Se recordó que el inciso a) no parecía ajustarse al principio de *continuatio juris* enunciado en el inciso b). Sin embargo, se consideró en general que era conveniente regular las cesiones subsiguientes que pudieran entrar en el ámbito del proyecto de Convención, aunque la cesión inicial no entrara en dicho ámbito (por ejemplo, una cesión subsiguiente en una operación de bursatilización puede quedar abarcada aun cuando la cesión inicial sea una cesión nacional de créditos nacionales).

43. Se expresó el temor de que el inciso a), en combinación con el proyecto de artículo 27, pudiera tener como consecuencia imprevista que el deudor que pagara conforme al

proyecto de artículo 27 no quedara liberado de su obligación derivada de la legislación aplicable a la cesión inicial. No obstante, se acordó en general que el párrafo 5) del proyecto de artículo 18, en virtud del cual el deudor podía liberarse de su obligación pagando a la persona adecuada conforme al derecho aplicable al margen del proyecto de Convención, ya regulaba suficientemente esa situación. Se sostuvo que el proyecto de artículo 27 era una disposición especial que regulaba la cuestión concreta de las notificaciones múltiples en relación con las cesiones subsiguientes, sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales para el pago liberatorio del deudor que figuraban en el proyecto de artículo 18.

44. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido del inciso a) era generalmente aceptable y lo remitió al grupo de redacción.

Inciso b)

45. Se recordó que la finalidad del inciso b) era reflejar el principio de *continuatio juris*, en virtud del cual toda cesión subsiguiente debía regirse por el mismo régimen que la cesión inicial. En ausencia de tal disposición, de producirse una cadena de cesiones, las partes no tendrían ninguna certeza sobre sus derechos, ya que cada cesión podría estar sujeta a un régimen jurídico distinto. Se observó que el inciso b) podía funcionar bien si el crédito inicial era internacional, ya que todo cesionario ulterior podría prever la aplicabilidad del proyecto de Convención a las cesiones subsiguientes en virtud del carácter internacional del crédito. No obstante, se expresó la preocupación de que, en el caso de los créditos nacionales, la aplicación del inciso b) tal vez no resultara satisfactoria, dado que el cesionario subsiguiente no podría prever la aplicabilidad del proyecto de Convención a una cesión nacional de un crédito nacional. A fin de evitar la situación en que el proyecto de Convención fuera aplicable a las cesiones nacionales de créditos nacionales, se sugirió que al final del inciso b) se añadieran palabras como las siguientes: “siempre y cuando, tratándose de un crédito nacional, una cesión subsiguiente en que el cedente y el cesionario se encuentren en el mismo Estado que el deudor no se rija por la presente Convención”.

46. Se consideró en general que si bien debía tenerse presente el problema mencionado al examinar las disposiciones del proyecto de Convención relativas a la protección del deudor, convendría redactar el inciso b) dando un amplio ámbito de aplicación al proyecto de Convención y ofreciendo así una máxima certeza en cuanto al régimen jurídico aplicable, particularmente a las cesiones globales. Se convino en que, para reflejar mejor el principio de “una vez internacional, siempre internacional”, habría que revisar el inciso b) para disponer que el proyecto de Convención sería aplicable a toda cesión subsiguiente, a condición de que fuera aplicable a la cesión inicial o a cualquier otra cesión anterior a la última cesión subsiguiente. A reserva de esta enmienda, se consideró que el contenido del inciso b) era generalmente aceptable y se remitió su texto al grupo de redacción.

Artículo 26. Acuerdos de limitación de las cesiones subsiguientes

47. El texto del proyecto de artículo 26 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Todo crédito cedido por el cesionario inicial o por un ulterior cesionario a un cesionario subsiguiente ha de tenerse por transferido pese a todo acuerdo entre el cedente inicial o un ulterior cedente y el deudor o un cesionario subsiguiente por el que se limite de alguna manera el derecho del cedente inicial o de un ulterior cedente a ceder sus créditos.

“2) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones o a la responsabilidad que se deriven del incumplimiento de ese acuerdo, pero la persona que no sea parte en ese acuerdo no será responsable por tal incumplimiento.”

Párrafo 1)

48. Se expresó la preocupación de que el párrafo 1) pudiera interferir indebidamente en las prácticas de contratación pública y otras prácticas de contratación estatal al no tener en cuenta el efecto de las cláusulas de intransferibilidad que puedan insertarse en esos contratos. Así pues, en virtud del párrafo 1), un gobierno o entidad pública podría verse obligado a pagar a una parte como cesionaria, aunque la entidad pública hubiera dispuesto expresamente que no aceptaría tratos con esa parte. Se argumentó que esa consecuencia del párrafo 1) podría afectar gravemente a la aceptabilidad del proyecto de Convención. El Grupo de Trabajo tomó nota de esa preocupación y convino en que tal vez debiera examinarse más a fondo en el contexto del proyecto de artículo 12, que contenía las principales disposiciones relativas a las cláusulas de intransferibilidad. Tras las deliberaciones, se consideró que el contenido del párrafo 1) era generalmente aceptable y se remitió al grupo de redacción.

Párrafo 2)

49. El debate se centró en la posibilidad de que un cesionario que no fuera parte en un acuerdo que contuviera una cláusula de intransferibilidad fuera considerado responsable en caso de incumplimiento de tal cláusula. Hubo acuerdo general en que normalmente el cesionario no podía estar vinculado por una responsabilidad contractual por la obvia razón de que el cesionario no estaba al tanto del acuerdo que contenía la mencionada cláusula. Además, se convino en que incluso en las situaciones excepcionales en que los terceros podían ser considerados responsables en materia contractual, el proyecto de Convención debía excluir tal responsabilidad.

50. Sin embargo, en lo que respecta a la responsabilidad extracontractual, se expresaron diversas opiniones. Por ejemplo, se sostuvo que si el objetivo del proyecto de Convención era facilitar el acceso al crédito, habría que evitar imponer a los cesionarios, que eran proveedores potenciales de fondos, cualquier tipo de responsabilidad por el incumplimiento de una cláusula de intransferibilidad. Por otra parte, se argumentó que en virtud de la legislación de muchos países ciertas conductas indebidas del cesionario podían acarrear responsabilidad extracontractual (por ejemplo, en caso de que el cesionario indujera al cedente a ceder créditos en violación de una cláusula de intransferibilidad con el propósito de perjudicar al deudor). Se sostuvo que, en tanto que con esa responsabilidad extracontractual se sancionaran únicamente las conductas dolosas por parte del cesionario, habría que

aplicar la legislación nacional de responsabilidad extracontractual. Además, se observó que el mero hecho de que el cesionario tuviera conocimiento de la existencia de una cláusula de intransferibilidad no debería acarrear la responsabilidad del cesionario, ya que tal posibilidad podría disuadir a posibles cesionarios a la hora de realizar operaciones de cesión de créditos.

51. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo convino en que el párrafo 2) debía revisarse con objeto de asegurar que el cesionario no estuviera sujeto a responsabilidad contractual en caso de incumplimiento de una cláusula de intransferibilidad por parte del cedente, dejando en manos del derecho nacional la sanción de conductas manifiestamente indebidas. El Grupo de Trabajo también convino en ajustar el párrafo 2) del artículo 12 al párrafo 2) del proyecto de artículo 26 revisado.

Artículo 27. *Pago liberatorio del deudor*

52. El texto del proyecto de artículo 27 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Pese a que la invalidez de una cesión intermedia inválida toda cesión ulterior, el deudor podrá efectuar el pago de conformidad con las instrucciones de pago contenidas en el primer aviso recibido por el deudor, quedando con ello liberado de su obligación.”

53. El Grupo de Trabajo convino en que el proyecto de artículo 27 debería regular la cuestión de los avisos múltiples relativos a cesiones subsiguientes permitiendo que el deudor se liberara de su obligación únicamente pagando a la persona o a la dirección indicada en el aviso de la última cesión. Se señaló que, al requerir el pago al último cesionario, dicho enfoque facilitaría la concesión de crédito por dicho cesionario y con ello promovería prácticas que supusieran cesiones ulteriores. En cuanto a la redacción, se propuso revisar el título del proyecto de artículo 27 a fin de reflejar mejor el contenido de ese artículo. Con respecto a las situaciones en que se tratara a la vez de varios avisos relativos a la misma cesión (reguladas en el párrafo 3) del proyecto de artículo 18) y de varios avisos relativos a cesiones subsiguientes (reguladas en el proyecto de artículo 27), se convino en general en que, al aplicarse conjuntamente el párrafo 3) del proyecto de artículo 18 y el artículo 27, el deudor podría quedar liberado únicamente al efectuar el pago a la persona o a la dirección indicada en el primer aviso de la última cesión. Se señaló que, para que el párrafo 3) del proyecto de artículo 18 y el proyecto de artículo 27 funcionaran correctamente, el deudor que recibiera varios avisos necesitaría tal vez saber si se referían a varias cesiones de los mismos créditos por el mismo cedente o a cesiones subsiguientes. El Grupo de Trabajo convino en que dicha cuestión podría abordarse en el contexto del proyecto de artículo 28, que trata del contenido del aviso en el caso de cesiones subsiguientes (véanse los párrafos 63 a 66, *infra*).

54. Con respecto a toda otra cuestión relativa a los derechos y obligaciones del deudor, se convino en que el proyecto de Convención debía ser aplicable cuando se tratara únicamente de una cesión o también de cesiones subsiguientes. Hubo acuerdo general en que el resultado se derivaba del proyecto de artículo 25, en que se disponía que el proyecto de Convención sería aplicable a toda cesión subsiguiente

“como si el cesionario subsiguiente fuera el cesionario inicial”. A fin de reflejar mejor el entendimiento de que a las cesiones subsiguientes se aplicaban otras disposiciones del proyecto de Convención, salvo en caso de que se hubiera elaborado una norma especial para las cesiones subsiguientes, se propuso que los artículos 25 a 28 del proyecto se insertaran junto a las disposiciones pertinentes del proyecto de Convención (artículos 1, 12, 18 y 16, respectivamente) y no en un capítulo aparte. El Grupo de Trabajo convino en que la cuestión podría examinarse en el contexto de las deliberaciones sobre esas otras disposiciones pertinentes.

55. Se expresaron opiniones divergentes sobre la cuestión de si el deudor debía quedar liberado pagando al último cesionario en caso de ser inválida una cesión de una cadena de cesiones y, en particular, si el deudor tenía conocimiento o había recibido aviso de dicha invalidez. Una de las opiniones fue que el deudor debía quedar liberado pagando al último cesionario, incluso en el caso de que una cesión fuera inválida y de que el deudor tuviera conocimiento de esa invalidez. Concretamente se argumentó que, al supeditarse la liberación del deudor a la validez de la cesión o al conocimiento de su invalidez, se impondría impropriamente al deudor la carga de tener que determinar si la cesión era válida. Se señaló también que dicho enfoque tendría como consecuencia imprevista una situación en que el deudor requeriría del cesionario más que un mero aviso de la cesión. Además, la cuestión de si el conocimiento de la invalidez de la cesión por parte del deudor constituía comportamiento fraudulento que viciaba el pago podía dejarse en manos de la legislación aplicable fuera del ámbito del proyecto de Convención.

56. Otra opinión fue que si una cesión era inválida el deudor no podía quedar liberado pagando a la persona o a la dirección indicada en el aviso, pues el “aviso” no sería tal en el sentido del párrafo 3) del proyecto de artículo 16 y el “cesionario” no sería cesionario con arreglo al proyecto de Convención. Se señaló que en caso de que el deudor tuviera conocimiento de la invalidez, sería contrario a todo criterio aceptable de buena fe permitir que el deudor quedara liberado pagando a la persona que hubiera recibido una cesión inválida. Por ello, se propuso que fuera el deudor quien corriera el riesgo de invalidez de la cesión.

57. Con ánimo de compaginar la necesidad de proteger al deudor que pagase de buena fe a una persona que hubiera recibido una cesión inválida y con la de proteger los derechos del propietario legítimo de los créditos, velando al mismo tiempo por el mantenimiento de normas aceptables de conducta, se sugirió insertar en el proyecto de artículo 27 un texto del siguiente tenor: “El deudor quedará liberado pese a la eventual invalidez de una determinada cesión que forme parte de una cadena de cesiones si efectúa el pago de buena fe y sin que se le haya notificado la invalidez de ninguna cesión de la cadena de cesiones, con arreglo a las instrucciones de pago establecidas en el aviso de la última cesión que haya recibido el deudor”. Esta sugerencia recibió cierto apoyo por estimarse que podría producir los resultados deseados si se aplicaba junto con el párrafo 4) del proyecto de artículo 18, en virtud del cual el deudor, en caso de haber recibido del cesionario aviso de la cesión, tenía derecho a pedir más información al cesionario. Sin embargo, la propuesta fue criticada por varios motivos, entre ellos, porque si bien se justificaba aplicar un criterio de buena fe para proteger al deudor en el caso de una deuda incorporada a un título negociable,

para que el deudor quedara liberado no bastaría con que pagara a una persona que hubiese sido objeto de una cesión inválida; porque el principio de buena fe podría introducir cierto grado de incertidumbre, pues su significado exacto no estaba absolutamente claro ni era uniforme, y comoquiera que el concepto de buena fe estaba implícito en otros artículos del proyecto, si sólo se mencionara explícitamente en este proyecto de artículo podría quedar en entredicho el significado de los otros artículos.

58. Tras un debate, el Grupo de Trabajo acordó que la cuestión de la liberación del deudor mediante el pago a una persona que hubiera sido objeto de una cesión inválida se planteaba únicamente en situaciones excepcionales y que podía dejarse en manos de la legislación aplicable fuera del ámbito del proyecto de Convención. El Grupo de Trabajo observó que la cuestión de la invalidez también podría plantearse en el contexto de la cesión inicial. Así pues, el Grupo de Trabajo pidió al grupo de redacción que preparara una disposición en que se reflejara dicho consenso y que revisara el proyecto de artículo 27 a fin de regular la cuestión de los avisos múltiples relativos a cesiones subsiguientes.

Artículo 28. *Aviso dado al deudor*

59. El texto del proyecto de artículo 28 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Todo aviso dado respecto de una cesión subsiguiente constituye un aviso respecto de [toda cesión anterior] [la cesión inmediatamente anterior].”

60. Se recordó que, tal como se mencionó en el contexto del 27.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/445, párr. 46), el proyecto de artículo 28 era uno de los artículos más importantes del proyecto de Convención, particularmente desde el punto de vista de los proveedores de fondos que intervienen en el facturaje (*factoring*) internacional. Se explicó que en el facturaje internacional el cedente cedía los créditos a un cesionario en el país del cedente (empresa de facturaje exportadora) y que la empresa de facturaje exportadora cedía esos créditos a un cesionario en el país del deudor (empresa de facturaje importadora). Habida cuenta de que sólo solía notificarse al deudor la segunda cesión, era necesario disponer que ese aviso constituía además aviso de la primera cesión, a fin de asegurar el derecho de la empresa de facturaje importadora a reclamar por vía judicial el pago de ese crédito por el deudor. En aquel período de sesiones, el Grupo de Trabajo había pedido a la Secretaría que agregara al proyecto de artículo 28 una regla análoga a la del párrafo 2) del artículo 11 del Convenio del UNIDROIT sobre el Facturaje Internacional (Ottawa, 1998; en adelante denominado el “Convenio de Ottawa”), que disponía que “...la notificación de la cesión subsiguiente constituirá asimismo notificación de la cesión a la empresa de facturaje” (A/CN.9/445, párr. 46).

61. En cuanto a la redacción, se convino en general en que debía revisarse el título del proyecto de artículo 28 para reflejar mejor el contenido de la disposición. Se decidió darle un título como el siguiente: “Aviso de cesiones subsiguientes”. La cuestión fue remitida al grupo de redacción.

62. Con respecto a las palabras que figuran entre corchetes (“[toda cesión anterior] [la cesión inmediatamente ante-

rior]”), se consideró en general que la regla enunciada en el proyecto de artículo 28 debería ser ampliamente aplicable a cualquier cesión anterior. Esta cuestión se remitió también al grupo de redacción.

63. Se planteó el problema de que el contenido del aviso relativo a cesiones subsiguientes tal vez tuviera que ser diferente, ya que el deudor que recibiera el aviso tendría que poder determinar si había cesiones subsiguientes o varias cesiones de los mismos créditos del mismo cedente. Predominó la opinión de que esa información podía ser crucial para el deudor, dado que éste se liberaría de su obligación al pagar al último cesionario de una cadena de cesiones subsiguientes (proyecto de artículo 27), o pagando al primer cesionario que diera aviso en caso de múltiples cesiones (proyecto de artículo 18 3)). Se formularon diversas sugerencias para paliar el problema. Una sugerencia que recibió escaso apoyo fue la de que el proyecto de Convención estableciera dos reglas distintas. La regla general sobre el pago liberatorio del deudor dispondría que, en caso de que el aviso de la cesión fuera dado por varios cesionarios, el deudor quedaría liberado de su obligación pagando de conformidad con el primer aviso. La otra regla sería aplicable a los casos en que sólo se recibiera un aviso pero cuando en ese aviso constara que se refería a una cesión subsiguiente en una serie de cesiones. El deudor quedaría pues liberado de su obligación pagando al último cesionario de la cadena.

64. En otra sugerencia que recibió un apoyo considerable se propuso que en el aviso de una serie de cesiones subsiguientes se especificara el nombre del cedente y de todos los sucesivos cesionarios, a fin de que el deudor pudiera tener certeza en cuanto al derecho del último cesionario de la cadena a recibir el pago. Se observó que el caso de cesiones sucesivas era comparable a la situación que se daba cuando una letra de cambio había sido transferida a sucesivos endosatarios. Esta sugerencia fue criticada por considerarse que la enumeración de todos los sucesivos cesionarios representaría una carga excesiva, contraria a la práctica establecida, que podría confundir a los deudores. Se señaló que a efectos prácticos en general la información sobre las cesiones intermedias tendría escaso interés para el deudor, en particular en el caso de un aviso dado por el cedente o de un único aviso.

65. Se sugirió también que en el aviso de la cesión se mencionara únicamente el nombre del cedente inicial, a fin de que el deudor pudiera ver de qué crédito se trataba, y el nombre del cesionario al que tenía que pagar. Esta sugerencia fue criticada por su insuficiente protección del deudor, que no tendría certeza respecto de la validez de la cesión. Frente a este argumento se observó que el problema podría verse paliado por el hecho de que el deudor, conocedor del derecho que rige el pago liberatorio a un cesionario en caso de cesión inválida (es decir, el derecho que rige el crédito), sería consciente del riesgo que supondría no quedar válidamente liberado de su obligación y podría protegerse solicitando más pruebas al cesionario que le hubiera dado aviso (proyecto de artículo 18 4)). Además, se señaló que los cesionarios razonables, para asegurar que el deudor efectúe el pago según sus instrucciones, proporcionarían normalmente al deudor información suficiente.

66. Tras las deliberaciones, se convino en general en que si bien por razones prácticas el requisito de aviso debía enunciarse con la mayor simplicidad posible, el proyecto de

artículo 18 4) protegía suficientemente al deudor de toda incertidumbre. En caso de que el deudor requiriera pruebas de la validez de una cesión, tenía derecho a obtener esas pruebas del cesionario o a liberarse de su obligación pagando al cedente. Sobre esta base, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido del proyecto de artículo 28 y lo remitió al grupo de redacción.

Capítulo VI. Conflictos de leyes

A. Observaciones generales

67. Se señaló que el capítulo VI había sido tema de debate en una reunión especial de expertos organizada por la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en cooperación con la Secretaría. El Grupo de Trabajo acogió con satisfacción esa cooperación que había dado validez al criterio seguido por el Grupo de Trabajo en diversas cuestiones, y expresó su reconocimiento a la Secretaría y a la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya. Se observó que el informe de esa reunión, preparado por la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya, contenía recomendaciones sobre varias cuestiones, mientras que sobre otras cuestiones no se habían hecho recomendaciones. En particular se señaló que algunos expertos habían hecho sugerencias concretas relativas a: la aprobación de una disposición sobre la ubicación del cedente que se ajustara al artículo 4 del Convenio de Roma o al artículo 3 del Convenio de la Unión Europea relativo a los procedimientos de insolvencia, y la supresión del capítulo VI o, al menos, su adaptación al Convenio de Roma.

68. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si el capítulo VI debía suprimirse por completo. En favor del mantenimiento del capítulo VI en el texto del proyecto se argumentó que podía ser útil para ampliar el ámbito territorial de aplicación del proyecto de Convención (en los párrafos 2) y 3) del proyecto de artículo 1 con palabras entre corchetes), a fin de llenar las lagunas en cuestiones tratadas pero no expresamente resueltas por el proyecto de Convención (en el párrafo 2) del artículo 8, en combinación con las palabras iniciales de los artículos 29 y 30 del proyecto) o de ofrecer un segundo nivel de armonización en cuestiones dejadas en manos del derecho aplicable fuera del ámbito del proyecto de Convención, incluso en el contexto de transacciones no abarcadas por el proyecto de Convención (proyecto de artículo 1 3) sin las palabras entre corchetes).

69. En favor de la supresión total del capítulo VI se observó que podía crear una falta de uniformidad, ya que no constituía una codificación general de los principios de derecho internacional privado. Además, se observó que la cesión no presentaba ninguna característica especial en lo referente a la relación entre el cedente y el cesionario que justificara la inclusión de reglas de derecho internacional privado en una convención especial. Además se sostuvo que, desde el punto de vista de política legislativa, no era apropiado incluir disposiciones de derecho internacional privado en un texto uniforme de derecho sustantivo. Se argumentó que con ello podrían surgir incoherencias entre el proyecto de Convención y otros textos internacionales, como el Convenio de Roma, que podrían restar aceptabilidad al proyecto de Convención para los Estados. También se sostuvo que al incluirse disposiciones de derecho internacional privado en el proyecto de Convención se corría el riesgo de no lograr su objetivo de

dar a su texto un mayor grado de certeza si no se formulaban adecuadamente las disposiciones del proyecto de Convención. Se mencionaron concretamente los siguientes problemas: en el proyecto de artículo 8 2), relativo a las cuestiones tratadas pero no expresamente resueltas en el proyecto de Convención, se hacía referencia a principios generales en que se inspiraba el proyecto de Convención, sin hacer distinciones entre los principios de derecho sustantivo y los principios de derecho internacional privado, y los artículos 29, 30 y 31 del proyecto no parecían coherentes entre sí.

70. Se respondió argumentando que el capítulo VI, de mantenerse en el texto, podría servir para orientar a los Estados que no fueran partes en textos internacionales bien implantados que regulaban cuestiones de derecho internacional privado y para facilitar el acceso a crédito más asequible. Se observó que el hecho de que algunos Estados fueran parte en un texto internacional preparado a nivel regional no debería obstar para que un órgano universal como la CNUDMI preparara reglas uniformes sobre cuestiones reguladas por tal texto internacional. Además, se observó que incluso los Estados que eran partes en otros textos de derecho internacional privado, como el Convenio de Roma, podían beneficiarse de las disposiciones del capítulo VI mientras éstas no se apartaran de los principios bien establecidos de derecho internacional privado y resolvieran cuestiones que en otros textos no se hubieran resuelto con suficiente claridad.

71. Como cuestión de principio, se sostuvo que la Comisión, en vez de aspirar a preparar un código comercial general, solía centrarse en cuestiones concretas que obstaculizaban el comercio internacional. Se agregó que la adopción por la Comisión de un criterio de derecho sustantivo o de derecho internacional privado en cada caso dependía de la utilidad práctica de tales disposiciones y no de consideraciones teóricas u otros factores que no venían al caso. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió mantener el capítulo VI en el texto y emprender un debate sobre el contenido de los artículos del capítulo.

72. A fin de dar una mayor aceptabilidad al proyecto de Convención para los Estados que eran partes en textos ya existentes de derecho internacional privado, se sugirió que se le agregara una cláusula en virtud de la cual los Estados pudieran declarar que deseaban estar vinculados por el capítulo VI o formular reservas sobre su aplicación (cláusulas de adhesión (*opt-in*) y de no vinculación (*opt-out*), respectivamente). En favor de la cláusula de adhesión se argumentó que con ella el proyecto de Convención resultaría más aceptable para los Estados que no desearan adoptar el capítulo VI, dado que esos Estados no tendrían necesidad de adoptar medidas concretas para excluir la aplicación del capítulo VI. Por otra parte, se observó que, dado que el Grupo de Trabajo había decidido que el capítulo VI formaría parte integrante del proyecto de Convención, la cláusula de no vinculación sería más acorde con la práctica normal. Se señaló que la cláusula de adhesión podía disuadir a los Estados que podrían beneficiarse del capítulo VI a la hora de adoptarlo. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo aprobó la hipótesis de trabajo de que el proyecto de Convención permitiría a los Estados formular una reserva sobre la aplicación del capítulo VI y encomendó al grupo de redacción que volviera a formular el enunciado del proyecto de artículo 48 (reservas) (véanse el párrafo 148, *infra*, y el proyecto de artículo 42 *bis*) en el anexo).

73. Con respecto a la finalidad del capítulo VI, el Grupo de Trabajo señaló que podía servir para ampliar el ámbito territorial de aplicación del proyecto de Convención (proyecto de artículo 1 3) con texto entre corchetes), para llenar las lagunas en cuestiones tratadas pero no expresamente resueltas por el proyecto de Convención (proyecto de artículo 8 2), en combinación con las palabras iniciales de los artículos 29 y 30) o para ofrecer un segundo nivel de armonización en cuestiones dejadas en manos del derecho aplicable fuera del ámbito del proyecto de Convención, incluso en el contexto de transacciones no abarcadas por el proyecto de Convención (proyecto de artículo 1 3) sin el texto entre corchetes). El Grupo de Trabajo decidió aplazar el debate sobre la cuestión del ámbito de aplicación o la finalidad del capítulo VI hasta que tuviera oportunidad de examinar el contenido de los artículos 29 a 33 y 1 3) del proyecto.

B. Examen de artículos del proyecto

Artículo 29. *Ley aplicable al contrato de cesión*

74. El texto del proyecto de artículo 29 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) [A excepción de las cuestiones que estén resueltas en la presente Convención,] el contrato de cesión se registrará por la ley elegida por el cedente y el cesionario. [La elección de una ley por las partes debe ser expresa o [evidente por la conducta de las partes y por las cláusulas del contrato de cesión, globalmente considerado] [quedar demostrada con certeza razonable por los términos del contrato y por las circunstancias del caso]].

“[2) Sin perjuicio de la validez del contrato de cesión o de los derechos de terceros, el cedente y el cesionario podrán convenir en que el contrato de cesión se rija por una ley que no sea la ley por la que anteriormente se regía a consecuencia de una elección anterior en virtud del presente artículo o de otras disposiciones de la presente Convención.]

“3) A falta de una elección de ley por parte del cedente y del cesionario, el contrato de cesión se registrará por la ley del Estado con el que el contrato de cesión esté más estrechamente vinculado. A falta de prueba en contrario, se presumirá que el Estado con el que el contrato de cesión está más estrechamente vinculado es el Estado en que se encuentra el cedente.”

Párrafo 1)

75. Se observó que el proyecto de artículo 29 tenía la finalidad de someter a la misma ley los derechos y obligaciones contractuales del cedente y del cesionario, así como la transferencia de los créditos, pero sólo entre el cedente y el cesionario. Además se señaló que el texto que figuraba entre corchetes en el párrafo 1) se basaba en el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales (Ciudad de México, 1994; en adelante denominada la “Convención Interamericana”) y en el artículo 3 1) del Convenio de Roma. Además se observó que el párrafo 2) procedía del artículo 3 2) del Convenio de Roma.

76. Recordando su decisión de aplazar el debate sobre la cuestión del ámbito de aplicación o la finalidad del capítulo VI hasta que tuviera oportunidad de examinar el contenido de los artículos 29 a 33 y 1 3) del proyecto (véase el párrafo 73, *supra*), el Grupo de Trabajo decidió mantener entre corchetes las palabras iniciales del párrafo 1).

77. Hubo apoyo general del principio básico de la autonomía de las partes, enunciado en el párrafo 1). La cuestión de los límites de la autonomía de las partes fue objeto de opiniones divergentes. Según una de las opiniones, no debían imponerse límites a la libertad de las partes para elegir el derecho aplicable a su contrato. Según otra opinión, debería impedirse al menos que las partes en un contrato relacionado con un solo país eligieran la ley de otro país. Se sostuvo que, aplicando conjuntamente los artículos 1 3) y 29 1) del proyecto, las partes en una cesión nacional de créditos nacionales o internacionales podían prever la aplicación de una ley extranjera al contrato de cesión, lo cual era considerado inaceptable. Si bien se observó que la cuestión podía resolverse en el contexto del artículo 1 3) o de los artículos 32 y 33 del proyecto, por falta de tiempo el Grupo de Trabajo aplazó la decisión final sobre el tema hasta que tuviera oportunidad de examinar dichas disposiciones (véase el párrafo 116, *infra*).

78. Respecto de la cuestión de si la elección de ley por las partes debía ser expresa o si podía ser también implícita, se reconoció en general que la validez de una elección implícita de ley sería acorde con las tendencias actuales reflejadas en los instrumentos internacionales existentes. Sobre esa base se apoyaron los textos de los dos corchetes de la segunda frase del párrafo 1). Por otra parte, se sostuvo que el requisito de una elección expresa de ley se ajustaría a la práctica normal en las transacciones de financiación. Además, se observó que los textos de los dos corchetes del párrafo 1) podían crear incertidumbre.

79. La utilización de las palabras “contrato de cesión” planteaba ciertos problemas. Concretamente, creaba incertidumbre, ya que se entendía de distintas maneras en los diversos ordenamientos jurídicos; existía el peligro de que se entendiera que esas palabras abarcaban no sólo el contrato de cesión sino también el contrato de financiación pertinente, lo cual iría en contra del principio de la independencia de la validez del primero respecto de la validez del segundo (“principio de abstracción”); podría confundirse con el contrato de origen entre el cedente y el deudor; podría excluir la transferencia unilateral de créditos; planteaba una serie de cuestiones contractuales que seguían sin estar reguladas por el proyecto de artículo 29 (por ejemplo, la validez de la elección de ley), y su utilización podía producir resultados incoherentes, ya que podía interpretarse erróneamente en el sentido de que abarcaba la validez de la cesión frente al deudor y otros terceros, cuestiones que ya estaban reguladas por los artículos 30 y 31 del proyecto y que estaban sujetas a leyes que no eran la ley elegida por las partes. Con el fin de tratar esos problemas se hicieron varias sugerencias; concretamente se propuso que se hiciera referencia a los “derechos y obligaciones mutuos de las partes”, a “la cesión” o al “acuerdo”.

80. Estas sugerencias no recibieron apoyo suficiente. En general se consideró que, si bien las palabras “contrato de cesión” deberían aclararse en un comentario a fin de evitar interpretaciones erróneas, convendría mantenerlas en el tex-

to, por lo menos hasta que se formulara la disposición con un texto más claro. Se señaló que el nuevo enunciado propuesto para el párrafo 1) a este respecto no sería suficiente para resolver esos problemas. Se recordó que el Grupo de Trabajo había examinado el enunciado propuesto en anteriores períodos de sesiones y no lo había considerado aceptable.

81. Se recordó en particular que el Grupo de Trabajo, en su 24.º período de sesiones, había considerado que la referencia a “los derechos y obligaciones de las partes en la cesión”, utilizada en un proyecto anterior (A/CN.9/412, proyecto de artículo 8), era excesivamente restrictiva, concretamente porque no abordaba la cuestión del momento de la transferencia de los créditos (A/CN.9/420, párr. 191) y porque creaba incertidumbre acerca de si abarcaba únicamente los derechos derivados del contrato de cesión o también los del contrato de financiación pertinente (A/CN.9/420, párr. 192). En ese período de sesiones, se había criticado la utilización del término “cesión” por dar un alcance demasiado amplio al proyecto de disposición, al abarcar también los efectos de la cesión en el contexto de la relación entre el cesionario y el deudor. A raíz de este debate en el 24.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había convenido en que la disposición debía especificar que abarcaba la relación entre el cedente y el cesionario, incluidas las cuestiones como la validez de la cesión y de la transferencia de los créditos cedidos entre el cedente y el cesionario (A/CN.9/420, párr. 191); asimismo, la disposición debía puntualizar que se limitaba a la relación entre el cedente y el cesionario derivada de la cesión, y no del contrato de financiación (A/CN.9/420, párr. 192).

82. Además se recordó que con respecto a la referencia a los “derechos y obligaciones mutuos del cedente y el cesionario”, en su 27.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había convenido en que si bien la expresión se había extraído del Convenio de Roma, se precisaban palabras más claras para indicar que la ley elegida por las partes debía regir no sólo sus derechos y obligaciones sino la totalidad del contrato de cesión, y que debía regir no sólo los aspectos contractuales sino los efectos de propiedad de la cesión entre el cedente y el cesionario. En aquel período de sesiones se afirmó que tal vez el Convenio de Roma no constituía el modelo apropiado para el proyecto de Convención, ya que el ámbito del Convenio de Roma se limitaba a los aspectos contractuales (A/CN.9/445, párr. 60).

83. En las deliberaciones se sugirió que se sustituyera el término “ley” por la expresión “reglas de derecho”, a fin de que las partes pudieran optar por principios contractuales como los Principios del UNIDROIT relativos a los contratos mercantiles internacionales. Esta sugerencia fue criticada por estimarse que tal referencia a los principios generales de derecho introduciría incertidumbre acerca del contenido exacto del derecho aplicable.

84. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió suprimir la segunda frase del párrafo 1), manteniendo la referencia a la elección expresa de la ley por las partes. En cuanto a las palabras “contrato de cesión”, el Grupo de Trabajo decidió mantenerlas en el entendimiento de que se explicaría suficientemente su significado exacto en el comentario sobre el proyecto de Convención que se prepararía en el futuro. Se convino en que en el comentario se aclarara en particular que la expresión “contrato de cesión” no abarcaba la validez de la cesión frente al deudor y otros terceros, ni el contrato de financiación.

Párrafo 2)

85. Se apoyó de forma general el principio enunciado en el párrafo 2) de que el cedente y el cesionario podían acordar que fuera otra la ley aplicable al contrato de cesión, siempre y cuando ese cambio no afectara a los derechos de terceros. Sin embargo, se convino en general que ese resultado podía obtenerse mediante el párrafo 1), que consagraba el principio de la autonomía de las partes con respecto a la ley aplicable al contrato de cesión. Además, la formulación particular del párrafo 2) planteaba una serie de problemas como los siguientes: la referencia a “validez”, y no sólo a “validez formal”, podría crear incertidumbre acerca de la ley aplicable al contrato, y la referencia a los derechos de terceros podría dar la impresión de que la elección de la ley por el cedente y el cesionario podía afectar a los derechos de terceros. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el párrafo 2) en el entendimiento de que esa supresión no debía repercutir negativamente en la libertad de las partes para elegir el derecho aplicable al contrato de cesión, y para optar por otro derecho, un principio que estaba consagrado en el párrafo 1).

Párrafo 3)

86. Se señaló que el párrafo 3) tenía la finalidad de introducir certeza como principal criterio y flexibilidad para hacer frente a situaciones excepcionales, aludiendo para ello a la ley del país con el que el contrato de cesión esté más estrechamente vinculado (es decir, la ley del país en que se encuentre la parte que debe encargarse de la ejecución característica del contrato); creando una presunción en el sentido de que la cesión guarda la relación más estrecha con la ley del país en que se encuentra el cedente, y permitiendo a las partes rechazar esa presunción en circunstancias excepcionales (A/CN.9/445, párr. 64).

87. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si debía desestimarse la ley elegida por el cedente y el cesionario cuando la elección fuera inválida. Hubo acuerdo general en que en caso de invalidez de elección de la ley, el contrato de cesión debía regirse por la ley del Estado con el que estuviera más estrechamente vinculado, tal como disponía el párrafo 3). Tomando en cuenta la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en el contexto de su debate sobre el párrafo 1) de requerir una elección expresa (véase el párrafo 84, *supra*), se sugirió que el párrafo 3) puntualizara que sólo era aplicable en caso de que la elección de la ley por las partes no fuera “válida” o “efectiva”. Recordando los problemas planteados en su 27.º período de sesiones con respecto a la utilización de esos términos (A/CN.9/445, párrs. 59 y 64), el Grupo de Trabajo decidió no incluir esa referencia en el texto del párrafo 3), pero acordó también que en un comentario sobre el proyecto de Convención habría que aclarar que el párrafo 3) se refería a una elección de ley “válida” o “efectiva”.

88. El Grupo de Trabajo pasó entonces a examinar la cuestión del criterio del lugar que debía seguirse en el párrafo 3) (para un breve examen de la regla del lugar, véanse los párrafos 25 a 32, *supra*, y los párrafos 107 y 163 a 169, *infra*). A este respecto, se animó al Grupo de Trabajo a seguir un criterio que se ajustara al criterio adoptado en otros textos internacionales y a aprobar una disposición referente al establecimiento del cedente, más que a su lugar de constitución. Se

sostuvo que ese criterio sería más apropiado, ya que el lugar de constitución podría no tener ninguna relación con el contrato de cesión. Si bien se acordó que en caso de que hubiera más de un establecimiento, la referencia al principal establecimiento no resolvería el problema de las transacciones concertadas por una oficina secundaria sujeta a la ley del Estado en que se encontrara la oficina principal, se argumentó que esa prueba del establecimiento sería más apropiada en el contexto del párrafo 3). Se expresó el temor de que, de adoptarse una definición distinta del concepto de “lugar” en el contexto del párrafo 3), pudiera crearse incertidumbre. Se respondió que, más que formular una definición distinta, el párrafo 3) debería hacer referencia a la ley del país en que el cedente tuviera su establecimiento.

89. Se acordó en general que el alcance de la disposición enunciada en el párrafo 3) era muy limitado y que regulaba situaciones excepcionales, dado que en las transacciones que se pretendía abarcar intervenían profesionales que normalmente incluirían una cláusula de elección de ley en sus contratos. En este entendimiento, se convino en hacer referencia al establecimiento o, en caso de más de un establecimiento, al principal establecimiento o, en caso de una persona, a su residencia habitual.

90. Durante los debates se expresó la opinión de que las palabras “a falta de prueba en contrario” tal vez no fueran necesarias, ya que las palabras “se presumirá” ya indicaban suficientemente que se trataba de una presunción rebatible. No obstante, se aprobó la formulación de la segunda frase en el entendimiento de que aclaraba que se trataba de una presunción rebatible y de que se había estructurado sobre la base del artículo 16 3) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

91. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 3) y encomendó al grupo de redacción que volviera a formular la segunda frase de modo que hiciera referencia al establecimiento o, en caso de más de un establecimiento, al principal establecimiento o, en caso de una persona, a la residencia habitual del cedente.

Artículo 30. *Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor*

92. El texto del proyecto de artículo 30 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) [A excepción de aquellos asuntos que estén resueltos en la presente Convención,] la credibilidad de un crédito, el derecho del cesionario a reclamar el pago, la obligación del deudor de pagar de acuerdo con las instrucciones contenidas en el aviso de la cesión, el pago liberatorio del deudor y las excepciones de que dispone el deudor se regirán por la ley aplicable al crédito objeto de la cesión.

“[2] La ley por la que se rige el crédito es la ley por la que se rige el contrato [o la decisión u otro acto] del que nazca el crédito.

“3) La ley por la que se rige el contrato del que nace el crédito es la ley del Estado con el que el contrato está más estrechamente vinculado. La parte disociable del contrato que tenga una relación más estrecha con otro Estado podrá regirse por la ley de ese otro Estado.

“4) Salvo prueba en contrario, se presumirá que el Estado con el que el contrato está más estrechamente vinculado es el Estado en que se encuentra el cedente.]”

Párrafo 1)

93. En general, el Grupo de Trabajo convino en que para evitar la posibilidad de que la cesión tuviese como resultado un cambio del régimen jurídico con arreglo al cual el deudor asumió su obligación original, las cuestiones que surgiesen en el contexto de la relación entre el cesionario y el deudor se rigiesen conforme a la ley aplicable al crédito objeto de la cesión. En respuesta a una pregunta, se observó que el crédito quedaba determinado con arreglo al contrato original entre el cedente y el deudor y no se modificaba como resultado de cualquier cesión o cesión subsiguiente.

94. El Grupo de Trabajo examinó la formulación particular del párrafo 1). Recordando su decisión de diferir el examen relativo a la cuestión del ámbito de aplicación o de la finalidad del capítulo VI hasta que hubiese podido examinar el contenido sustantivo de los proyectos de artículo 29 a 33 y el párrafo 3) del proyecto de artículo 1 (véase el párrafo 73, *supra*), el Grupo de Trabajo decidió mantener entre corchetes las palabras introductorias del párrafo 1).

95. Con respecto a la referencia a la credibilidad, en general se convino en que debía mantenerse, aunque la cuestión de si el párrafo 1) abarcaba o no la credibilidad tanto contractual como legislativa dependía de que se conservasen las palabras introductorias. Se afirmó que si se mantenían dichas palabras, el proyecto de artículo 12 (limitaciones contractuales de la cesión) abarcaría la credibilidad contractual y el párrafo 1) se aplicaría únicamente a la credibilidad legislativa. Si, por el contrario, se suprimían las palabras introductorias del párrafo 1), éste abarcaría la credibilidad tanto contractual como legislativa (en los párrafos 101, 104 y 117, *infra*, figura una breve referencia a la ley aplicable a la credibilidad legislativa).

96. En cuanto a las otras cuestiones mencionadas en el párrafo 1), en general el Grupo de Trabajo convino en que sería preferible adoptar una formulación más general, como la del párrafo 2) del artículo 12 del Convenio de Roma. Se tomó nota del texto del párrafo 2) del artículo 12 del Convenio de Roma, que decía lo siguiente:

“La ley por la que se rige el derecho objeto de cesión determinará su credibilidad, la relación entre el cesionario y el deudor, las condiciones en las que la cesión puede invocarse contra el deudor y toda cuestión relativa a la eventual liberación del deudor de sus obligaciones.”

97. En respuesta a una pregunta, se observó que las palabras “las condiciones en que la cesión puede invocarse contra el deudor” se referían a las condiciones acordadas por el cedente y el deudor.

98. Se afirmó que, contrariamente al párrafo 1), en el que por tratar de enumerar exhaustivamente todas las cuestiones que habrían de regirse por la ley aplicable al crédito podrían involuntariamente dejarse de lado algunas cuestiones, la formulación sugerida abarcaría cuestiones no previstas. Además, se dijo que la formulación sugerida eliminaría el riesgo de dejar de lado algunas cuestiones, riesgo que era aun mayor en el párrafo 1) debido a que en él se utilizaba una for-

mulación que seguía de cerca el texto de las disposiciones sustantivas del proyecto de Convención.

99. En cuanto a la formulación particular del párrafo 1), se estimó en general que: la referencia al “derecho del cesionario a reclamar el pago” no debía examinarse en el contexto de la relación entre el cesionario y el deudor, sino de la relación entre el cedente y el cesionario; “la obligación del deudor de pagar” quedaba suficientemente abarcada por la formulación general sugerida *supra*; la referencia al “pago liberatorio del deudor” podía interpretarse erróneamente en el sentido de que excluía los motivos por los que el deudor podía liberarse de su obligación con arreglo al párrafo 5) del proyecto de artículo 18, y la referencia a “las excepciones de que dispone el deudor” plantearía la cuestión de si ello abarcaba o no las exenciones relativas a dichas excepciones (proyecto de artículo 20), la modificación del contrato de origen (proyecto de artículo 21) y el reintegro de los pagos efectuados por el deudor al cesionario (proyecto de artículo 22).

100. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió que el párrafo 1) se reformulara de la manera siguiente: “[A menos que la cuestión esté resuelta en otra disposición de la presente Convención,] la ley por la que se rige el crédito objeto de la cesión determinará su cedibilidad, la relación entre el cesionario y el deudor, las condiciones en las que la cesión podrá invocarse contra el deudor y toda cuestión relativa a la liberación del deudor de sus obligaciones”.

Párrafos 2) a 4)

101. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si habían o no de mantenerse los párrafos 2) a 4). A favor de mantener los párrafos 2) a 4), se afirmó que esos párrafos podrían ser útiles para determinar por qué se regía el crédito. Se observó que al estipular que la ley por la que se regía el crédito era la ley por la que se regía el contrato del que nacía el crédito el párrafo 2) resolvía una cuestión que no se había abordado en el Convenio de Roma y sobre la cual seguía existiendo incertidumbre en cuanto a si esa ley era la ley por la que se regía el contrato de origen (*lex contractus*) o la ley del Estado donde se encontraba el deudor (*lex situs* de la deuda). Además, se afirmó que al proporcionar una prueba objetiva de “relación más estrecha”, el párrafo 3) resolvía otra cuestión no abordada en el Convenio de Roma, a saber, la de si la *lex contractus* era la ley elegida por las partes o la ley del país con el que el contrato de origen estaba más estrechamente vinculado. Se dijo que ese enfoque era apropiado habida cuenta de que: el cedente y el deudor, al elegir la ley aplicable al contrato de origen, normalmente no pretenderían que esa ley rigiese las cuestiones que se planteasen en el contexto de la relación entre el cesionario y el deudor; los derechos del cesionario no se verían adversamente afectados, pues en el caso de un crédito nacional el cesionario podía predecir la ley aplicable, mientras que en el caso de un crédito internacional el cesionario quedaría protegido por la presunción rebatible establecida en el párrafo 4) a favor de la ley aplicable en el lugar en que se encontrase el cedente, y la cedibilidad legislativa relacionada con cuestiones de orden público o derecho imperativo no debía regirse con arreglo a la ley elegida por el cedente y el deudor. A ese respecto, se observó que tal vez sería necesario reformular el párrafo 3) si el proyecto de artículo 30 hubiese de abarcar la cedibilidad contractual a fin de permitir el ejercicio de la autonomía de las partes con respecto a la cedibilidad contractual. Además, se señaló que mientras que

en el párrafo 3) se aplicaba con propiedad un enfoque flexible basado en la prueba debidamente fundada de “relación más estrecha”, en el párrafo 4) se introducía una certeza al establecer una presunción rebatible de que la ley “más estrechamente relacionada” con el contrato era la ley del lugar en que se encontraba el cedente.

102. No obstante, se estimó en general que los párrafos 2) a 4) debían suprimirse. Se observó que no sería apropiado que en unas reglas básicas como las contenidas en los párrafos 2) a 4) se tratase de establecer reglas de derecho internacional privado sobre la gran variedad de contratos y situaciones prácticas que podrían dar origen a un crédito. Por ejemplo, se dijo que la determinación de la ley por la que se regía el contrato del que nacía el crédito podría incluir cuestiones relacionadas con transacciones de venta, contratos de seguros, transacciones relativas a buques o aeronaves, operaciones de mercados financieros, y muchas otras situaciones que no podrían de modo realista abordarse en una sola regla destinada a determinar la ley aplicable. Además, se dieron ejemplos prácticos de situaciones en las que, según las diversas convenciones internacionales y normas generales de derecho internacional privado que se aplicasen a un crédito internacional, la presunción establecida en el párrafo 4) podría dar lugar a un conflicto de leyes. Asimismo, se señaló que los párrafos 2) a 4) no eran coherentes con las disposiciones del proyecto de Convención relativas al ámbito de aplicación en la medida en que en ellos no se abordaba la cuestión de la ley que regía los créditos de índole no contractual. En general, no se estimó razonable ampliar aún más el ámbito de aplicación de las reglas contenidas en los párrafos 2) a 4).

103. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió suprimir los párrafos 2) a 4). Se convino en que en el comentario al proyecto de Convención, que se prepararía en una etapa ulterior, tal vez fuese necesario aclarar que el proyecto de artículo 30 tenía por objeto abordar en forma general la cuestión de la ley que había de aplicarse a las situaciones que surgiesen en el contexto de la relación entre el cesionario y el deudor y no tratar de abarcar la totalidad de cuestiones posibles.

104. Se afirmó que habida cuenta de la supresión de los párrafos 2) a 4) y a fin de no supeditar la cedibilidad legislativa a la ley elegida por las partes, el párrafo 1) debía revisarse para aclarar que en él no se abordaba la cuestión de la ley aplicable a la cedibilidad legislativa. No obstante, se convino en general en que esa cuestión podía tratarse en el contexto de los proyectos de artículo 32 y 33, relativos a las reglas imperativas y a las consideraciones de orden público (véase el párrafo 117, *infra*).

Artículo 31. *Ley aplicable a los conflictos de prelación*

105. El texto del proyecto de artículo 31 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“[1] El orden de prelación entre varios cesionarios que obtengan los mismos créditos del mismo cedente se regirá por la ley del Estado en que el cedente se encuentre en el momento de la cesión.

“[2] El orden de prelación entre un cesionario y el administrador de la insolvencia se regirá por la ley del Estado en que el cedente se encuentre en el momento de la cesión.

“3) El orden de prelación entre un cesionario y los acreedores del cedente se regirá por la ley del Estado en que el cedente se encuentre en el momento de la cesión.”

106. El Grupo de Trabajo examinó la relación entre los artículos 23 y 24, por un lado, y el proyecto de artículo 31, por otro. Se sostuvo que si el capítulo VI debía llenar lagunas con respecto a las cuestiones tratadas pero no expresamente resueltas en el proyecto de Convención, el proyecto de artículo 31 no sería necesario y podría suprimirse (para una breve referencia al posible ámbito o propósito del capítulo VI, véanse los párrafos 68 y 73, *supra*). Si, en cambio, el capítulo VI había de ofrecer un segundo nivel de armonización que abarcara las operaciones que no entraran en el ámbito del proyecto de Convención, habría que mantener el proyecto de artículo 31 y ajustarlo a los artículos 23 y 24 del proyecto. Se observó que convendría seguir el mismo criterio si el capítulo VI ampliara el ámbito territorial de aplicación del proyecto de Convención y se aplicara a las cesiones internacionales o a las cesiones de créditos internacionales independientemente de si el cedente se encontrara en un Estado contratante. En tal caso, se señaló que convendría puntualizar que el proyecto de artículo 31 sólo era aplicable si el capítulo IV y sus artículos 23 y 24 no eran aplicables.

107. Recordando su decisión de remitir las cuestiones de prelación a la ley del Estado en que el cedente se había constituido, adoptada en el contexto de debate sobre los artículos 23 y 24 del proyecto (véanse los párrafos 25 a 32, *supra*), el Grupo de Trabajo convino en seguir el mismo criterio para el proyecto de artículo 31. Si bien se señaló que en otros textos internacionales relativos a cuestiones de derecho procesal se hacía referencia al centro en que el deudor insolvente tenía sus principales intereses, se observó que en ese contexto se justificaba adoptar un criterio distinto, ya que el proyecto de Convención tenía un tema y una finalidad diferentes. Se sostuvo que, a menos que el proyecto de Convención ofreciera certeza suficiente en lo relativo a los derechos de los cesionarios frente a terceros, no lograría su objetivo de aumentar la disponibilidad de créditos a tipos de interés más favorables. Además se observó que, en la mayoría de los casos, el Estado de constitución del cedente coincidiría con el Estado en que se iniciaría el principal proceso de insolvencia con respecto al cedente (de conformidad con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, el lugar en que el cedente tenía el centro de sus principales intereses que, a falta de prueba en contrario, se presumiría que sería el Estado en que el cedente tuviera su establecimiento registrado). Además se observó que, en los casos en que el proceso de insolvencia se iniciara en un Estado que no fuera el Estado en que el cedente tuviera su lugar de constitución, el proyecto de artículo 24 revisado daría suficiente protección a los acreedores del cedente y al administrador de la insolvencia del cedente.

108. Se expresó la preocupación de que tal vez no estaba suficientemente claro que el término “prelación” se refería a la validez de la cesión frente a terceros que no fueran el deudor. A consecuencia de ello, se argumentó que el deudor que pagara al cesionario con prelación en virtud de la ley especificada en el proyecto de artículo 31 (ley del Estado en que se encontraba el cedente) podía no quedar liberado de su obligación en virtud de la ley especificada en el proyecto de artículo 30 (la ley que regía el crédito al que se refería la cesión). Se respondió que el proyecto de artículo 31 dejaba

suficientemente claro que regulaba las cuestiones que se plantearan en el contexto de conflictos entre partes especificadas, y que el deudor no era una de esas partes. Además se observó que, habida cuenta de la inclusión del proyecto de artículo 30 revisado en el capítulo VI, no surgiría ningún problema a este respecto. Asimismo se afirmó que, en cualquier caso, el significado del término “prelación” no crearía tal incertidumbre, ya que estaba definido en el proyecto de artículo 5 *i*) (para un examen de la definición del término “prelación”, véanse los párrafos 23 y 24, *supra*).

109. En respuesta a una pregunta, se afirmó que la ley aplicable a cesiones subsiguientes estaba determinada con suficiente claridad en el proyecto de artículo 29 (en lo relativo al contrato de cesión) y en el proyecto de artículo 31 (en lo relativo a la relación entre el cesionario y el deudor). Además se señaló que el proyecto de artículo 31 era suficiente para abarcar los conflictos entre varios cesionarios subsiguientes que obtuvieran los mismos créditos del mismo cedente y los conflictos entre un cesionario subsiguiente, por una parte, y los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia del cedente, por otra, dado que en virtud del proyecto de artículo 25 revisado las disposiciones del proyecto de Convención serían aplicables a todo cesionario subsiguiente como si fuera el cesionario inicial. Asimismo se argumentó que, por la misma razón, no se plantearía ningún problema si uno de los cesionarios subsiguientes impugnaba los derechos del último cesionario de una cadena de cesiones.

110. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió que, hasta que se adoptara una decisión definitiva sobre la cuestión de la finalidad del capítulo VI (véase el párrafo 73, *supra*), se mantendría entre corchetes el proyecto de artículo 31, ajustado a los artículos 23 y 24 del proyecto y revisado con la inclusión de palabras iniciales entre corchetes como las siguientes: “Con excepción de los asuntos resueltos en el capítulo IV”.

Artículo 32. *Reglas imperativas*

111. El texto del proyecto de artículo 32 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Nada de lo dispuesto en el presente capítulo restringe la aplicación de las reglas de la ley del foro en una situación en que no puedan eludirse por vía contractual (‘reglas imperativas’) independientemente del derecho por lo demás aplicable.

“2) Con respecto a las cuestiones reguladas en el presente capítulo, el tribunal del foro podrá decidir aplicar las reglas imperativas de la ley de otro Estado con el que el contrato de cesión esté estrechamente vinculado, siempre y cuando, en virtud de la ley de ese otro Estado, esas reglas deban aplicarse sea cual fuera la ley aplicable.”

112. Se expresó el temor de que el proyecto de artículo 32 creara incertidumbre con respecto a la ley aplicable al contrato de cesión, dado que en el momento de la cesión no se conocerían las posibles limitaciones derivadas de las reglas de derecho imperativas del Estado del foro o de otro Estado con el que el contrato de cesión estuviera estrechamente vinculado. A fin de resolver este problema se sugirió que se suprimiera el proyecto de artículo 32 o que, por lo menos, se

fundiera con el proyecto de artículo 33. Esta sugerencia fue criticada por considerarse que el proyecto de artículo 32 era útil al reafirmar un principio reconocido en instrumentos de derecho internacional privado, como el Convenio de Roma y la Convención Interamericana, en virtud de los cuales las reglas imperativas de derecho del foro o de otro Estado con el que el contrato de cesión estuviera estrechamente vinculado podían prevalecer sobre el derecho aplicable. Además se señaló que ese principio tenía un alcance más amplio y no se limitaba a excluir las disposiciones de la ley aplicable que fueran manifiestamente contrarias al orden público del Estado del foro en virtud del artículo 33.

113. Se convino en general en que la aplicación de la ley aplicable al contrato de cesión y a los asuntos planteados en el contexto de la relación entre el cesionario y el deudor no debían restringir la aplicación de reglas imperativas del Estado del foro o de otro Estado con el que el contrato de cesión estuviera estrechamente vinculado. Por otra parte, se consideró de forma general que el proyecto de artículo 32 no debía servir para descartar el derecho aplicable a las cuestiones de prelación en favor de las reglas de derecho imperativas del Estado del foro o de otro Estado. Si bien se expresaron ciertas dudas sobre la adopción de un criterio distinto para las cuestiones de prelación, se consideró en general que se justificaba adoptar un criterio distinto, ya que las reglas sobre cuestiones de prelación ya eran ellas mismas de carácter imperativo y, de ser descartadas en favor de las reglas imperativas del Estado del foro o de otro Estado, se crearía incertidumbre sobre los derechos de terceros, lo cual podía repercutir negativamente en el costo y la disponibilidad de créditos. A fin de eliminar el conflicto potencial entre diversas reglas imperativas, se propuso que en los párrafos 1) y 2) del proyecto de artículo 32 se sustituyeran las palabras “nada de lo dispuesto en el presente capítulo” por palabras como las siguientes: “nada de lo dispuesto en los artículos 29 y 30”.

114. Se opinó en general que el concepto de “reglas imperativas”, definido en el párrafo 1), era excesivamente amplio, ya que se refería a reglas que las partes no podían eludir. Así pues, se sugirió que, como en los conceptos equivalentes utilizados en otros instrumentos de derecho internacional privado, el párrafo 1) puntualizara que se refería a situaciones excepcionales con reglas de importancia fundamental, como la legislación de protección del consumidor o el derecho penal (*loi de police*).

115. A reserva de las enmiendas indicadas en los párrafos 113 y 114, *supra*, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de artículo 32 y lo remitió al grupo de redacción.

Limitaciones de la autonomía de las partes con respecto a la elección de la ley en virtud del proyecto de artículo 29

116. Recordando su definición de aplazar la determinación definitiva de la cuestión de las posibles limitaciones de la libertad del cedente y del cesionario para elegir el derecho aplicable al contrato de cesión hasta que tuviera oportunidad de examinar el proyecto de artículo 32 (véase el párrafo 77, *supra*), el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si un cedente y un cesionario, al elegir una ley no relacionada con el contrato de cesión, podían eludir las reglas de derecho imperativas del Estado con el que la cesión estuviera estrecha-

mente vinculada. Se convino en general en que, en el caso de una cesión relacionada con un solo Estado (por ejemplo, una cesión nacional), la elección de la ley de otro Estado por parte del cedente y el cesionario no debería prejuzgar la aplicación de reglas de derecho imperativas del Estado con el que la cesión guardara relación. El Grupo de Trabajo encomendó al grupo de redacción que formulara el texto adecuado teniendo en cuenta ese acuerdo. Se consideró en general que sería más adecuado colocar esa disposición en el contexto del proyecto de artículo 29, que trataba sobre la autonomía de las partes con respecto a la elección de ley por el cedente y el cesionario.

Ley aplicable en caso de limitaciones legislativas de la cesión

117. Teniendo presente su anterior decisión de suprimir los párrafos 2) a 4) del proyecto de artículo 30 (véase el párrafo 103, *supra*), el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si la transferibilidad desde el punto de vista legislativo había de estar sujeta a una ley que no fuera la ley que rigiera el crédito. Se estimó en general que no debía permitirse que el cedente y el deudor eludieran posibles limitaciones legislativas de la transferibilidad de créditos optando por una ley que les resultara conveniente para regir el crédito cedido. Se observó que esas limitaciones legislativas tenían la finalidad de proteger al cedente (por ejemplo, limitaciones en cuanto a la cesión de sueldos, pensiones y pólizas de seguros de vida), o al deudor (por ejemplo, limitaciones legislativas de la cesión de impuestos). Sin embargo, se consideró en general que no hacían falta disposiciones adicionales en el proyecto de artículo 30 para reflejar ese entendimiento, dado que las limitaciones legislativas de la transferibilidad de los créditos se derivarían normalmente de reglas imperativas, que estarían amparadas por el proyecto de artículo 32.

Artículo 33. *Orden público*

118. El texto del proyecto de artículo 33 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Con respecto a las cuestiones reguladas en el presente capítulo, sólo podrá denegarse la aplicación de la ley especificada por la presente Convención cuando dicha aplicación sea manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro.”

119. Se convino en general en que el proyecto de artículo 33 debía armonizarse con el proyecto de artículo 24 3) (véase el párrafo 34, *supra*). En ese entendimiento, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de artículo 33 y lo remitió al grupo de redacción.

Capítulo VII. Reglas de prelación alternativas

120. Se observó que las secciones I y III del capítulo VII contenían dos grupos de reglas de derecho sustantivo para resolver cuestiones de prelación, uno de ellos basado en el momento de registro y otro en el momento de la cesión, mientras que la sección II regulaba cuestiones específicas del registro. Si bien el capítulo VII era en su totalidad optativo (es decir, estaba sujeto a una cláusula de adhesión (“*opt-in*”)), se señaló que los Estados disponían de otras opciones

como la de no recurrir a las reglas de prelación basadas en el momento de cesión ni a las basadas en el registro ni a las reglas de registro, sino seguir aplicando sus propias reglas nacionales. Se observó que este criterio de unificación del derecho había sido objeto de críticas en reuniones de expertos a las que asistieron miembros de la Secretaría. Los que se oponían a ese criterio argumentaban que se estaba institucionalizando la actual falta de uniformidad. Además, se señaló que el sistema de registro previsto en el actual enunciado de la sección II sería objeto de críticas incluso por parte de los Estados que ya disponían de un sistema de registro. A ese respecto se observó que si la sección II era demasiado detallada podía impedir la ulterior evolución en materia de registro, mientras que si, por lo contrario, era demasiado general los Estados no tendrían de suficiente información para decidir si convenía adoptar el sistema de registro reseñado en la sección II.

121. Si bien se reconoció que el capítulo VII tal vez no constituía el enfoque idóneo de la unificación del derecho, el Grupo de Trabajo recordó que el capítulo VII era el resultado de un largo debate que había demostrado que, si bien no podía llegarse a un acuerdo sobre una regla de prelación de derecho sustantivo, el proyecto de Convención contribuiría a la unificación del derecho en varios aspectos. Se señaló que se fomentaría la certeza, tanto si los Estados adoptaban una de las opciones ofrecidas en el capítulo VII como si no lo hacían, dado que los artículos 23 y 24 del proyecto establecerían un régimen jurídico en cuyo contexto los Estados contratantes darían efecto a reglas de prelación extranjeras. Además se sostuvo que el capítulo VII orientaría a los Estados que desearan modernizar su legislación pertinente o introducir nueva legislación, en caso de no tenerla.

122. A este respecto, se subrayó que las reglas de registro que figuraban en la sección II se diferenciaban de las reglas de prelación recogidas en la sección I. Se mencionó que los Estados debían tener la posibilidad de adherirse a las secciones I o II o a ambas (véase el párrafo 131, *infra*). Así pues, los Estados podían utilizar el capítulo VII en uno de los modos siguientes: un Estado podía aplicar sus reglas nacionales de prelación basadas en el registro pero recurrir al sistema de registro previsto por el proyecto de Convención; un Estado podía aplicar las reglas de prelación de la sección I pero utilizar su propio sistema de registro; un Estado podía adherirse a las secciones I y II pero sólo en lo relativo a las cesiones que entraran en el ámbito del proyecto de Convención, y un Estado podía introducir reglas nacionales basadas en las secciones I y II a las que se referían los artículos 23 ó 24 del proyecto y aplicarlas con respecto a todas las cesiones, independientemente de si entraran o no en el ámbito del proyecto de Convención.

123. Se declaró que el proyecto de Convención promovería la transparencia, ya que los Estados deberían hacer declaraciones en que especificaran los modos en que sus leyes nacionales modificaban las reglas de prelación del proyecto de Convención. El Grupo de Trabajo convino en que los resultados concretos del esfuerzo de codificación, su evaluación y ulterior evolución deberían dejarse en manos del mercado. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió mantener el capítulo VII en el texto. Se convino en general que el contenido del capítulo habría de examinarse ulteriormente, posiblemente a la luz de la labor realizada por otras organizaciones en materia de registro.

Capítulo VIII. Cláusulas finales

Artículo 41. *Depositario*

124. El texto del proyecto de artículo 41 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“El Secretario General de las Naciones Unidas es el depositario de la presente Convención.”

125. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido del proyecto de artículo 41.

Artículo 42. *Conflictos con acuerdos internacionales*

126. El texto del proyecto de artículo 42 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) A excepción de lo dispuesto en el párrafo 2) del presente artículo, la presente Convención prevalecerá sobre cualquier otra convención [u otro acuerdo multilateral o bilateral] internacional que haya celebrado o que celebre un Estado contratante y que contenga disposiciones relativas a las materias que por ella se rigen.

“2) Si un Estado declara, en [el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión] [cualquier momento], que la Convención no prevalecerá sobre las convenciones internacionales [u otros acuerdos multilaterales o bilaterales] enumerados en la declaración, en los que es o será parte y que contienen disposiciones relativas a las materias regidas por la presente Convención, esta Convención no prevalecerá.”

127. Se apoyó de forma general el principio de la primacía de la Convención sobre otros instrumentos internacionales, si bien se expresaron algunas dudas ante la posibilidad de que pudiera interpretarse como una desviación del criterio normalmente más flexible que reflejaban otros instrumentos internacionales. Con respecto al enunciado del párrafo 1), se observó que los acuerdos internacionales que pudieran contener disposiciones relativas a las materias regidas por el proyecto de Convención tal vez no revestirían necesariamente la forma de convenciones internacionales. Por consiguiente, se convino en suprimir los corchetes de las palabras “u otro acuerdo multilateral o bilateral”.

128. Se convino en general en que un Estado debía poder declarar en cualquier momento que el proyecto de Convención no prevalecería sobre convenciones internacionales u otros acuerdos multilaterales o bilaterales que hubiera concertado. Por consiguiente, se decidió suprimir las palabras “el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión”, que figuraban entre corchetes, y suprimir los corchetes de las palabras “cualquier momento”. Además, por las mismas razones mencionadas en relación con el párrafo 1), se decidió suprimir los corchetes de las palabras “u otros acuerdos multilaterales o bilaterales”.

129. A reserva de los cambios indicados en los párrafos 127 y 128, *supra*, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de artículo 42 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 43. *Aplicación del capítulo VII*

130. El texto del proyecto de artículo 43 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Un Estado contratante podrá declarar, en [el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión] [cualquier momento] que quedará vinculado por las secciones I y II o por la sección III del capítulo VII.”

131. Se sugirió modificar el enunciado del proyecto de artículo 43 para dar a los Estados la posibilidad de adherirse a las reglas de prelación basadas en el registro (sección I), a las reglas de registro (sección II), o a ambas (véase el párrafo 122, *supra*). No obstante, en vista de que el Grupo de Trabajo no había adoptado una decisión definitiva sobre el contenido del capítulo VII, se convino en general en poner entre corchetes las palabras “las secciones I y II o por la sección III” y volver a examinar la cuestión ulteriormente.

132. De acuerdo con su decisión sobre el enunciado del proyecto de artículo 42 (véanse los párrafos 128 y 129, *supra*), el Grupo de Trabajo decidió suprimir las palabras “el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión”, que figuraban entre corchetes, y suprimir los corchetes de las palabras “cualquier momento”, y remitió el proyecto de artículo 43 al grupo de redacción.

Artículo 44. *Reglas o procedimientos de insolvencia no afectados por la presente Convención*

133. El texto del proyecto de artículo 44 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Un Estado contratante podrá describir, en [el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión] [cualquier momento], otras reglas u otros procedimientos que rijan la insolvencia del cedente y que no serán afectados por la presente Convención.”

134. El Grupo de Trabajo observó que la finalidad del proyecto de artículo 44 era fomentar la certeza y la transparencia en la aplicación del proyecto de Convención pidiendo a los Estados que indicaran las disposiciones de sus leyes nacionales que regían la insolvencia del cedente y que no quedaban afectadas por el proyecto de Convención.

135. Se expresaron opiniones divergentes sobre el grado de especificidad que había que exigir en el proyecto de artículo 44. Según una opinión, la declaración prevista en el proyecto de artículo 44 no podía cumplir su finalidad de fomentar la certeza y la previsibilidad, en particular para los terceros, sino era suficientemente específica. Por otra parte, se estimó que el requisito de declaraciones específicas podía imponer a los Estados una carga excesivamente onerosa. Se sostuvo que, de adoptarse ese criterio, los Estados deberían hacer una nueva declaración cada vez que modificaran su legislación nacional, a fin de asegurar que sus propias reglas de insolvencia prevalecieran sobre el proyecto de artículo 24. Se hicieron varias sugerencias, como las de insertar palabras como “declarar”, “declarar describiendo” y “un Estado contratante podrá declarar en cualquier momento que, no obstante las disposiciones de la presente Convención, en caso de insolvencia de un cedente sujeto a su jurisdicción se aplicarán las reglas y los procedimientos nacionales específicos enunciados en la declaración que haya hecho en virtud del presente artículo”. Con excepción de la sustitución de la palabra “describir” por la palabra “declarar”, esas sugerencias no recibieron apoyo suficiente. A fin de ajustar el proyecto

de artículo 44 a los artículos 42 y 43 revisados (véanse los párrafos 128 y 132, *supra*), se acordó en general suprimir las palabras “el momento ... adhesión” y mantener las palabras “cualquier momento” sin corchetes.

136. Como cuestión de principio, se expresaron dudas sobre si el proyecto de artículo 44 era realmente necesario, dada la decisión del Grupo de Trabajo de mantener en el texto únicamente la variante A del proyecto de artículo 24 (véase el párrafo 33, *supra*). Se sostuvo que el requisito de que las declaraciones fueran específicas era necesario para evitar que en las declaraciones se mencionaran simplemente las leyes generales de un Estado sobre un determinado tema. Sobre esta misma cuestión se expresó el parecer de que la regla al respecto ya se había formulado en el proyecto de artículo 24 y que lo único que quedaba por aclarar en las declaraciones previstas por el proyecto de artículo 44 eran las reglas y los procedimientos nacionales que no se verían afectados por el proyecto de Convención. En cualquier caso, se observó que no sería aconsejable modificar el texto del proyecto de artículo 44 dando a los Estados contratantes una mayor discrecionalidad que la prevista en el proyecto de artículo 24 para salvaguardar su legislación interna.

137. Se expresó el temor de que las palabras “reglas o procedimientos” fueran excesivamente amplias y tuvieran como consecuencia que los Estados hicieran una declaración para salvaguardar toda su legislación de insolvencia. Además se señaló que con esas palabras no quedaba suficientemente claro si se hacía referencia a reglas sustantivas o de procedimiento o a ambos tipos de reglas.

138. Se sugirió que se agregara al proyecto de artículo una referencia a las convenciones internacionales, dado que las reglas pertinentes de insolvencia no sólo podían derivarse de la legislación nacional sino también de convenciones internacionales. Se respondió que las convenciones y los acuerdos internacionales ya estaban abarcados por el proyecto de artículo 42 2) y que no era necesario agregar tal referencia al proyecto de artículo 44.

139. Se expresó la opinión de que del proyecto de artículo 44 no se desprendía claramente si los Estados debían presentar una declaración en virtud de dicho artículo o si la declaración era optativa, como se daba a entender con la palabra “podrá”. Se respondió que la finalidad del proyecto de artículo no era obligar a un Estado contratante a hacer una declaración, pero se indicó que, de no efectuarse tal declaración, las reglas y los procedimientos nacionales que regulaban la insolvencia del cedente podían verse suplantados por el proyecto de Convención.

140. Tras examinar las diversas opiniones expresadas, el Grupo de Trabajo consideró que el proyecto de artículo 44 debería volver a examinarse tras recabar el asesoramiento de juristas expertos en insolvencia y encomendó al grupo de redacción que introdujera las ligeras enmiendas mencionadas en el párrafo 135, *supra*.

Artículo 45. *Firma, ratificación, aceptación, aprobación, adhesión*

141. El texto del proyecto de artículo 45 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados en la Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, hasta

“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.”

142. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido del proyecto de artículo 45.

Artículo 46. *Aplicación a las unidades territoriales*

143. El texto del proyecto de artículo 46 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“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 misma que la presente Convención 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 cedente o el deudor se encuentran en un lugar situado en una unidad territorial a la que la Convención no es aplicable, se considerará que ese lugar no se halla en un Estado contratante.

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

144. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido del proyecto de artículo 46.

Artículo 47. *Efecto de las declaraciones*

145. El texto del proyecto de artículo 47 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Toda declaración efectuada a tenor de los artículos 42 a 44 y 46 en el momento de la firma estará sujeta a confirmación cuando se proceda a la ratificación, la aceptación o la aprobación.

“2) Toda declaración o confirmación de declaración deberá constar por escrito y será notificada formalmente al depositario.

“3) Toda declaración surtirá efecto en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención respecto del Estado de que se trate. No obstante, toda declaración de la que el depositario reciba notificación formal después de

esa entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha del vencimiento de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que haya sido recibida por el depositario.

“4) Todo Estado que haga una declaración a tenor de los artículos 42 a 44 y 46 podrá retirarla en cualquier momento mediante notificación oficial por escrito al depositario, que surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que el depositario haya recibido la notificación.”

146. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el proyecto de artículo 47.

Artículo 48. *Reservas*

147. El texto del proyecto de artículo 48 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“No se podrán hacer reservas a la presente Convención.”

148. El Grupo de Trabajo recordó su decisión de permitir que los Estados formularan reservas sobre el capítulo VI (véase el párrafo 72, *supra*). Además se sugirió que se dejara abierta la posibilidad de formular otras reservas. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió que se insertara en el capítulo VIII una disposición que permitiera formular reservas sobre el capítulo VI y que se revisara en consecuencia el proyecto de artículo 48. El Grupo de Trabajo remitió esas cuestiones al grupo de redacción.

Artículo 49. *Entrada en vigor*

149. El texto del proyecto de artículo 49 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) La presente Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha del vencimiento de un plazo de un año contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el [quinto] instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

“2) Para cada Estado que llegue a ser Estado contratante en la presente Convención con posterioridad a la fecha en que se haya depositado el [quinto] instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento del plazo de un año contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el instrumento pertinente en nombre de ese Estado.

“3) La presente Convención será aplicable únicamente a las cesiones efectuadas con posterioridad o en la propia fecha de la entrada en vigor de la Convención respecto de un Estado contratante mencionado en el párrafo 1) del artículo 1.”

150. El Grupo de Trabajo convino en general en que el plazo de un año para la entrada en vigor del proyecto de Convención era excesivamente largo y que sería suficiente disponer un período provisional de seis meses. Además se consideró en general que cinco ratificaciones debían ser suficientes para que el proyecto de Convención pudiera entrar

en vigor, y se decidió suprimir los corchetes de la palabra “quinto” en el párrafo 2). A reserva de esas enmiendas, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de artículo 49 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 50. *Denuncia*

151. El texto del proyecto de artículo 50 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“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 un año 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.”

152. Se expresó la opinión de que la denuncia del proyecto de Convención por un Estado contratante podía afectar a los derechos de terceros, particularmente en el caso de cesiones de futuros créditos, y se consideró conveniente que el Grupo de Trabajo estudiara modos de proteger los derechos de esos terceros de las repercusiones negativas de una denuncia.

153. No obstante, esta propuesta fue criticada por considerarse que el derecho de un Estado a denunciar una convención internacional era un derecho soberano y el establecimiento de posibles limitaciones de ese derecho, como la obligación de proteger los derechos de terceros, podría verse como una restricción de la soberanía de los Estados contratantes. Además se estimó que era mejor dejar en manos del derecho aplicable la cuestión de los efectos de una denuncia sobre los derechos de terceros, ya que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos existían reglas que regían los efectos de los cambios de leyes en los derechos adquiridos o en las operaciones en curso.

154. Se respondió que la enmienda propuesta del proyecto de artículo 50 no restringiría el derecho de los Estados contratantes a denunciar el proyecto de Convención. Además se sostuvo que la enmienda propuesta tenía únicamente la finalidad de establecer una norma sustantiva que regulara los efectos de la denuncia para los derechos de las partes situadas en Estados que no fueran el Estado que denunciase el proyecto de Convención y de proteger a esas partes que hubieran contado con la aplicación del proyecto de Convención. Sin tal regla uniforme, los terceros se verían obligados a contar con las disposiciones sustantivas que regulaban los cambios de leyes en diversos ordenamientos jurídicos, lo cual podía dar lugar a soluciones contradictorias o insatisfactorias para las situaciones planteadas.

155. Tras examinar las diversas opiniones expresadas, el Grupo de Trabajo decidió que la cuestión de los efectos de una denuncia en los derechos de terceros requeriría un examen más detenido. Sin prejuzgar eventuales soluciones futuras de esta cuestión, el Grupo de Trabajo estimó que el contenido del proyecto de artículo 50 era generalmente aceptable y lo remitió al grupo de redacción.

Título del proyecto de Convención

156. El Grupo de Trabajo aplazó las deliberaciones sobre el título del proyecto de Convención hasta que haya concluido el examen de la totalidad del proyecto de Convención.

Preámbulo

157. El texto del preámbulo del proyecto de Convención que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“*Los Estados contratantes,*

“*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 amistosas entre los Estados,

“*[Considerando* que los problemas creados por la incertidumbre en lo relativo al régimen aplicable a las cesiones en el comercio internacional constituyen un obstáculo para las operaciones en las que se dan o se prometen fondos en efectivo o en forma de crédito o servicios conexos en contrapartida de los créditos cedidos, incluidos el facturaje, la venta de créditos documentarios (*forfaiting*), la bursatilización, la financiación de proyectos y las operaciones de refinanciación.]

“*Abrigando el parecer* de que la adopción de un régimen uniforme para la financiación por cesión de créditos facilitará el desarrollo del comercio internacional y favorecerá la disponibilidad de créditos a un tipo de interés más fácilmente pagadero,

“*Conviene en lo siguiente:*”

158. Se apoyó en general la idea de incluir en el preámbulo una disposición con los objetivos del proyecto de Convención. Se consideró en general que esa disposición podía orientar a las partes a la hora de interpretar el proyecto de Convención, en particular si se hacía referencia al preámbulo en el contexto del proyecto de artículo 8, relativo a cuestiones de interpretación del proyecto de Convención. No obstante, a fin de no complicar indebidamente el preámbulo, se convino en que sería suficiente incluir en el texto una declaración general de principios, agregando explicaciones en el comentario sobre el proyecto de Convención. Se acordó en general que ese comentario podía ser de utilidad a la hora de interpretar el proyecto de Convención y se decidió que fuera preparado por la Secretaría ulteriormente.

159. En cuanto al enunciado preciso del preámbulo, se convino en general en que podía mantenerse en su forma actual agregando algunos principios. En las deliberaciones se mencionaron principios como los siguientes: el establecimiento de un régimen que cree previsibilidad y transparencia con miras a facilitar la financiación por cesión de créditos; el fomento de la modernización y armonización de la legislación nacional e internacional en materia de cesión; la promoción de nuevas prácticas que no interfieran en las prácticas actuales, y el principio de no obstaculización de la competencia. Con respecto al texto del segundo párrafo del preámbulo, en el que se trataba de definir y enumerar las prácticas de financiación, se opinó en general que debía suprimirse, ya que podía tener como consecuencia imprevista que se excluyeran algunas prácticas o se diera indebidamente

mente preferencia a otras. Sin embargo, se estimó en general que la supresión de esas palabras no perjudicaría una eventual decisión del Grupo de Trabajo con respecto al proyecto de artículo 5 *d*) (definición de “financiación por cesión de créditos”). En cuanto a la cuestión de si el proyecto de artículo 8 debía hacer referencia al preámbulo, el Grupo de Trabajo aplazó el debate hasta que tuviera oportunidad de examinar ese proyecto de artículo. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del preámbulo y encomendó al grupo de redacción su formulación exacta.

Capítulo I. Ámbito de aplicación

Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

160. El texto de proyecto de artículo 1 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) La presente Convención será aplicable a la cesión de créditos internacionales y a la cesión internacional de créditos como se definen en el presente capítulo cuando, en el momento de la cesión, el cedente se encuentre en un Estado contratante.

“2) [Las disposiciones de los artículos [...] no serán aplicables,] [La presente Convención no afectará a los derechos y obligaciones del deudor,] a menos que el deudor se encuentre en un Estado contratante [o a menos que las reglas del derecho internacional privado designen como ley aplicable la de un Estado contratante].

“3) Lo dispuesto en los artículos 29 a 33 será aplicable [a las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos como se definen en el presente capítulo] con independencia de lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo.]

“4) El capítulo VII será aplicable en todo Estado contratante que haya hecho una declaración en virtud del artículo 43. [Si un Estado contratante hace tal declaración, no se aplicarán en ese Estado las disposiciones de los artículos 23 1) y 24 1) y 2).]”

Párrafo 1)

161. El Grupo de Trabajo confirmó su decisión, adoptada en su 27.º período de sesiones, de que no era necesario ampliar el ámbito territorial de aplicación del proyecto de Convención haciendo referencia a las reglas de derecho internacional privado, como en el artículo 1 1) *b*) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (A/CN.9/445, párr. 139). Se consideró en general que el ámbito territorial de aplicación del proyecto de Convención era suficientemente amplio, dado que, para que el proyecto de Convención fuera aplicable, el párrafo 1) exigía que sólo el cedente se encontrara en un Estado contratante. Además se estimó en general que tal referencia a las reglas de derecho internacional privado del Estado del foro podía crear incertidumbre, ya que en el momento de la cesión las partes no sabrían en qué Estado se dirimiría la disputa, a menos que hubieran acordado una cláusula de jurisdicción.

162. El Grupo de Trabajo señaló que, en virtud del proyecto de artículo 3, para que un crédito fuera internacional tenía que ser internacional en el momento en que naciera. A con-

secuencia de ello, se observó que, en caso de cesión de futuros créditos, en el momento de la cesión el cedente y el cesionario no sabrían si el proyecto de Convención sería aplicable o no. A fin de resolver este problema, se sugirió modificar el párrafo 1) con palabras como las siguientes: “La presente Convención será aplicable a las cesiones internacionales cuando, en el momento de la cesión, el cedente se encuentre en un Estado contratante”, y también se propuso que se revisara el proyecto de artículo 3 dándole el siguiente enunciado: “Un crédito será internacional si, en el momento de la cesión, dos de las tres siguientes partes se encuentran en Estados diferentes: el cedente, el cesionario y el deudor”. Esta sugerencia no recibió apoyo suficiente. El Grupo de Trabajo convino en que el problema podía resolverse en el contexto del proyecto de artículo 3.

163. El Grupo de Trabajo pasó a ocuparse de la cuestión del significado del concepto de “lugar en que se encuentra el cedente”, en el contexto del proyecto de artículo 1 (véanse los párrafos 25 a 30, 33, 34, 88, 89 y 107, *supra*). Se expresaron opiniones divergentes. Según una de las opiniones, a fin de que la disposición fuera coherente con la regla del lugar en que se encuentra el cedente que se había adoptado en el contexto de los artículos 23 y 24 del proyecto y a fin de dar certeza y seguridad a las partes, convendría adoptar la misma regla en el contexto del proyecto de artículo 1. Se sostuvo que, de adoptarse un criterio diferente, mientras una cesión entraría en el ámbito del proyecto de Convención, las cuestiones de prelación podían no quedar abarcadas, en caso de una empresa situada en un Estado que no fuera el Estado en que tuviera su establecimiento y que no fuera un Estado contratante. Además se observó que todo otro criterio incrementaría la incertidumbre acerca de la aplicación del proyecto de Convención, lo cual podía repercutir en el costo y la disponibilidad de créditos, ya que los cesionarios podrían no estar en condiciones de determinar de forma relativamente fácil y segura el Estado en que se encontraba el establecimiento del cedente.

164. Según otra opinión, en el párrafo 1) convendría hacer referencia al establecimiento del cedente, un concepto bien conocido e implantado en diversos instrumentos internacionales, así como en la jurisprudencia. Además se observó que con ese concepto se facilitaría la aplicación de una ley que tuviera un verdadero vínculo con la operación de cesión pertinente y se regularía adecuadamente el problema de las operaciones hechas a través de filiales o sucursales. A ese respecto, se señaló que el lugar de constitución era a menudo un lugar ficticio desprovisto de vínculos con el lugar en que la empresa llevaba a cabo sus actividades. También se argumentó que la referencia al lugar de constitución podía tener como consecuencia imprevista la subordinación de las operaciones realizadas por una filial o sucursal a la legislación del Estado en que se encontrara la sede u oficina principal.

165. Si bien se observó que normalmente el establecimiento y el lugar de constitución coincidirían, a fin de salvar las diferencias existentes en las situaciones en que se tratara de dos lugares distintos, se sugirió que se hiciera referencia a una combinación de criterios entre los que figuraran el lugar de constitución y el establecimiento. Así, se propusieron palabras como las siguientes: “una persona se encuentra en el Estado en que tenga su residencia habitual, una sociedad se encuentra en el Estado en que tenga su sede estatutaria o en el establecimiento con el que la cesión esté más estrecha-

mente vinculada”. Esta sugerencia fue modificada para hacer referencia directamente en el párrafo 1) a esos criterios, sin introducir otra regla de ubicación además de la adoptada a los efectos de los artículos 23 y 24 del proyecto (“La presente Convención será aplicable a las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos como se definen en el presente capítulo cuando, en el momento de la cesión, el cedente tenga su lugar de constitución, su sede estatutaria, o su establecimiento con el que la cesión esté más estrechamente vinculada, en un Estado contratante”). En respuesta a una pregunta, se explicó que se pretendía que la cuestión de la “vinculación más estrecha” se aplicara únicamente al establecimiento.

166. Se hicieron varias sugerencias para mejorar el enunciado propuesto. Una de las sugerencias, que recibió un amplio apoyo, consistía en suprimir la referencia a la sede estatutaria del cedente. En otra de las sugerencias se quería dar más seguridad y certeza haciendo referencia al establecimiento “principal” del cedente. Esta última sugerencia fue criticada por considerarse que podía crear problemas con organizaciones que a menudo actuaban por conducto de sus filiales o sucursales. También se sugirió completar la referencia al establecimiento con las palabras “del que nazca la cesión”, con preferencia a las palabras de la propuesta inicial (“con el que la cesión esté más estrechamente vinculada”). Se señaló que, si bien esas propuestas tenían el mismo efecto, ambas podían crear incertidumbre, ya que no sería fácil para los terceros determinar el establecimiento más estrechamente vinculado con la cesión. Otra de las sugerencias, que recibió amplio apoyo, consistía en que se hiciera referencia a la residencia habitual en relación con las personas físicas.

167. Esta sugerencia recibió un amplio apoyo. Se observó que en ese enunciado se combinaba la certeza del lugar de constitución con la flexibilidad del establecimiento, al tiempo que se resolvían las dificultades con las filiales o sucursales. Además se observó que los requisitos eran disyuntivos, de modo que lo único que hacía falta para que el proyecto de Convención fuera aplicable era que se cumpliera uno de los requisitos. Además se señaló que ese criterio tenía suficientes precedentes en otros instrumentos internacionales.

168. No obstante, se expresaron diversas preocupaciones. Por ejemplo, se dijo que ese criterio podría ser demasiado flexible e introducir en el texto un grado inaceptable de incertidumbre. También se expresó el temor de que una disposición de esa índole pudiera hacer entrar en el ámbito del proyecto de Convención las cesiones nacionales de créditos nacionales (es decir, las cesiones en las que el cedente, el cesionario y el deudor tuvieran sus establecimientos en el mismo Estado). Se respondió que, si el cedente se había constituido en un Estado que no fuera el Estado en que tenía su establecimiento, esa cesión sería internacional. No obstante, se indicó que esa cuestión podía abordarse de diferentes modos en función de si, en virtud del derecho aplicable en materia de sociedades, una empresa extranjera estaba sujeta a la ley del lugar de constitución o a la del lugar de registro.

169. Tras las deliberaciones, dada la importancia de la cuestión y la falta de tiempo suficiente, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 1) en el entendimiento de que en el siguiente período de sesiones el Grupo de Trabajo volvería a examinar la cuestión de la ubicación a la luz de las diversas sugerencias formuladas y de la definición de internacionalidad que figuraba en el proyecto de artículo 1 3).

Párrafo 2)

170. Si bien las palabras del primer corchete del párrafo 2) recibieron cierto apoyo, prevaleció la opinión de que debían suprimirse y de que el párrafo debía empezar con las siguientes palabras: “La presente Convención no afectará a los derechos y obligaciones del deudor”. En respuesta a una pregunta, se observó que los derechos y obligaciones del deudor a que se hacía referencia eran los derivados del contrato original y de la ley que regía el contrato.

171. Con respecto a la referencia a la aplicación de las reglas de derecho internacional privado, se expresaron opiniones divergentes. Por una parte, se opinó que debía suprimirse, ya que creaba incertidumbre. Por otra parte, se propugnó mantener dicha referencia en el texto a fin de evitar la situación en que, en virtud de las reglas del foro en materia de derecho internacional privado, fuera aplicable la ley nacional del Estado en que se encontrara el cedente, cuando éste se hallara en un Estado contratante. Si bien se expresaron ciertas dudas sobre la verosimilitud de tal consecuencia, se consideró en general que el deudor podía verse privado de la protección del proyecto de Convención y que tal consecuencia debía evitarse. Así pues, se sugirió que se hiciera referencia más bien a la ley que regía el crédito que fuera la ley de un Estado contratante. La sugerencia recibió un amplio apoyo. Sin embargo, se consideró que la protección del deudor en la Convención podía no ser superior a la que garantizaba la legislación nacional, por lo que en algunos casos podía ser preferible aplicar la legislación nacional.

172. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo convino en que el enunciado del párrafo 2) fuera el siguiente:

“La presente Convención no afectará a los derechos y obligaciones del deudor, a menos que el deudor se encuentre en un Estado contratante o a menos que la ley que rijan el crédito sea la ley de un Estado contratante.”

Párrafos 3) y 4)

173. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de los párrafos 3) y 4) hasta su siguiente período de sesiones.

III. INFORME DEL GRUPO DE REDACCIÓN

174. El Grupo de Trabajo pidió al grupo de redacción establecido por la Secretaría que examinara el preámbulo y los artículos 5 g) a j), 18 5 bis), 23 a 33 y 40 a 50 del proyecto, con miras a asegurar la coherencia entre los distintos idiomas.

175. Al término de sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo examinó el informe del grupo de redacción y aprobó el contenido del preámbulo, así como los artículos 5 g) a j), 18 5 bis), 23 a 33 y 40 a 50 del proyecto, revisados por el grupo de redacción. El texto de los artículos revisados, aprobados por el Grupo de Trabajo, se reproduce en el anexo del presente informe.

176. Con respecto a las palabras del segundo párrafo del preámbulo en las que se trataba de definir las operaciones abarcadas por el proyecto de Convención, se sugirió que vol-

vieran a introducirse en el preámbulo. Esta sugerencia fue criticada por estimarse que de este modo podían quedar excluidas ciertas operaciones o podía expresarse una preferencia indebida por algunas operaciones. El Grupo de Trabajo adoptó esa decisión en el entendimiento de que la eliminación de la frase del preámbulo no debía prejuzgar el criterio adoptado por el Grupo de Trabajo respecto del proyecto de artículo 5 *d*) (definición de “financiación por cesión de créditos”).

177. Se expresó la opinión de que la referencia a sólo el término “tribunal” era demasiado limitada, dado que los procesos de insolvencia podían tener lugar ante otro tipo de entidad que no fuera un tribunal. Se convino en sustituir el término por las palabras “tribunal u otra autoridad competente”, lo cual era más completo y se ajustaba más a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (artículo 4), y se decidió que el texto de los artículos 5 *h*), 24 3) y 33 del proyecto fueran enmendados en consecuencia.

178. Se convino en que, en aras de la coherencia, cuando aparecieran las palabras “foro”, “Estado del foro” y “Estado en que se encuentra el tribunal” se utilizaran sistemáticamente las palabras “Estado del foro” (artículos 24 3) y 5), 31, 32 1) y 33).

179. Con respecto al proyecto de artículo 26, se sugirió que no fuera aprobado hasta que se adoptara una decisión definitiva sobre el proyecto de artículo 12. Sin embargo, el Grupo de Trabajo decidió aprobar el contenido del proyecto de artículo 26 en el entendimiento de que, de ser necesario, podía volver a examinarlo una vez que el Grupo de Trabajo hubiera tenido oportunidad de debatir el proyecto de artículo 12.

180. En relación con el proyecto de artículo 29, se decidió que, en aras de la coherencia, dejaran de utilizarse indistintamente (en la versión inglesa) los términos “*assignment contract*” y “*contract of assignment*” y se optara siempre por la segunda expresión. Con respecto al proyecto de artículo 42, se convino en que se ajustara a los artículos 42 *bis*, 43 y 44 del proyecto, que no se referían al efecto de la declaración, dado que esta cuestión ya estaba regulada en el proyecto de artículo 47. Además se decidió que en los artículos 42 *bis*, 43 y 44 se hiciera referencia a un “Estado”, y no a un “Estado contratante”, a fin de abarcar las situaciones en que la declaración fuera efectuada en el momento de la firma.

181. Con respecto al proyecto de artículo 50, se convino en que la Secretaría preparara un enunciado que tuviera en cuenta las cuestiones y los efectos transitorios para los terceros y que fuera examinado ulteriormente por el Grupo de Trabajo.

IV. LABOR FUTURA

182. Se sugirió que el Grupo de Trabajo se ocupara, en su siguiente período de sesiones, de cuestiones como las siguientes: el ámbito de aplicación del proyecto de Convención, en particular las definiciones de cesión y crédito; la forma de cesión; las limitaciones contractuales de la cesión, y el pago liberatorio del deudor. En cuanto al orden de las cuestiones tratadas, se sugirió que el Grupo de Trabajo seleccionara una serie de importantes cuestiones y las estudia-

ra en primer lugar, sin seguir necesariamente el orden de los artículos en el documento A/CN.9/WG.II/WP.96. No obstante, se prefirió en general que, en su próximo período de sesiones, el Grupo de Trabajo iniciara sus deliberaciones con el proyecto de artículo 1 y siguiera el orden en que aparecían los artículos en el documento A/CN.9/WG.II/WP.96. Se consideró en general que este criterio, además de constituir un procedimiento normal, permitiría al Grupo de Trabajo examinar en su próximo período de sesiones cuestiones cruciales como el ámbito de aplicación, la forma y las limitaciones contractuales de la cesión. Además se señaló que, si se examinaban los artículos del proyecto por el orden en que figuraban en el documento A/CN.9/WG.II/WP.96, no se producirían demoras indebidas, ya que el Grupo de Trabajo podía resolver las disposiciones menos importantes del proyecto de Convención sin largos debates.

183. Se tomó nota de que la celebración del siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo estaba prevista en Nueva York del 1.º al 12 de marzo de 1999.

ANEXO

PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS CON FINES DE FINANCIACIÓN

Preámbulo

Los Estados contratantes,

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 amistosas entre los Estados,

Considerando que los problemas creados por la incertidumbre en lo relativo al régimen aplicable a las cesiones en el comercio internacional constituyen un obstáculo para las operaciones de financiación,

Deseosos de establecer principios y adoptar un régimen para la cesión de créditos que creen previsibilidad y transparencia y promuevan la modernización del derecho que regula la financiación por cesión de créditos, al tiempo que protejan las prácticas financieras existentes y faciliten el desarrollo de nuevas prácticas,

Abrigando el parecer de que la adopción de un régimen uniforme para la financiación por cesión de créditos facilitará el desarrollo del comercio internacional y favorecerá la disponibilidad de créditos a tipos de interés más fácilmente pagaderos,

Conviene en lo siguiente:

Capítulo II. Disposiciones generales

Artículo 5. Definiciones y reglas de interpretación

Para los fines de la presente Convención:

g) Por “administrador de la insolvencia” se entenderá toda persona u órgano, incluso si se ha designado con carácter provisional, con facultades para administrar la reorganización o la liquidación de los activos del cedente;

h) Por “procedimiento de insolvencia” se entenderá todo procedimiento colectivo de carácter judicial o administrativo, inclusive un procedimiento provisional, en el que los activos y los negocios del cedente se someten al control o a la supervisión de un tribunal u otra autoridad competente a efectos de reorganización o liquidación;

i) Por “prelación” se entenderá el derecho de una parte a ser pagada con preferencia a otra;

j) A los efectos de los artículos 23 y 24 se entenderá que una persona se encuentra en el Estado en que tenga su residencia habitual; una sociedad se encuentra en el Estado en que tuvo lugar su constitución; una persona jurídica que no sea una sociedad se encuentra en el Estado en que figuran escritos sus documentos constitutivos, y toda otra persona se encuentra en el Estado en que tenga su principal centro de administración.

Capítulo IV. Derechos, obligaciones y excepciones

Sección II. Deudor

Artículo 18. Pago liberatorio del deudor

[5 bis] Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a ninguna disposición por la que el deudor pueda quedar liberado de su obligación efectuando el pago a una persona a la que se haya hecho una cesión inválida.]

Sección III. Terceros

Artículo 23. Conflicto de derechos entre varios cesionarios

1) El orden de prelación entre varios cesionarios de los mismos créditos del mismo cedente se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente.

2) Todo cesionario con prelación podrá renunciar a dicha prelación en beneficio de otro cesionario, independientemente de si en ese momento existe o no dicho cesionario. [La renuncia podrá producirse mediante acuerdo con el cedente, con el otro cesionario o con cualquier otra persona.]

Artículo 24. Conflicto de derechos entre el cesionario y los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia

1) El orden de prelación entre un cesionario y los acreedores del cedente se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente.

2) El orden de prelación entre un cesionario y el administrador de la insolvencia se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente.

3) No obstante lo dispuesto en los párrafos 1) y 2), un tribunal u otra autoridad competente podrá denegar la aplicación de las disposiciones de la ley del Estado en que se encuentre el cedente únicamente si esas disposiciones son manifiestamente contrarias al orden público del Estado del foro.

4) De iniciarse un proceso de insolvencia en un Estado que no sea el Estado en que se encuentra el cedente, salvo lo dispuesto en el presente artículo, la presente Convención no afectará a los derechos del administrador de la insolvencia ni a los de los acreedores del cedente.

[5] De iniciarse un proceso de insolvencia en un Estado que no sea el Estado en que se encuentra el cedente, todo derecho no contractual que en virtud de la legislación del foro tendría prioridad sobre los derechos de un cesionario tendrá efectivamente prioridad no obstante lo dispuesto en el párrafo 2), pero sólo a condición de que el Estado del foro haya especificado dicha prioridad en un instrumento que se haya depositado en poder del depositario antes de efectuarse la cesión.]

6) El cesionario que haga valer derechos de conformidad con el presente artículo no gozará de menos derechos que un cesionario que haga valer derechos de conformidad con otro régimen.

Capítulo V. Cesiones subsiguientes

Artículo 25. Ámbito de aplicación

1) La presente Convención será aplicable a:

a) Las cesiones de créditos efectuadas por el cesionario inicial o por otro cesionario en beneficio de cesionarios subsiguientes (“cesiones subsiguientes”) regidas por el artículo 1 de la presente Convención, a pesar de que toda cesión anterior no se rija por la presente Convención; y

b) Toda cesión subsiguiente, siempre y cuando toda cesión anterior se rija por la presente Convención.

2) La presente Convención será aplicable como si el cesionario subsiguiente fuera el cesionario inicial.

Artículo 26. Acuerdos de limitación de las cesiones subsiguientes

1) Todo crédito cedido por el cesionario inicial o por un ulterior cesionario a un cesionario subsiguiente ha de tenerse por transferido pese a todo acuerdo entre el cedente inicial o un ulterior cedente y el deudor o un cesionario subsiguiente por el que se limite de alguna manera el derecho del cedente inicial o de un ulterior cedente a ceder sus créditos.

2) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones o a la responsabilidad del cedente por el incumplimiento de ese acuerdo. La persona que no sea parte en ese acuerdo no será responsable, en virtud del acuerdo, por tal incumplimiento.

Artículo 27. Avisos múltiples

Si el deudor recibe aviso de una o varias cesiones subsiguientes, el deudor sólo quedará liberado de su obligación efectuando el pago a la persona o a la dirección que se especifique en el aviso de la última cesión subsiguiente.

Artículo 28. Aviso de cesiones subsiguientes

Todo aviso dado respecto de una cesión subsiguiente constituye un aviso respecto de cualquier otra cesión anterior.

Capítulo VI. Conflictos de leyes

Artículo 29. Ley aplicable al contrato de cesión

1) [A excepción de las cuestiones que estén resueltas en la presente Convención,] el contrato de cesión se regirá por la ley expresamente elegida por el cedente y el cesionario.

2) A falta de una elección de ley por parte del cedente y del cesionario, el contrato de cesión se regirá por la ley del Estado con el que el contrato de cesión esté más estrechamente vinculado. A falta de prueba en contrario, se presumirá que el Estado con el que el contrato de cesión está más estrechamente vinculado es el Estado en el que el cedente tiene su establecimiento. En caso de que el cedente tenga más de un establecimiento, deberá hacerse referencia al que esté más estrechamente vinculado con el contrato. Si el cedente no tiene establecimiento, deberá hacerse referencia a su residencia habitual.

3) En caso de que la cesión sólo esté vinculada con un Estado, el hecho de que el cedente y el cesionario hayan elegido la ley de otro Estado no prejuzgará la aplicación de la ley del Estado con el que está vinculada la cesión si dicha ley no puede eludirse por vía contractual.

Artículo 30. *Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y del deudor*

[A excepción de aquellos asuntos que estén resueltos en la presente Convención,] la ley por la que se rija el crédito cedido determinará la transferibilidad de éste, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones en que podrá hacerse valer la cesión frente al deudor y toda cuestión relativa a si el deudor ha quedado o no liberado de sus obligaciones.]

[Artículo 31. *Ley aplicable a los conflictos de prelación*

Con excepción de las cuestiones que estén resueltas en el capítulo IV:

a) El orden de prelación entre varios cesionarios que obtengan los mismos créditos del mismo cedente se regirá por la ley del Estado en que se encuentre el cedente;

b) El orden de prelación entre un cesionario y los acreedores del cedente se regirá por la ley del Estado en que se encuentre el cedente;

c) El orden de prelación entre un cesionario y el administrador de la insolvencia se regirá por la ley del Estado en que se encuentre el cedente;

[d) De iniciarse un proceso de insolvencia en un Estado que no sea el Estado en que se encuentra el cedente, todo derecho no contractual que en virtud de la legislación del Estado del foro tendría prioridad sobre los derechos de un cesionario tendrá efectivamente prioridad pese a lo dispuesto en el inciso c), pero sólo a condición de que el Estado del foro haya especificado dicha prioridad en un instrumento que se haya depositado en poder del depositario antes de efectuarse la cesión;]

e) El cesionario que haga valer derechos de conformidad con el presente artículo no gozará de menos derechos que un cesionario que haga valer derechos de conformidad con otro régimen.]

Artículo 32. *Reglas imperativas*

1) Nada de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 restringe la aplicación de las reglas de la ley del foro en una situación en que sean imperativas independientemente del derecho por lo demás aplicable.

2) Nada de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 restringe la aplicación de las reglas imperativas del derecho de otro Estado con el que las cuestiones resueltas en esos artículos estén estrechamente vinculadas, siempre y cuando, en virtud de la ley de ese otro Estado, esas reglas deban aplicarse independientemente del derecho por lo demás aplicable.

Artículo 33. *Orden público*

Con respecto a las cuestiones reguladas en el presente artículo, el tribunal u otra autoridad competente sólo podrá denegar la aplicación de una disposición de la ley especificada en el presente capítulo cuando dicha disposición sea manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro.

Capítulo VIII. Cláusulas finales

Artículo 41. *Depositario*

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

Artículo 42. *Conflictos con acuerdos internacionales*

1) A excepción de lo dispuesto en el párrafo 2) del presente artículo, la presente Convención prevalecerá sobre cualquier otra

convención u otro acuerdo multilateral o bilateral internacional que haya celebrado o que celebre un Estado contratante y que contenga disposiciones relativas a las materias que por ella se rigen.

2) Un Estado podrá declarar, en cualquier momento, que la Convención no prevalecerá sobre las convenciones internacionales u otros acuerdos multilaterales o bilaterales enumerados en la declaración, en los que es o será parte y que contienen disposiciones relativas a las materias regidas por la presente Convención.

Artículo 42 bis. *Aplicación del capítulo VI*

Un Estado contratante podrá declarar en cualquier momento que no estará vinculado por el capítulo VI.

Artículo 43. *Aplicación del capítulo VII*

Un Estado contratante podrá declarar, en cualquier momento, que quedará vinculado por [las secciones I y II o por la sección III] del capítulo VII.

[Artículo 44. *Reglas o procedimientos de insolvencia no afectados por la presente Convención*

Un Estado contratante podrá declarar en cualquier momento otras reglas u otros procedimientos que rijan la insolvencia del cedente y que no serán afectados por la presente Convención.]

Artículo 45. *Firma, ratificación, aceptación, aprobación, adhesión*

1) La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados en la Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, hasta

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 46. *Aplicación a las unidades territoriales*

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 misma que la presente Convención 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 cedente o el deudor se encuentran en un lugar situado en una unidad territorial a la que la Convención no es aplicable, se considerará que ese lugar no se halla en un Estado contratante.

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

Artículo 47. *Efecto de las declaraciones*

1) Toda declaración efectuada a tenor de los artículos 42 a 44 y 46 en el momento de la firma estará sujeta a confirmación cuando se proceda a la ratificación, la aceptación o la aprobación.

- 2) Toda declaración o confirmación de declaración deberá constar por escrito y será notificada formalmente al depositario.
- 3) Toda declaración surtirá efecto en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención respecto del Estado de que se trate. No obstante, toda declaración de la que el depositario reciba notificación formal después de esa entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que haya sido recibida por el depositario.
- 4) Todo Estado que haga una declaración a tenor de los artículos 42 a 44 y 46 podrá retirarla en cualquier momento mediante notificación oficial por escrito al depositario, que surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que el depositario haya recibido la notificación.

Artículo 48. *Reservas*

No se podrán hacer más reservas que las expresamente autorizadas por la presente Convención.

Artículo 49. *Entrada en vigor*

- 1) La presente Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento de un plazo de seis meses con-

tado a partir de la fecha en que haya sido depositado el quinto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

- 2) Para cada Estado que llegue a ser Estado contratante en la presente Convención con posterioridad a la fecha en que se haya depositado el quinto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el instrumento pertinente en nombre de ese Estado.

- 3) La presente Convención será aplicable únicamente a las cesiones efectuadas con posterioridad o en la propia fecha de la entrada en vigor de la Convención respecto de un Estado contratante mencionado en el párrafo 1) del artículo 1.

Artículo 50. *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 un año 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.

B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 29.º período de sesiones: artículos revisados del proyecto de Convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación: observaciones y sugerencias: nota de la Secretaría

(A/CN.9/WG.II/WP.98) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Página</i> |
|--|---------------|
| INTRODUCCIÓN | 82 |
| PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS CON FINES DE FINANCIACIÓN | 83 |
| Capítulo I. <i>Ámbito de aplicación</i> | 83 |
| Artículo 1. <i>Ámbito de aplicación</i> | 83 |
| Artículo 2. <i>Cesión de créditos</i> | 84 |
| Artículo 3. <i>Internacionalidad</i> | 85 |
| Artículo 4. <i>Exclusiones</i> | 85 |
| Capítulo II. <i>Disposiciones generales</i> | 86 |
| Artículo 5. <i>Definiciones y reglas de interpretación</i> | 86 |
| Artículo 6. <i>Autonomía de la voluntad de las partes</i> | 87 |
| Artículo 7. <i>Protección del deudor</i> | 87 |
| Artículo 8. <i>Principios de interpretación</i> | 87 |
| Capítulo III. <i>Forma y efecto de la cesión</i> | 88 |
| Artículo 9. <i>Forma de la cesión</i> | 88 |
| Artículo 10. <i>Efecto de la cesión</i> | 88 |
| Artículo 11. <i>Momento en que se transfieren los créditos</i> | 88 |
| Artículo 12. <i>Limitaciones contractuales de la cesión</i> | 88 |
| Artículo 13. <i>Transferencia de los derechos de garantía</i> | 88 |

3. En sus períodos de sesiones 26.º a 28.º (1993 a 1995), la Comisión examinó tres informes de la Secretaría sobre determinados problemas jurídicos que planteaba la cesión de créditos (A/CN.9/378/Add.3, A/CN.9/397 y A/CN.9/412). Tras examinar esos informes, la Comisión llegó a la conclusión de que sería conveniente y factible preparar un conjunto de reglas uniformes con objeto de eliminar los obstáculos con que tropezaba la financiación por cesión de créditos a causa de la incertidumbre existente en diversos ordenamientos jurídicos en lo relativo a la validez de las cesiones transfronterizas (en las que el cedente, el cesionario y el deudor no se encuentran en el mismo país) y con respecto a las consecuencias jurídicas de estas cesiones para el deudor y otros terceros³.

4. En su 24.º período de sesiones (Viena, 8 a 19 de noviembre de 1995), el Grupo de Trabajo inició su labor examinando una serie de disposiciones del anteproyecto de régimen uniforme que figuraban en un informe del Secretario General titulado "Examen de un anteproyecto de régimen uniforme" (A/CN.9/412). En ese período de sesiones, se instó al Grupo de Trabajo a que tratara de preparar un texto jurídico que permitiera mejorar la oferta de crédito a un costo más bajo (A/CN.9/420, párr. 16).

5. En su 29.º período de sesiones (1996), la Comisión tuvo ante sí el informe del 24.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/420). La Comisión expresó su reconocimiento por la labor realizada y pidió al Grupo de Trabajo que la agilizará⁴.

6. En sus períodos de sesiones 25.º y 26.º (Nueva York, 8 a 19 de julio de 1996, y Viena, 11 a 22 de noviembre de 1996), el Grupo de Trabajo continuó su labor examinando diferentes versiones del proyecto de normas uniformes contenido en las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.87 y A/CN.9/WG.II/WP.89, respectivamente). En esos períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo adoptó la hipótesis de trabajo de que el texto que se preparaba tendría la forma de una convención (A/CN.9/432, párr. 28) y comprendería disposiciones de derecho internacional privado (A/CN.9/434, párr. 262).

7. En su 30.º período de sesiones (1997), la Comisión tuvo a la vista los informes de los períodos de sesiones 25.º y 26.º del Grupo de Trabajo (A/CN.9/432 y A/CN.9/434). La Comisión observó que el Grupo de Trabajo había llegado a un acuerdo sobre una serie de cuestiones y que entre las principales cuestiones pendientes figuraban la validez de la cesión frente a terceros, como los acreedores del cedente y el administrador, en caso de insolvencia del cedente⁵. Además, la Comisión observó que el proyecto de Convención había suscitado considerable interés entre los gobiernos y la comunidad financiera que practicaba esta modalidad de financia-

ción, dadas las posibilidades que ofrecía para aumentar el crédito disponible a un precio favorable⁶.

8. En sus períodos de sesiones 27.º y 28.º (Viena, 20 a 31 de octubre de 1997, y Nueva York, 2 a 13 de marzo de 1998), el Grupo de Trabajo examinó las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.93 y A/CN.9/WG.II/WP.96, respectivamente). En su 28.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó, en cuanto al fondo, los proyectos de artículo 14 a 16 y 18 a 22 y solicitó a la Secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de artículo 17 (A/CN.9/447, párrs. 161 a 164 y 68, respectivamente).

9. En su 31.º período de sesiones (1998), la Comisión tuvo a la vista los informes de los períodos de sesiones 27.º y 28.º del Grupo de Trabajo (A/CN.9/445 y A/CN.9/447). La Comisión manifestó su aprecio por la labor realizada y solicitó al Grupo de Trabajo que prosiguiera su labor rápidamente, de manera que la terminase en 1999 y presentase a la Comisión, para su aprobación, el proyecto de Convención en su 33.º período de sesiones (2000)⁷.

10. A fin de facilitar los exámenes del Grupo de Trabajo y explicar las disposiciones del proyecto de Convención, la presente nota formula observaciones sobre varios proyectos de artículo. En caso necesario, se hacen sugerencias de disposiciones alternativas o adicionales para que el Grupo de Trabajo las examine (por ejemplo, los proyectos de artículo 2, 18 y 23). La presente nota contiene igualmente una versión revisada del proyecto de artículo 17 y el nuevo artículo 17 *bis* (que se refiere a cuestiones relativas al producto), preparada por la Secretaría a raíz de una solicitud del Grupo de Trabajo (A/CN.9/447, párr. 68).

PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS CON FINES DE FINANCIACIÓN

Capítulo I. Ámbito de aplicación

Observaciones

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. La formulación alternativa del proyecto de párrafo 1) del artículo 1, mencionada en la observación 2 al proyecto de artículo 1 tal como aparece en el documento A/CN.9/WG.II/WP.96, debe completarse añadiendo una referencia al factor conectivo del lugar donde se encuentra el cedente. En consecuencia, debe decir: "La presente Convención será aplicable a las cesiones internacionales cuando, en el momento de la cesión, el cedente se encuentre en un Estado contratante". Esa nueva formulación del proyecto de párrafo 1) del artículo 1 tendría que combinarse con la redacción alternativa para el proyecto de artículo 3 que figura en la antes mencionada observación 2.

2. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si las partes en las cesiones no comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de Convención o las partes en los contratos de origen que no se encuentren en Estados contra-

³Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17), párrs. 297 a 301; Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/49/17), párrs. 208 a 214; Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No.17 (A/50/17), párrs. 374 a 381.

⁴Ibíd., quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), párr. 234.

⁵Ibíd., quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/52/17), párr. 254.

⁶Ibíd., párr. 256.

⁷Ibíd., quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17), párr. 231.

tantes deben tener derecho a optar por el régimen del proyecto de Convención. Cabe observar, no obstante, que si las partes optan por la ley de un Estado contratante no quedaría claro si se refieren al proyecto de Convención o a la ley nacional de ese Estado (véase la observación 4 al proyecto de artículo 1 que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.96).

3. En el párrafo 2), pueden enumerarse los proyectos de artículo 7, 12, 16 y 18 a 22. El Grupo de Trabajo podría examinar el párrafo 3), relativo al ámbito de aplicación de las reglas del derecho internacional privado del proyecto de Convención, contenidas en el capítulo VI, en el contexto del examen de ese capítulo.

4. El Grupo de Trabajo podría también querer examinar la cuestión de la aplicación alternativa o conjunta de las reglas sustantivas y de derecho internacional privado del proyecto de Convención planteada en el párrafo 4), que se suscita cuando un Estado contratante hace una declaración conforme al proyecto de artículo 43. Según el párrafo 4), cuando un Estado contratante no hace una declaración conforme al proyecto de artículo 43 conserva sus propias normas de prelación al adoptar únicamente las normas de prelación de derecho internacional privado del proyecto de Convención (es decir, los proyectos de artículo 23 y 24).

Artículo 2. *Cesión de créditos*

1. Con la presente formulación del proyecto de artículo 2, el ámbito de aplicación del proyecto de Convención sería demasiado amplio, al abarcar casi toda la esfera del régimen de la cesión. Si bien ese enfoque omnicompreensivo puede ser conveniente desde un punto de vista dogmático, quizá no sea prácticamente factible introducir una reforma completa del derecho nacional en esa materia. Ese enfoque reduciría la aceptabilidad del proyecto de Convención para los Estados que estuvieran dispuestos a introducir legislación específica con el fin de facilitar el acceso a un crédito de costo más bajo, pero no a estudiar la posibilidad de desplazar en su conjunto el régimen nacional de la cesión. Además, ese enfoque podría ser objetado por los representantes de prácticas que parecen funcionar ya bien y no necesitan ser reguladas por otro texto jurídico más. Además, conforme a la presente formulación del proyecto de artículo 2, sería imposible que ningún Estado adoptase una norma de prelación basada en la inscripción, ya que incluso en los países que aplican ese sistema, no todas las operaciones comprendidas en el proyecto de artículo 2 están sujetas a inscripción.

2. El ámbito de aplicación del proyecto de Convención sería suficientemente amplio incluso si se suprimiera el párrafo 2), con la excepción del inciso a). El Grupo de Trabajo tal vez desee, por tanto, combinar los párrafos 1) y 2) a), eliminando el resto del párrafo 2) y posiblemente incluyendo algunos de los tipos de cesión enumerados en los incisos d) a g) en la lista de exclusiones contenidas en el proyecto de artículo 4. Si el proyecto de Convención tiene buen éxito y es ampliamente adoptado, siempre se podrá ampliar su ámbito de aplicación mediante un protocolo.

3. En cuanto a la referencia a que se efectúe una contraprestación a cambio de la transferencia de créditos, que figura en el párrafo 1) del artículo 2 y tiene por fin garantizar que sólo quedan comprendidas las cesiones de naturaleza fi-

nanciera, el Grupo de Trabajo quizá desee examinar la posibilidad de suprimirla y excluir en el proyecto de artículo 4 las cesiones que se hagan sin dar o prometer a cambio fondos, crédito o servicios conexos. En su actual formulación, el párrafo 1) hace pensar que la transferencia entraña siempre una contraprestación, lo que puede no siempre ser el caso. Además, la referencia en la versión inglesa al valor (*value*) puede plantear la cuestión de si se trata de un valor “equitativo”.

4. Cabe observar que el proyecto de párrafo 1) del artículo 2 tiene por fin abarcar todos los tipos de transferencias de créditos mediante acuerdo, inclusive la subrogación contractual, la novación y la prenda. Se eliminó una lista indicativa de los tipos de transferencias contractuales comprendidas, que aparecía en un proyecto anterior (A/CN.9/WG.II/WP.93, proyecto de párrafo 2) del artículo 2) con objeto de no dar la impresión de que no quedaban comprendidas las transferencias no enumeradas (A/CN.9/445, párr. 151).

5. Puede que el párrafo 3) no sea necesario, ya que el proyecto de artículo 13 trata suficientemente las cuestiones relativas a la transferencia de derechos que garanticen los créditos cedidos. Además, el párrafo 3) puede ser demasiado amplio en cuanto equipara a un crédito todo derecho nacido del contrato original, inclusive los derechos sobre la información confidencial, los derechos relativos a la exigibilidad de otros derechos y los derechos de garantía. A diferencia de la Convención de UNIDROIT sobre Facturaje Internacional de 1988 en Ottawa (denominada en adelante “la Convención de Ottawa”), de la que se tomó el párrafo 3), el proyecto de Convención se refiere a la transferencia de los derechos de propiedad sobre los créditos y puede no ser apropiado para ocuparse de modo tan amplio de la transferencia de los derechos de propiedad sobre otros activos (sobre este punto, véanse las observaciones a los proyectos de artículo 17 y 17 bis).

6. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar una versión revisada del proyecto de artículo 2, que podría decir lo siguiente:

“1) Para los fines de la presente Convención, por ‘cesión’ se entenderá la transferencia mediante acuerdo efectuada por una persona (‘cedente’) a otra (‘cesionario’) de su derecho al pago de una suma de dinero (‘crédito’), en virtud de un contrato entre el cedente y el deudor [, ya sea que el contrato sea de compraventa o arrendamiento de bienes, prestación de servicios o crédito, concesión de licencias de tecnología, propiedad intelectual o información].

“2) La ‘cesión’ comprende la transferencia de la propiedad de créditos y la creación de derechos sobre créditos como garantía de una deuda u otra obligación.”

7. Conforme a esta formulación del proyecto de artículo 2, el proyecto de Convención se aplicaría a las cesiones de créditos contractuales (si se suprimiese el texto contenido en el párrafo 1)) o únicamente a las cesiones de ciertos tipos de créditos contractuales (si se suprime el texto entre corchetes). El párrafo 2) tiene por fin lograr que queden comprendidos en el proyecto de Convención tanto las cesiones puras y simples como las cesiones a título de garantía (se evita el uso de las expresiones “pura y simple” o “absoluta”, porque pueden carecer de sentido en otros idiomas y la palabra “transferencia” puede no ser suficiente para reflejar las ce-

siones puras y simples, ya que, en algunos ordenamientos, las cesiones a título de garantía entrañan también una transferencia de créditos).

Artículo 3. *Internacionalidad*

1. El Grupo de Trabajo quizá desee abordar la cuestión de si el lugar donde se encuentren las partes es el criterio apropiado para determinar el carácter internacional de una operación o si ha de hacerse referencia a otros criterios, como el lugar en el que se negocie, se concierte o se ejecute una operación, o a ningún criterio en absoluto, en la inteligencia de que cualquier elemento de internacionalidad, por ejemplo, la elección de una ley o una moneda extranjeras debería bastar para hacer internacional una operación. La presente formulación del proyecto de artículo 3 se basa en el entendimiento de que la certeza con respecto a la aplicación del proyecto de Convención es de la mayor importancia, ya que puede ejercer un efecto beneficioso sobre el costo y la disponibilidad de crédito.

2. El Grupo de Trabajo tal vez quiera abordar igualmente la cuestión de la internacionalidad de un crédito o una cesión en el caso de una pluralidad de cedentes, cesionarios o deudores. Puede producirse una cesión a varios cesionarios, por ejemplo, en el contexto de un préstamo sindicado. Puede darse una cesión por varios cedentes, por ejemplo, si se trata de operaciones de préstamo en las que participen varios cedentes de un mismo grupo dotado de personalidad jurídica que ceden sus créditos (en la práctica, rara vez se producen cesiones de créditos indivisos y tal vez no sea necesario mencionarlas en el proyecto de Convención). Se da normalmente una pluralidad de deudores en las cesiones en masa.

3. En el caso de una pluralidad de cedentes o cesionarios, una cesión o un crédito pueden considerarse internacionales incluso si sólo un cedente o un cesionario se encuentra en un país distinto de aquel en que se halla la otra parte en la operación. Ese criterio permitiría a cedentes y cesionarios planificar a efectos de estructurar su cesión de modo que quedase o no comprendida en el proyecto de Convención. Podría, sin embargo, al mismo tiempo abrir la posibilidad de manipulaciones en las operaciones de financiación (por ejemplo, en un sindicato de bancos, el banco principal podría incluir en la operación un banco extranjero haciendo de esta manera que la operación entrara en el ámbito de aplicación del proyecto de Convención). Por otra parte, la internacionalidad de cada cesión o crédito puede determinarse sabiendo si satisface los criterios de internacionalidad enunciados en el proyecto de artículo 3. Por ejemplo, en el caso de un sindicato de cesionarios (prestamistas) de créditos nacionales, en que algunos cesionarios fuesen nacionales y algunos extranjeros, sólo la cesión a un cesionario extranjero sería internacional y estaría comprendida en el ámbito de aplicación del proyecto de Convención. En vista de que, en los préstamos sindicados, cada prestamista recibe su propio pagaré del cedente (prestatario), ese enfoque no sería inusual y podrían evitarse resultados incompatibles si los cesionarios nacionales optaran por que se aplicara el proyecto de Convención.

4. Con respecto a los casos que comprenden una pluralidad de deudores, no plantearía problemas por lo que se refiere a los efectos frente a terceros el abarcar las cesiones en masa que contuvieran créditos tanto nacionales como internacionales, ya que, conforme a los proyectos de artículo 23

y 24, la ley del país donde se encontrara el cedente se aplicaría a todos los conflictos de prelación. Además, a menos que el proyecto de Convención se aplicara incluso si un solo deudor se encontrara en un país distinto del país del cedente, sería difícil hallar un criterio aceptable para limitar la aplicación del proyecto de Convención. Pero tal enfoque podría acarrear involuntariamente que los deudores se vieran imposibilitados de predecir si se aplicaría el proyecto de Convención y posiblemente afectaría a sus derechos y obligaciones. Ese resultado podría mitigarse mediante el requisito de que el proyecto de Convención no se aplicase al deudor, a menos que éste se encontrase en un Estado contratante, e incluyendo en el proyecto de Convención un sistema adecuado de protección de los deudores. En algunas prácticas, puede evitarse la mezcla de créditos contra deudores situados en diferentes países mediante la agrupación de los créditos según la ubicación del deudor.

5. Cuestión conexa es saber si, en el caso de una pluralidad de cedentes, todos ellos deben encontrarse en un Estado contratante para que sea aplicable el proyecto de Convención. A esos efectos, debería bastar que uno sólo de los cedentes se hallara en un Estado contratante. En caso contrario, los cedentes conjuntos podrían evitar la aplicación del proyecto de Convención incluyendo en la operación un cedente ubicado en un Estado no contratante. La misma cuestión se plantearía por lo que se refiere a la aplicación de las disposiciones del proyecto de Convención sobre los derechos y obligaciones del deudor, en caso de una pluralidad de deudores. En ese caso, podría convenir más un enfoque diferente con el fin de proteger a los deudores de la incertidumbre acerca del régimen jurídico aplicable a sus derechos y obligaciones, a saber, requerir que todos los deudores tuvieran que encontrarse en un Estado contratante (para un breve análisis de estos asuntos, véase el documento A/CN.9/445, párrafos 156 a 159).

6. Otra cuestión conexa es si una cesión a un mandatario o fiduciario, que actúe en nombre de varias personas, algunas de las cuales son nacionales y otras extranjeras, debería considerarse como una cesión al mandatario o fiduciario o como una cesión a todas esas personas. Puede ser útil que el proyecto de Convención disponga que una cesión a un mandatario o fiduciario que actúe en nombre de varias personas debe considerarse como una cesión al mandatario o fiduciario, para evitar tener que determinar la ubicación de todas las partes por él representadas.

Artículo 4. *Exclusiones*

1. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la enumeración en el proyecto de artículo 4 de algunas de las operaciones mencionadas en el párrafo 2) del artículo 2 y posiblemente también de otras operaciones, por ejemplo, la cesión del derecho del beneficiario a pedir el pago o la cesión del producto de una garantía independiente o carta de crédito contingente de las comprendidas en los artículos 9 y 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (denominada en adelante la "Convención sobre Garantías y Crédito Contingente"). Si no se excluyen algunas de las operaciones enumeradas en el párrafo 2) del proyecto de artículo 2, quizá el Grupo de Trabajo desee examinar la posibilidad de introducir normas especiales con respecto a algunas de ellas. Por

ejemplo, si no se excluyen los créditos dimanantes de cuentas de depósito, el proyecto de artículo 18 podría contener una disposición adicional, conforme a la cual la institución depositaria, incluso después del aviso, podría cumplir su obligación pagando el saldo a su cliente en lugar de al cesionario, a menos que esa institución o su cliente hubieran consentido en que se pagase al cesionario o que el pago hubiera sido ordenado por un tribunal.

2. El Grupo de Trabajo tal vez querrá examinar la posibilidad de referirse, en el inciso *b*), a “los instrumentos para el pago en efectivo”. De este modo se excluirían todos los instrumentos transmitidos mediante endoso o entrega, prescindiendo de si son o no negociables. Además, se superaría la cuestión del significado exacto de la palabra “negociable”. Por otro lado, esa solución podría involuntariamente dar como resultado una excesiva limitación del ámbito de aplicación del proyecto de Convención. Aunque pueda precisarse una exclusión para asegurarse de que los derechos del tenedor protegido de un instrumento negociable no queden sometidos a los derechos de un cesionario, puede no ser necesario en el caso del beneficiario de una transferencia, que no es un tenedor protegido y toma un instrumento no negociable expuesto a impugnaciones.

3. El Grupo de Trabajo podría además querer aclarar si sólo se excluyen las cesiones del anterior propietario de una empresa al nuevo propietario o también las cesiones del nuevo propietario a una institución que financie la venta de la empresa. Si bien la actual redacción del inciso *c*) parece excluir a ambas, tal vez no haya razones para excluir la financiación de adquisiciones de personas jurídicas.

Capítulo II. Disposiciones generales

Observaciones

Artículo 5. Definiciones y reglas de interpretación

1. Un comentario al proyecto de Convención puede aclarar convenientemente que el significado exacto de la celebración del contrato a que se refiere el inciso *b*) queda reservado a la ley aplicable fuera del marco del proyecto de Convención y que, en cualquier caso, este término no comprende la ejecución del contrato.

2. El Grupo de Trabajo quizá desee examinar la posibilidad de suprimir el inciso *d*). Incluso si fuera posible definir adecuadamente la “financiación por cesión de créditos”, puede no ser necesario hacerlo a los efectos de definir el ámbito de aplicación del proyecto de Convención, si se incluye en el preámbulo del proyecto de Convención una referencia a la facilitación de la financiación por cesión de créditos y si se excluyen las cesiones que no tienen carácter financiero del ámbito de aplicación del proyecto de Convención. Además, esa definición podría tener el efecto involuntario de excluir algunas prácticas que se desarrollen en el futuro.

3. A fin de atender a las preocupaciones manifestadas con respecto a los requisitos de forma escrita para que la cesión sea eficaz, el Grupo de Trabajo quizá desee suprimir en el inciso *e*) la mención de los requisitos de autenticación, es decir, la firma. Se entiende que, conforme ese criterio, no resultarían invalidadas las prácticas que entrañan algún tipo de escrito, por ejemplo, una lista de créditos o un formulario

con condiciones contractuales uniformes (pero ese enfoque podría no ser compatible con las modernas tendencias del comercio electrónico, en las que sólo una comunicación electrónica autenticada constituiría un “escrito”). Otra solución sería que, en lugar de apartarse de una regla que exija la forma escrita que ha merecido el apoyo de la abrumadora mayoría del Grupo de Trabajo, éste quizá desee examinar la posibilidad de excluir de esa regla ciertas prácticas (por ejemplo, las operaciones que entrañan una prolongada reserva de dominio) o permitir a los Estados que deseen conservar prácticas de cesión puramente verbal formular una reserva a la aplicación del precepto sobre la forma.

4. En el inciso *f*), hay que añadir una remisión al párrafo 3) del proyecto de artículo 16 en el sentido de que un aviso que no satisfaga los requisitos mínimos enunciados en ese párrafo no sería eficaz conforme al proyecto de Convención. Si el Grupo de Trabajo llega a un acuerdo sobre el contenido mínimo del aviso, no sería necesario estipular que un aviso sin el contenido mínimo del párrafo 3) del proyecto de artículo 16 puede, por ejemplo, privar al deudor de sus derechos de compensación después del aviso (véase el texto entre corchetes en el párrafo 2) del proyecto de artículo 19) o impedir al deudor modificar el contrato original sin el consentimiento del cesionario (véase el párrafo 4) del proyecto de artículo 21).

5. Debe observarse que la “prelación”, conforme al inciso *i*), no se entiende que afecte por sí misma los derechos sustantivos de las partes, que permanecen sometidos a los acuerdos que hayan concertado. Quiere decir que un cesionario con prelación no obtiene un derecho a los créditos cedidos a menos que ya lo posea en virtud del contrato de cesión. El meollo del inciso *i*) es, pues, que el cesionario con prelación tendrá un derecho de preferencia en el orden de pago en caso de que existan varios reclamantes. Si el cesionario con prelación puede pretender el excedente después de obtener la satisfacción de su reclamación o si ha de devolver ese excedente al cedente o al reclamante que le siga en orden de prelación, dependerá de la ley aplicable fuera del marco del proyecto de Convención. Si, conforme a esa ley, una cesión es una cesión pura y simple, puede producirse involuntariamente una modificación de los derechos sustantivos de las partes, dado que el cesionario con prelación obtendrá el valor íntegro de los créditos y no estará obligado a dar cuenta de ningún saldo al cedente o al reclamante que le siga en orden de prelación ni a devolvérselo.

6. Visto que en distintos ordenamientos una sociedad puede estar registrada en varios lugares, el Grupo de Trabajo tal vez quiera hacer mención en el inciso *j*) del lugar donde adquirió la personalidad jurídica o donde, de alguna otra manera, se constituyó. Incluso si se utilizara este criterio, podría ser necesario concebir una regla diferente para evitar que las actividades de una oficina sucursal quedasen sometidas a la ley del país donde está ubicada la sede. Además, el Grupo de Trabajo quizá desee examinar la cuestión de si esa norma sobre la ubicación podría considerarse inaplicable por razones de orden público (por ejemplo, cuando el lugar de constitución no guarda ninguna relación en absoluto con el contrato de cesión). Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la situación en que el cedente se encuentra en un paraíso fiscal donde no se han desarrollado normas sobre la cesión o cuestiones de prelación (problema que existe independientemente de la norma sobre la ubicación que se adop-

te en el proyecto de Convención). Una aplicación combinada del derecho internacional privado y de las normas de prelación del derecho sustantivo puede resolver el problema, por lo menos en cierta medida.

7. El Grupo de Trabajo quizá desee eliminar el inciso k), en vista de que, en el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo, suscitó diversas inquietudes, inclusive que, aunque ha de servir como norma supletoria, no abarca la situación en la que las partes no han especificado el momento de la cesión (véase el documento A/CN.9/447, párrafo 30).

Artículo 6. *Autonomía de la voluntad de las partes*

El Grupo de Trabajo quizá desee estudiar la posibilidad de remitirse en el párrafo 1) a los párrafos 1) del proyecto de artículo 13, 2) y 3) del proyecto de artículo 14 y los proyectos de artículo 15, 16 y 17. Aunque los proyectos de artículo 10 y 11 reconocen la autonomía de la voluntad de las partes por lo que respecta al momento en que los créditos deben poderse identificar y en cuanto al momento en que se transfieren, ambos están condicionados a los derechos de terceros y el mencionarlos en el párrafo 1) podría acarrear la consecuencia no deseada de permitir que el cedente y el cesionario modificaran los derechos de terceros. El Grupo de Trabajo podría en vez de ello estudiar la posibilidad de adoptar una formulación más general referente al derecho de las partes a excluir o modificar mediante acuerdo sus derechos y obligaciones respectivos, sin afectar a los derechos de “terceros” (es decir, en el contexto del párrafo 1), el deudor y los terceros mencionados en los proyectos de artículo 23 y 24; y, en el contexto del párrafo 2), el cesionario y los terceros mencionados en los proyectos de artículo 23 y 24).

Artículo 7. *Protección del deudor*

1. Conforme al proyecto de Convención, la posición jurídica del deudor puede verse afectada de varias maneras, inclusive: sería válida una cesión que incumpliera una cláusula de intransferibilidad (proyecto de artículo 12); podría cambiar la forma en que el deudor puede cumplir su obligación (proyecto de artículo 18); el deudor puede verse imposibilitado de oponer al cesionario ciertas excepciones o hacer valer contra él derechos de compensación que podría esgrimir contra el cedente, por ejemplo, los que nacerían en caso de incumplimiento de una cláusula de intransferibilidad (párrafos 2) del proyecto de artículo 12 y 3) del proyecto de artículo 19); el deudor podría verse incapacitado para renunciar a ciertas excepciones (proyecto de artículo 20); se limitaría el derecho del deudor a modificar el contrato de origen después del aviso (párrafo 2) del proyecto de artículo 21), y el deudor no podrá reembolsarse del cesionario los pagos efectuados a pesar de que el cedente pueda no haber obtenido los créditos cedidos en el momento de la ejecución o que el cesionario no pueda haber hecho los pagos necesarios al cedente (proyecto de artículo 22).

2. El párrafo 1) tiene por fin garantizar que la cesión no afecte de ningún otro modo a los derechos y obligaciones del deudor. El siguiente ejemplo puede ser útil para demostrar este criterio. Conforme al párrafo 3) del proyecto de artículo 16, el cesionario puede especificar en el aviso la persona a la que o la dirección a que debe hacerse el pago. No obstante,

como consecuencia del párrafo 1) del proyecto de artículo 7, el cesionario no podrá realizar ningún otro cambio en las condiciones del contrato de origen, salvo que otra cosa se prevea en este último.

3. El párrafo 2) responde al propósito de asegurarse de que, independientemente de los cambios en la posición jurídica del deudor como consecuencia del proyecto de Convención, no se vean afectados el país ni la moneda del pago.

Artículo 8. *Principios de interpretación*

1. Un comentario puede ser útil para aclarar si ciertas cuestiones que no se abordan explícitamente en el proyecto de Convención se dejan para la otra ley aplicable fuera del marco del proyecto de Convención o si constituyen lagunas que habrán de ser dirimidas de conformidad con los principios generales en que se inspira el proyecto de Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado (en uno y otro caso, resultarían útiles las normas que figuran en el capítulo VI).

2. Entre las cuestiones que el proyecto de Convención no aborda explícitamente se cuentan: el significado de una cesión pura y simple y de una cesión a título de garantía; posiblemente, la cuestión de la forma del contrato de cesión (dos de las tres variantes del proyecto de artículo 9 remiten el asunto a la ley aplicable); el carácter accesorio o independiente del derecho de garantía, que es la base para determinar si se transfiere automáticamente con los créditos cuyo pago garantiza o si se necesita un nuevo acto de transferencia; las consecuencias del incumplimiento de las declaraciones implícitas por parte del cedente; en gran medida, la credibilidad de un crédito (el proyecto de Convención se ocupa de ello hasta cierto punto en cuanto especifica un cierto número de créditos que son cedibles, inclusive créditos futuros y créditos no identificados individualmente, y en cuanto se refiere a las limitaciones contractuales a la cesión, pero deja sin tratar otros tipos de créditos y otras limitaciones legales de la cesión); la cuestión de si el cedente responde ante el deudor por ceder sus créditos en violación de una cláusula de intransferibilidad; la cuestión de si el derecho del cesionario a requerir el pago es un derecho *ad personam* o *in rem*; la obligación del deudor de pagar (el proyecto de Convención se ocupa únicamente del pago liberatorio del deudor); la liberación del deudor por motivos distintos de los especificados en el proyecto de Convención (por ejemplo, mediante el pago al reclamante legítimo aun en el caso de que el aviso recibido no satisfaga los requisitos del proyecto de Convención); las excepciones que puede oponer y los derechos de compensación que el deudor puede hacer valer contra el cesionario (el proyecto de Convención dispone que el deudor tiene contra el cesionario las mismas excepciones y los mismos derechos de compensación que tendría contra el cedente sin, empero, especificarlos); los acuerdos entre el deudor y el cesionario por los que el deudor renuncia a sus excepciones y derechos de compensación frente al cesionario; y cuestiones de prelación entre varios cesionarios de los mismos créditos, entre el cesionario y el administrador de la insolvencia y entre el cesionario y los acreedores del cedente (las normas básicas de prelación del proyecto de Convención son actualmente normas de prelación de derecho internacional privado, si bien se ofrecen a los Estados dos normas alterna-

tivas sustantivas de prelación para que elijan una de ellas, si así lo desean).

Capítulo III. Forma y efecto de la cesión

Observaciones

Artículo 9. *Forma de la cesión*

El Grupo de Trabajo quizá desee estudiar la posibilidad de enunciar en el párrafo 1) en primer lugar la norma (por ejemplo, “La cesión deberá consignarse por escrito”) y luego las consecuencias jurídicas (“De no estar consignada por escrito, la cesión no será válida”). Además, el Grupo de Trabajo tal vez quiera examinar una formulación alternativa de la variante A que se referiría a la prueba y no a la eficacia de la cesión (por ejemplo, “La cesión debe constar por escrito”), o una formulación diferente de la variante B, por ejemplo, “La cesión debe hacerse por escrito, a menos que la ley del Estado en que se encuentre el cedente disponga otra cosa”. Además, el Grupo de Trabajo posiblemente quiera estudiar la posibilidad de suprimir del todo el artículo 9 o, por lo menos, limitar su aplicación a las cesiones internacionales. Cedentes y cesionarios posiblemente no necesiten la protección de una disposición como la del proyecto de artículo 9; los deudores quedan protegidos ya que no tienen que pagar hasta que reciban aviso escrito de la cesión, y los terceros, por las normas sobre fraude de la ley aplicable al margen del proyecto de Convención (para otras alternativas, véase la observación 2 al proyecto de artículo 5 e), *supra*.

Artículo 10. *Efecto de la cesión*

La referencia en las palabras iniciales debe ser a los proyectos de artículo 23 y 24. Esta referencia tiene como finalidad cerciorarse de que la eficacia de la cesión no perjudique los derechos de terceros. El deudor no está incluido entre las partes a que se hace referencia en los proyectos de artículo 23 y 24. Por consiguiente, la cesión es eficaz contra el deudor desde el momento en que se hace, es decir, incluso antes del aviso. Sin embargo, el deudor queda protegido, ya que, conforme al proyecto de artículo 18, puede rehusar el pago al cesionario antes del aviso. El deudor puede preferir cumplir su obligación pagando al cedente. Pero, en ese caso, el deudor asume el riesgo de pagar dos veces si la cesión no se verificó o fue ineficaz. Por lo tanto, el aviso constituye la base para que un deudor se excepcione, pero no configura una condición de la eficacia de la cesión.

Artículo 11. *Momento en que se transfieren los créditos*

1. Como consecuencia del proyecto de artículo 11, la cesión transfiere los créditos a que se refiere en el momento acordado entre cedente y cesionario o, a falta de ese acuerdo, en el momento de la cesión, sin perjuicio de los derechos de terceros distintos del deudor. Esto significa además que la cesión adquiere eficacia contra el deudor incluso antes del aviso.

2. Conforme al texto entre corchetes contenido en el inciso b) del párrafo 1), las partes no pueden fijar un momento de transferencia anterior al momento de la cesión. Mientras la discrecionalidad de las partes no afecte a los derechos de

terceros, no parece que haya ninguna razón por la que deba impedirse a las partes acordar cualquier momento para la transferencia de los créditos cedidos. El Grupo de Trabajo quizá desee modificar el proyecto de artículo 11 para garantizar que las partes gocen de la discrecionalidad de poder fijar el momento de la transferencia de los créditos cedidos incluso con respecto a los que existan en el momento de la cesión.

Artículo 12. *Limitaciones contractuales de la cesión*

1. Conforme a su formulación actual, el proyecto de artículo 12 abarcaría las limitaciones contractuales contenidas en contratos, incluso cuando el deudor sea un gobierno o un consumidor, así como las limitaciones contractuales que figuren en cesiones o cesiones subsiguientes, o que tengan por fin impedir a los competidores de una empresa que se poseionen de ella o la controlen en los hechos. El Grupo de Trabajo quizá desee examinar si este enfoque omnicompreensivo es apropiado y, en particular: si los gobiernos procurarían obtener normalmente protección mediante limitaciones contractuales o legales de la cesión (el proyecto de artículo 12 no abarca las limitaciones legales), y si es probable que esas cláusulas de intransferibilidad se incluyan en contratos normales con los consumidores, dado el relativamente escaso poder de negociación de éstos.

2. Según el párrafo 2), el cesionario no “se pone totalmente en la piel del cedente” sino que recibe los créditos libres de excepciones y derechos de compensación del deudor nacidos de un incumplimiento del contrato por parte del cedente. Si bien ese resultado puede ser aceptable con respecto a la responsabilidad contractual, cabe objetarlo por lo que se refiere a la responsabilidad de carácter extracontractual, que puede presentarse en el caso de que el cesionario conociera o debiera haber conocido la cláusula de intransferibilidad. Por otro lado, si el cesionario queda expuesto a responsabilidad extracontractual, el párrafo 2) puede carecer de sentido, ya que el cesionario estará de todas maneras exento de responsabilidad contractual. Sea como fuera, el párrafo 2) no protege al cesionario en caso en que el deudor rescinda el contrato de origen a raíz del incumplimiento por el cedente de la cláusula de intransferibilidad.

Artículo 13. *Transferencia de los derechos de garantía*

1. La mención contenida en el párrafo 1) de otra ley (es decir, la ley que rija el crédito) o del acuerdo de las partes tiene por fin evitar referirse a derechos de garantía accesorios que posiblemente no se entiendan universalmente del mismo modo. La palabra “ley” procura abarcar tanto la legislación como la jurisprudencia.

2. La esencia del párrafo 2) es que los derechos de garantía deben tratarse del mismo modo que los créditos, por lo que su transferencia debe ser eficaz a pesar de una limitación contractual. El párrafo 3) obedece al propósito de asegurarse que los principios consagrados en los párrafos 1) y 2) se apliquen igualmente a los derechos de garantía posesorios, siempre que no perjudiquen los derechos del deudor o de la persona que transmite el derecho de propiedad. Si el Grupo de Trabajo cambia su postura con respecto al párrafo 2) del

proyecto de artículo 12, tal vez tendría que reexaminar el párrafo 3) con miras a conservar las posibles responsabilidades del cesionario frente al deudor por la transferencia de un derecho de garantía que violase una limitación contractual (por lo menos en caso de que el cesionario conociera o debiera haber conocido la cláusula de intransferibilidad).

Capítulo IV. Derechos, obligaciones y excepciones

Sección I. Cedente y cesionario

Observaciones

Las observaciones a los proyectos de artículo 14 a 22 se refieren a las disposiciones tal como fueron aprobadas por el Grupo de Trabajo en su anterior período de sesiones y se reproducen en el anexo al informe de ese período de sesiones (A/CN.9/447).

Artículo 14. *Derechos y obligaciones del cedente y del cesionario*

1. Conforme al proyecto de artículo 14 la autonomía de voluntad de las partes prevalece con respecto a la relación entre cedente y cesionario, ya que, con excepción de la disposición que se refiere a los requisitos de la forma escrita, no existe disposición en el proyecto de Convención que se refiera de manera imperativa a los derechos y obligaciones del cedente y el cesionario. El proyecto de artículo 14 hace también mención de los usos del comercio en que hayan convenido el cedente y el cesionario, las prácticas establecidas entre ellos, salvo acuerdo en contrario, y los usos internacionales muy conocidos y habitualmente observados.

2. Los párrafos 2) y 3) del artículo 9 proceden de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980; denominada en adelante “la Convención sobre la Compraventa”). Mientras que el párrafo 2) es idéntico al párrafo 1) del artículo 9 de la Convención sobre la Compraventa, el párrafo 3) es ligeramente diferente, en cuanto se limita únicamente a las cesiones internacionales y no comprende el requisito de un conocimiento real o supuesto de un uso internacional para que sea aplicable a la cesión. Por lo tanto, una cesión nacional de créditos internacionales no quedará sujeta a los usos internacionales y los terceros no tendrán que probar lo que las partes en la cesión conocían o debían haber conocido.

Artículo 15. *Declaraciones implícitas del cedente*

1. Las declaraciones implícitas forman normalmente parte esencial del contrato de cesión, y el proyecto de artículo 15 tiene por fin, de un lado, dotar de fuerza legislativa a la autonomía de la voluntad de las partes a ese respecto y, de otro, funcionar como norma supletoria asignando el riesgo legal y financiero entre el cedente y el cesionario en caso de que no lo hayan hecho en su contrato.

2. Conforme al inciso a) del párrafo 1), el cedente garantiza que es propietario del crédito cedido y tiene derecho a cederlo. Como consecuencia del proyecto de artículo 12, que otorga validez a una cesión a pesar de que en el contrato de origen figure una cláusula de intransferibilidad, se entiende

que el cedente tiene derecho a ceder incluso si el contrato de origen contiene una cláusula de ese tipo. En cuanto a las limitaciones legales de la cedibilidad de un crédito, el inciso a) del párrafo 1) pone el riesgo de parte del cedente, ya que éste se halla en mejor situación de averiguar si existe una limitación semejante.

3. El inciso b) del párrafo 1) obedece a la finalidad de asegurarse de que el cesionario tendrá causa para accionar contra el cedente en caso de que después de la cesión resulte que el cedente ya había cedido los créditos (la cuestión de si el cesionario puede dirigirse contra otro cesionario que haya recibido el pago es una cuestión distinta que se aborda en el contexto de las disposiciones referidas a cuestiones de prelación). Esa declaración implícita figura normalmente en las cesiones puras y simples y hace referencia a anteriores cesiones de esa clase. Pero en las cesiones a título de garantía, es práctica normal ceder créditos varias veces asignando diferentes derechos de prelación a los cesionarios. De este modo, no sería apropiada esa garantía en tales cesiones.

4. Conforme al inciso c) del párrafo 1), salvo acuerdo en contrario, el cedente garantiza implícitamente que el deudor no podrá oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación basados en el contrato de origen o en otros contratos no relacionados con él, que el deudor pudiera alegar, conforme al proyecto de artículo 19, contra el cesionario. El enfoque adoptado en este párrafo se justifica partiendo del supuesto de que el cedente se encuentra en mejor situación de conocer si su interlocutor contractual, el deudor, dispondrá de excepciones o derechos de compensación a raíz de un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso o tardío del contrato de origen por parte del cedente. Ese criterio puede también justificarse porque esa declaración implícita por parte del cedente, que reducirá el riesgo de la operación para el cesionario, reducirá seguramente el costo del crédito.

5. El párrafo 2) adopta un enfoque que siguen generalmente los ordenamientos jurídicos, a saber, que el riesgo del crédito de que el deudor no pague recae sobre el cesionario, salvo que el cedente acceda a otra cosa.

Artículo 16. *Aviso del deudor*

1. Con miras a conservar las prácticas que no comprenden un aviso, el párrafo 1) establece el derecho, pero no una obligación, de avisar al deudor. El párrafo 1) se concilia además con las situaciones en que el aviso se hace llegar al deudor junto con una instrucción de continuar pagando al cedente, de importancia para prácticas, como la bursatilización, en las que el cesionario no dispone de la estructura necesaria para recibir el pago o llevar una contabilidad.

2. Como consecuencia de la aplicación combinada de los párrafos 1) y 2), el cedente y el cesionario pueden acordar no avisar al deudor, pero eso no impide que el cesionario notifique al deudor y solicite el pago, aunque el cesionario pueda tener que indemnizar al cedente de los daños y perjuicios que pueda haber experimentado a raíz del incumplimiento por el cesionario del acuerdo de no notificación.

3. Otra característica importante de los párrafos 1) a 3) es que no se distingue entre aviso y requerimiento de pago. Este enfoque refleja en gran medida la buena práctica actual

orientada a garantizar la certeza en cuanto al modo de efectuar el pago. Esa certeza beneficia al cesionario, que tiene interés en que el deudor efectúe el pago de conformidad con las instrucciones del cesionario. Beneficia también al deudor, que ha de tener una idea clara sobre la manera de cumplir su obligación. Aun en aquellos casos en que el pago deba seguir haciéndose al cedente, el aviso suele contener esa instrucción al deudor.

4. La necesidad de certeza tanto para el cesionario como para el deudor es la principal justificación del contenido del aviso especificado en el párrafo 3), es decir, que el aviso debe contener mención del hecho de la cesión, los créditos cedidos y la identidad del cesionario y de quien reciba el pago.

5. El aviso tiene consecuencias importantes conforme al proyecto de Convención. Desencadena un cambio del modo en que el deudor puede cumplir su obligación (párrafo 2) del proyecto de artículo 12); afecta a los derechos de compensación que el deudor pueda alegar contra el cesionario (párrafo 2) del proyecto de artículo 19), y limita la capacidad del deudor de revisar el contrato de origen sin el consentimiento del cesionario (párrafo 4) del artículo 21).

6. Si el Grupo de Trabajo confirma su postura hasta el momento en lo relativo al contenido del aviso, la redacción de los párrafos 2) y 3) del proyecto de artículo 18 debería armonizarse con el párrafo 3) del proyecto de artículo 16. Además del párrafo 3) del proyecto de artículo 16, que se refiere en general a la dirección (es decir, la cuenta bancaria, el apartado de correos u otra dirección a la que deba hacerse el pago), los párrafos 2) y 3) del proyecto de artículo 18 requieren que en el aviso se identifique la cuenta bancaria.

7. Además, si el Grupo de Trabajo confirma su postura con respecto al párrafo 3) del proyecto de artículo 16, quizá desee abordar en el contexto del proyecto de artículo 18 una cuestión a la que éste actualmente no se refiere, a saber, la de si el cesionario o la persona que hace el aviso puede enviar un segundo aviso para corregir un error o cambiar las instrucciones de pago que contenga el primero (véase la observación 6 al proyecto de artículo 18, *infra*).

8. Igualmente, el Grupo de Trabajo tal vez quiera examinar la cuestión de si un aviso que no satisfaga los requisitos mínimos enunciados en el párrafo 3) del proyecto de artículo 16 debiera no obstante precluir la alegación de los derechos de compensación del deudor después del aviso o limitar la capacidad del deudor de revisar el contrato de origen después del aviso sin consentimiento del cesionario (véanse las observaciones a los párrafos 2) del proyecto de artículo 19 y 4) del proyecto de artículo 20, *infra*).

9. El párrafo 4) tiene por fin garantizar que el aviso esté concebido de modo que el deudor lo entienda. Dadas las importantes consecuencias del aviso conforme al proyecto de Convención, el párrafo 4) establece la certeza mediante una regla de “puerto seguro”, esto es, una norma conforme a la cual sería eficaz el aviso en un idioma especificado en el contrato de origen. Además, el párrafo 4) reconoce implícitamente la eficacia de los avisos plurilingües.

10. El Grupo de Trabajo quizá desee examinar la ubicación del proyecto de artículo 16 en el proyecto de Convención. Actualmente, el artículo 16 figura en la sección I del capítulo IV, ya que el aviso es un derecho del cedente y del cesionario. Sin embargo, al mismo tiempo, el aviso afecta a

los derechos del deudor, asunto que se trata en la sección II del capítulo IV.

Artículo 17. *Derecho del cesionario al pago*

1) *A reserva de lo dispuesto en los artículos 23 y 24, a menos que el cedente y el cesionario hayan acordado otra cosa:*

a) *El cesionario tiene derecho al pago por el deudor del crédito cedido y, cuando se haga al cesionario el pago relativo al crédito cedido, a retener todo lo que perciba en razón del cumplimiento total o parcial del crédito cedido (“producto”);*

b) *Cuando el pago relativo al crédito cedido se haga al cedente, el cesionario tendrá derecho a reclamar el pago del cedente y a retener el producto.*

2) *Si el pago correspondiente al crédito cedido es efectuado a otra persona frente a la cual el cesionario tiene prelación, el cesionario tendrá derecho al producto.*

3) *El cesionario no podrá retener una suma mayor a la que corresponda a su derecho sobre el crédito.*

Referencias:

A/CN.9/WG.II/WP.96, artículo 17

A/CN.9/447, párrs. 48 a 62

Observaciones

1. El proyecto de artículo 17 obedece al propósito de velar por que el cesionario goce de derechos eficaces sobre lo que se cobre en cumplimiento del crédito cedido. Las palabras iniciales del párrafo 1) tienen por fin garantizar que el derecho del cesionario a cobrar y retener el pago sea sin perjuicio de los derechos de terceros, como otros cesionarios que obtengan los mismos créditos del mismo cedente, los acreedores del cedente y el administrador de su insolvencia. Son idénticas a las palabras iniciales de los proyectos de artículo 10 y 11, y, como ellas, se anteponen partiendo del supuesto de que el cesionario puede reclamar el pago del deudor incluso antes del aviso, mientras que el deudor, conforme al proyecto de artículo 18, tiene derecho a rehusar el pago fundándose en que no ha recibido ningún aviso.

2. El párrafo 1) es una norma supletoria aplicable únicamente cuando el cedente y el cesionario no han acordado de otro modo el asunto del pago en su contrato. El inciso a) establece el derecho del cesionario a reclamar el pago del deudor y a conservar su importe una vez efectuado. El inciso b) otorga al cesionario el derecho a reclamar el pago del cedente, cuando el pago se haga al cedente, y a conservar su importe. La referencia al cumplimiento del crédito cedido tiene por finalidad abarcar situaciones en las que el pago se hace en especie, como ocurre, por ejemplo, cuando el cesionario reclama las mercancías vendidas al cedente o conserva las devueltas por el deudor.

3. El párrafo 3) estipula el derecho del cesionario a reclamar el pago relativo al crédito cedido de otras personas a las que se haya efectuado dicho pago, siempre que el cesionario tenga prelación frente a ellas. Si bien el cesionario puede reclamar el pago de toda la cuantía del crédito cedido, no pue-

de retener ninguna suma por encima de su derecho sobre ese crédito (por ejemplo, en el caso de un préstamo garantizado mediante un crédito de valor superior, por encima de la cuantía del préstamo más los intereses u otros gastos debidos).

4. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si también debe quedar comprendido el producto del producto, en cuyo caso habría que revisar la definición de producto. Ese producto del producto puede describirse como “diferentes generaciones” del producto (por ejemplo, el pago en especie, con lo que las mercaderías son la primera generación del producto del crédito; luego, las mercaderías se venden y el cheque percibido constituye la segunda generación del producto; posteriormente, el cheque se cobra y el efectivo constituye la tercera generación del producto).

5. Cabe observar que el proyecto de Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil que prepara el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (en adelante denominado “el proyecto de Convenio de UNIDROIT”) no abarca el producto del equipo móvil, ya que se considera que ese enfoque llevaría a la aplicación del proyecto de Convenio de UNIDROIT a tipos de activos (por ejemplo, créditos) muy diferentes de los activos para los que se concibió. Es, empero, discutible si la cuestión del producto es tan importante en el proyecto de Convenio de UNIDROIT como en el proyecto de Convención. En la operación típica a que se refiere el proyecto de Convenio de UNIDROIT, el equipo móvil no puede venderse sin consentimiento de la parte garantizada, mientras que en el proyecto de Convención los créditos se reducirán de ordinario a efectivo.

Artículo 17 bis. Derechos mutuamente competitivos con respecto al producto

1) Variante A:

En el caso de los derechos concurrentes a que se refieren los artículos 23 y 24:

a) *Si el producto adopta la forma de créditos, la prelación con respecto a ellos se rige por la ley del Estado en que se encuentre el cedente;*

b) *Si el producto adopta la forma de otros activos, la prelación con respecto a ellos se regirá por la ley del Estado en que estén situados.*

Variante B:

La prelación con respecto al producto en efectivo se regirá por la ley del Estado en que se encuentre el cedente. Para los fines del presente artículo por “producto en efectivo” se entenderá dinero, cheques [, saldos en cuentas de depósito y activos análogos].

2) *Los párrafos 3) a 5) del artículo 4 serán aplicables a los conflictos de prioridad que se susciten entre un cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente con respecto al producto.*

Referencias:

A/CN.9/447, párrafos 63 a 68

A/CN.9/445, párrafos 215 a 220

Observaciones

1. Aunque el Grupo de Trabajo ha acordado que deben otorgarse al cesionario derechos eficaces a lo que se cobre en cumplimiento del crédito, no ha podido llegar a un acuerdo sobre la cuestión de si el derecho del cesionario debe ser de carácter personal (*ad personam*) o real (*in rem*) (A/CN.9/445, párr. 218, y A/CN.9/447, párrs. 63 a 68). Esta cuestión adquiere importancia, en particular en el caso de que se pague al cedente y éste caiga en insolvencia. Si se tratase el derecho del cesionario al producto de los créditos como un derecho *in rem*, ello reduciría el riesgo de impagado para el cesionario, ya que en el caso de insolvencia del cedente el cesionario podría tomar los créditos de la masa de la insolvencia (en el caso de una cesión pura y simple) o, por lo menos, ser tratado como un acreedor garantizado (en el caso de una cesión a título de garantía). Ese criterio encerraría la posibilidad de disminuir el costo del crédito. No obstante, en muchos ordenamientos el derecho del cesionario al producto de los créditos se configura como un derecho *ad personam*. En consecuencia, aplicar otro criterio iría contra la ley nacional, vinculada a consideraciones de orden público, y podría poner en peligro la aceptabilidad del proyecto de Convención para muchos Estados.

2. Con miras a facilitar el examen de este asunto por el Grupo de Trabajo, la prelación con respecto al producto se aborda provisionalmente en el proyecto de artículo 17 bis. Si el Grupo de Trabajo decide conservar este artículo, quizá desee examinar la posibilidad de trasladarlo inmediatamente después del proyecto de artículo 24 que trata de la prelación con respecto a los créditos.

3. La variante A se basa en el supuesto de que no resultaría aceptable una única norma de derecho internacional privado aplicable a todos los tipos de producto. Si bien el lugar donde se encuentre el cedente constituiría un punto de referencia único y fácil de determinar, parece que sería objetable someter los derechos de, por ejemplo, el tenedor de un instrumento negociable o el beneficiario de una transferencia de fondos o la persona en posesión de mercadería recibida como satisfacción del crédito cedido a la ley del país en el que se encuentre el cedente (la misma objeción cabría plantear con respecto a la ley del lugar donde se encuentre el cesionario).

4. Por otra parte, remitir las cuestiones de prelación con respecto al producto a la ley del país en que se encuentre el producto garantizaría que prevaleciesen las normas imperativas de la ley en materia, por ejemplo, de derechos sobre instrumentos negociables o mercaderías. No obstante, tendría como resultado, al mismo tiempo, someter a leyes diferentes las diferentes etapas de la misma operación (por ejemplo, pago en efectivo, luego en forma de instrumentos negociables, después en forma de transferencia de fondos) o diferentes formas de los mismos activos (por ejemplo, créditos y diferentes tipos de producto). Además, ese enfoque podría sin querer tener como consecuencia que los cesionarios estructuraran las operaciones de manera artificial con el fin de someterlas a la ley de una jurisdicción conveniente (“selección de foros”).

5. El inciso a) de la variante A es coherente con el enfoque seguido en el contexto de la prelación con respecto a los créditos. Ese enfoque haría que la ley que rigiese la prioridad fuese la ley de la jurisdicción donde es más probable que se

abran los procedimientos de insolvencia con respecto al cedente (por ejemplo, la ley del país donde el cedente se encuentra). La variante B, que tiende a dejar a salvo las normas imperativas referentes, por ejemplo, a los instrumentos negociables o a las transferencias de fondos, constituye un intento de presentar una única norma que abarque el tipo más común de producto, a saber, el producto en efectivo. Si el Grupo de Trabajo prefiriera adoptar este criterio, quizá tuviera que armonizar la definición de “producto en efectivo” contenida en el proyecto de artículo 17 *bis* con la definición de “producto” que figura en el proyecto de artículo 17, y examinar la cuestión de “la ubicación” de un activo. Los “saldos en cuentas de depósito y activos análogos” aparecen entre corchetes, dado que puede no ser conveniente someter los conflictos de prelación entre instituciones financieras y cesionarios a la ley del lugar donde se encuentre el cedente, ni incluir en la definición una referencia general a “activos análogos”, que puede introducir la incertidumbre o inclusive producir resultados indeseables.

6. Cabe observar que, prescindiendo del enfoque que se adopte con respecto a la ley aplicable a las cuestiones de prelación sobre el producto, el asunto quedaría sin tocar si la ley aplicable no se ocupase de él. Sin embargo, la inclusión de una regla de derecho sustantivo en el proyecto de Convención, que se aplicaría sólo en caso de que la ley aplicable no se refiriera al asunto o a la que pudiesen optar someterse los Estados contratantes, podría por inadvertencia desembocar en la fragmentación de la ley aplicable y, por lo tanto, en una mayor incertidumbre (el mismo argumento puede formularse con respecto al capítulo VII, véase la observación 4 al capítulo VII, *infra*).

7. El Grupo de Trabajo quizá desee examinar si hay que conservar o no el proyecto de artículo 17 *bis*. Si el producto de los créditos adopta la forma de créditos, quedarían comprendidos de todas maneras en los proyectos de artículo 23 y 24. Si ese producto adoptara la forma de otro activo, podría no ser realista tratar las cuestiones de prelación ni siquiera mediante una norma de derecho internacional privado.

8. La cuestión de si hay que abordar las cuestiones de prelación en el caso de los créditos que sean a su vez producto de otro activo (por ejemplo, un conflicto entre un financiador de existencias y un cesionario) es una cuestión distinta. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si, cuando los derechos de un financiador de existencias comprenden, conforme a la ley aplicable, los créditos recibidos a raíz de la venta de las existencias, el financiador debe considerarse como un cesionario según el proyecto de Convención, en cuyo caso esos conflictos estarían abarcados por el proyecto de Convención. Si hay acuerdo en el Grupo de Trabajo para adoptar ese criterio, este punto podría aclararse en el texto o en un comentario del proyecto de Convención.

Sección II. Deudor

Observaciones

Artículo 18. Pago liberatorio del deudor

1. El proyecto de artículo 18 se propone abordar la cuestión del pago liberatorio del deudor dando a éste el derecho a negarse a efectuar el pago antes del aviso. El deudor puede preferir pagar al cesionario incluso antes del aviso, pero en

tal caso, corre el riesgo de tener que pagar dos veces si luego resulta que no hubo cesión o no la hubo válida. En consecuencia, el aviso se estructura sobre la base de una excepción del deudor y no como una condición para la eficacia de la cesión, lo que formalizaría innecesariamente la cesión.

2. El proyecto de artículo 18 no intenta ocuparse de la obligación de pago del deudor. Ni el proyecto de artículo 18 ni ningún otro artículo del proyecto de Convención establece una obligación del deudor de pagar. Este enfoque se basa en el supuesto de que esa obligación sigue sometida al contrato original y a la ley aplicable a ese contrato, que no es objeto del presente proyecto de Convención. Además, el artículo 18 no tiene por fin ocuparse del derecho del cesionario a reclamar el pago del deudor, inclusive antes del aviso. Este derecho queda consagrado en varios proyectos de artículo, incluidos los proyectos de artículo 10, 11 y 17.

3. La regla básica sobre el pago liberatorio del deudor figura en los párrafos 1) y 2). Antes del aviso, el deudor “podrá” liberarse de su obligación pagando al cedente (como antes se dijo, el deudor puede decidir pagar al cesionario). Después de la notificación, el deudor “podrá liberarse de su obligación sólo” pagando al cesionario.

4. Los párrafos 3) a 5) se refieren a casos excepcionales, es decir, avisos múltiples acerca de varias cesiones de los mismos créditos por el mismo cedente, aviso por el cesionario y pago liberatorio del deudor conforme a la ley aplicable al margen del proyecto de Convención mediante pago a la persona con derecho a recibirlo.

5. En el caso de avisos múltiples, el proyecto de Convención otorga al deudor una norma simple sobre el pago liberatorio, a saber “pague a la persona identificada en el primer aviso y quedará liberado” (párrafo 3) del proyecto de artículo 18). Si la persona que reciba el pago podrá retenerlo es asunto que debe resolverse sobre la base de las normas de prelación del proyecto de Convención. Este criterio se basa en el supuesto de que los cesionarios no pueden permitirse la incertidumbre en cuanto al pago e identificarían a la persona a la que debe efectuarse o la dirección a que debe realizarse según un aviso, tanto si el pago debe hacerse al cedente, al cesionario o a un tercero. Al mismo tiempo, los deudores no deben ser puestos en el caso de tener que recabar asesoramiento jurídico para interpretar el significado de un aviso, por ejemplo, saber si se trata de un simple aviso o de un requerimiento de pago.

6. No obstante, el párrafo 3) del proyecto de artículo 18 no contempla suficientemente una situación diferente en la que pueden hacerse varios avisos acerca de exactamente la misma cesión. Esos avisos pueden constituir la corrección de un error o un cambio de las instrucciones que figuran en avisos anteriores. El cesionario, único propietario legítimo de los créditos después del aviso, independientemente de que el pago deba hacerse al cesionario, el cedente o un tercero, identificado en el aviso, conforme al párrafo 3) del proyecto de artículo 16, debe poder hacer correcciones o cambiar las instrucciones contenidas en anteriores avisos. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de añadir al proyecto de artículo 18 una disposición de éste o parecido tenor: “Si el deudor recibe más de un aviso relativo al mismo crédito, quedará liberado pagando a la persona o a la dirección identificados en el último aviso anterior al pago”.

7. En el caso excepcional en que un deudor reciba varios avisos, algunos relativos a más de una cesión de los mismos créditos del mismo cedente y algunos relativos a exactamente el mismo crédito, por la aplicación combinada del párrafo 3) del proyecto de artículo 18 y el nuevo párrafo que se sugiere, el deudor tendría que identificar el primer aviso (en caso de correcciones o cambios, habría probablemente que tener en cuenta la fecha del primer aviso, siempre que éste satisficiera los requisitos del párrafo 3) del proyecto de artículo 16, y pagar a la persona o a la dirección identificados en el primer aviso, a menos que ese aviso se haya luego modificado, en cuyo caso el deudor tendría que pagar a la persona identificada en el último aviso efectuado. Del anterior análisis, se desprende claramente que un enfoque más favorable al deudor, que hiciera más fácil para él saber cómo debe cumplir su obligación en caso de que reciba varios avisos de más de una cesión, sería permitir al deudor liberarse pagando a la persona o a la dirección identificados en cualquiera de los diversos avisos, y dejar a los cedentes u otros reclamantes la posibilidad de disputarse el producto del pago. Pero ese enfoque podría tener el inconveniente de dañar los intereses del reclamante legítimo y puede constituir una protección innecesaria, por lo menos, en el caso de los deudores que sean personas jurídicas, que estarían en condiciones de reconocer al reclamante legítimo en caso de recibir varios avisos.

8. Conforme al párrafo 4), el deudor tiene el derecho de solicitar al cesionario que presente el aviso que le facilite en un plazo razonable pruebas adicionales de la cesión. Esas pruebas pueden adoptar la forma de un escrito que emane del cedente. En consecuencia, la obligación de pago queda suspendida y el deudor no está obligado a pagar el importe debido ni intereses sobre él. En teoría, el deudor puede preferir pagar, durante ese plazo razonable, al cedente o al cesionario, pero ese pago se haría por cuenta y riesgo del propio deudor. Cuál sería un plazo razonable es tema de interpretación a la vista de las circunstancias pertinentes. A fin de evitar la incertidumbre consiguiente, quizá el Grupo de Trabajo desee fijar cierta fecha límite que no pueda ser en ningún caso sobrepasada. Cabe observar, empero, que una fecha límite puede resultar arbitraria.

9. La sustancia del párrafo 5) es que el proyecto de artículo 18 no debiera excluir ningún motivo de liberación del deudor que pudiera existir conforme a la ley aplicable al margen del proyecto de Convención, ya fuera contractual o extracontractual. Este enfoque se asume partiendo del supuesto de que, mientras se consiga el resultado económico deseado (es decir, que el pago se haga a la persona con derecho a recibirlo, una autoridad judicial o de otra índole o una caja pública de depósitos) y, por ejemplo, pese a la falta de aviso de conformidad con el proyecto de Convención, no hay razón para negar al deudor un pago liberatorio válido.

Artículo 19. *Excepciones y derechos de compensación del deudor*

1. El artículo 19 estipula sustancialmente que el deudor puede hacer valer contra el cesionario, en cualquier momento, todas las excepciones o derechos de compensación dimanantes del contrato original, que podría hacer valer contra el cedente. Después del aviso, el deudor sólo puede oponer derechos de compensación nacidos de relaciones separadas

entre cedente y deudor, únicamente si el deudor disponía de ellos en el momento en que recibió aviso de la cesión. La justificación de este enfoque es que un cesionario diligente, que ha avisado al deudor, no debe quedar expuesto a los riesgos derivados de las relaciones entre el cedente y el deudor que no se refieran al contrato de origen.

2. Aunque el proyecto de artículo 19 dispone que el deudor puede oponer contra el cesionario las excepciones y los derechos de compensación que pueda tener contra el cedente, no tiene por fin especificar los tipos de excepciones o derechos de compensación del deudor. Este asunto sigue sometido al contrato o a los contratos entre cedente y deudor y a la ley aplicable, que el proyecto de Convención no intenta abarcar.

3. El significado exacto de la expresión “de que dispusiese”, es decir, la cuestión de si quiere decir que la reconvencción ha de ser “real y determinada” o, al menos, cuantificada en el momento del aviso, se reserva a lo que disponga la ley aplicable al margen del proyecto de Convención.

4. El Grupo de Trabajo quizá desee abordar la cuestión de si, en los casos excepcionales en los que el aviso no identifica a la persona a la que se ha de efectuar el pago o la dirección a que se ha de realizar, el aviso tendrá sin embargo el efecto de precluir los derechos de compensación del deudor nacidos después del aviso (véase el texto entre corchetes en el párrafo 2) del proyecto de artículo 19, reproducido en el anexo al documento A/CN.9/447).

5. El párrafo 3) obedece al propósito de introducir una excepción a la regla contenida en los párrafos 1) y 2) y garantizar que el deudor no pueda oponer contra el cesionario las excepciones ni los derechos de compensación que podría hacer valer contra el cedente (véanse las observaciones al proyecto de artículo 12).

Artículo 20. *Acuerdo de no oponer excepciones ni derechos de compensación*

1. Las renunciaciones a excepciones incluidas en los contratos tienden a facilitar el acceso al crédito de bajo costo, ya que reducen seguramente el riesgo de impagado para los cesionarios. Reconociendo esta realidad económica, el proyecto de artículo 20 consagra la autonomía de la voluntad de las partes con respecto a la renuncia a las excepciones convenida entre el cedente y el deudor.

2. Hay dos excepciones a la mencionada norma. Puede que las renunciaciones no sean permitidas conforme a la legislación de protección de los consumidores y pueden no referirse a ciertas excepciones que el deudor podría oponer si los créditos estuvieran representados por un instrumento negociable. Se supone que sólo se puede renunciar a las excepciones derivadas de actos fraudulentos del cedente, ya que, de no ser así, el cesionario que ha actuado de buena fe, estaría obligado a investigar si el contrato original ha sido viciado por un fraude por parte del cedente. Queda entendido que el proyecto de artículo 20 no abarca las renunciaciones a excepciones acordadas entre el cesionario y el deudor. Por lo tanto, la cuestión de si están permitidas se deja a otra ley aplicable y no están sujetas a las excepciones enunciadas en el párrafo 2).

3. De acuerdo con el requisito de que la renuncia se haga por escrito, exigencia que tiene como fin proteger al deudor,

el párrafo 3) requiere un escrito para las modificaciones de una renuncia. Al mismo tiempo, para proteger al cesionario, el párrafo 3) limita los casos en que esa modificación puede ser eficaz frente al cesionario sin su consentimiento.

Artículo 21. *Modificación del contrato de origen*

1. El proyecto de artículo 21 obedece al propósito de resolver los casos en que el contrato de origen ha de ser modificado para ajustarlo a unas necesidades distintas (por ejemplo, en los contratos de construcción) o nuevas circunstancias (por ejemplo, un acontecimiento que incapacite al deudor para cumplir su obligación). El proyecto de artículo 21 es, pues, una norma de protección del deudor. Pero, al mismo tiempo, es una norma orientada a garantizar que el cesionario adquirirá, frente al deudor, derechos en virtud del contrato modificado que corresponde al crédito cedido. Los derechos del cesionario frente al cedente que nacen de su acuerdo no se ven afectados por esta disposición (véase el párrafo 3)).

2. Conforme al párrafo 1), antes del aviso de la cesión, las modificaciones del contrato de origen son eficaces frente al cesionario, en el sentido de que, por ejemplo, éste no puede reclamar el importe original del crédito. Además, el cesionario adquiere “los derechos correspondientes” en cuanto que tiene derecho, por ejemplo, a reclamar del deudor el importe modificado, mientras que no se ve afectado su derecho a reclamar del cedente el importe original.

3. El párrafo 2) dispone que, después del aviso, la modificación del contrato de origen no es vinculante para el cesionario, a menos que éste consienta en ella o que, en el caso de un crédito parcialmente ya obtenido, se prevea la modificación en el contrato de origen o la modificación sea tal que un cesionario razonable consentiría en ella. En el caso de un crédito ya completamente obtenido (por ejemplo, un crédito respecto del cual se ha emitido una factura, incluso cuando el contrato pertinente ha sido sólo en parte ejecutado), se requiere siempre el consentimiento del cesionario para que una modificación lo obligue. Ese criterio tiene por fin prever una norma que se caracterice tanto por su certeza (ninguna modificación sin el consentimiento del cesionario) y su flexibilidad para hacer frente a circunstancias especiales en las que requerir el consentimiento expreso del cesionario no sería práctico ni conveniente (por ejemplo, modificaciones poco importantes de los contratos de construcción).

4. El párrafo 3) se propone conseguir que una modificación del contrato de origen no afecte a los derechos del cesionario dimanantes del contrato de cesión. El párrafo 4) plantea la cuestión de si un aviso que no satisfaga los requisitos del párrafo 3) del proyecto de artículo 16 desencadenaría, no obstante, un cambio de la manera en que una modificación del contrato original vincularía al cesionario.

Artículo 22. *Reintegro de los anticipos*

Ésta es la segunda disposición del proyecto de Convención en la que se hace referencia en términos generales a la legislación sobre protección de los consumidores (la otra es el proyecto de artículo 20). En principio, las referencias a normas imperativas o normas consideradas de orden público debe hacerse únicamente en casos excepcionales, en los que

no sea posible alcanzar un acuerdo sobre una norma que atienda a esas preocupaciones. En otro caso, no se lograría el objetivo de la certeza y la facilitación del acceso a créditos más baratos. En efecto, una remisión general a las normas imperativas o normas consideradas de orden público podría socavar la certeza que se busca y contrariar involuntariamente la finalidad del proyecto de Convención de facilitar el acceso a esos créditos, dado que sería imposible predecir si el proyecto de Convención sería aplicado o dejado de lado por un juez sobre la base de nociones poco conocidas y posiblemente extremas de ley imperativa o de orden público.

Sección III. Terceros

Artículo 23. *Derechos mutuamente competitivos de varios cesionarios*

1. Aunque se entiende que una norma de derecho internacional privado sobre cuestiones de prelación no puede producir una total uniformidad, podría facilitar la concesión de créditos a tipos más favorables. Con la incertidumbre que actualmente predomina en cuanto a la ley aplicable a las cuestiones de prelación, los cesionarios tienen que satisfacer los requisitos de varias jurisdicciones para poder estar seguros de que obtendrán la prelación, proceso que aumenta el costo del crédito. Una disposición clara de derecho internacional privado podría ejercer un efecto positivo sobre el costo y la disponibilidad del crédito, en la medida en que permitiera a los cesionarios saber qué ley se aplica a las cuestiones de prelación, y garantizaría sus derechos satisfaciendo los requisitos de la ley aplicable. Además, una norma de derecho internacional privado presentaría la ventaja de superar el problema de tener que resolver conflictos entre cesionarios conforme a la Convención y cesionarios al margen de ella, ya que el asunto se dejaría a la ley aplicable. Igualmente, una norma de derecho internacional privado podría hacer más aceptable para los Estados el proyecto de Convención, por lo menos en la medida en que quedarían a salvo las leyes nacionales por las que se rige la prelación (en cuanto a la posibilidad de conflictos suscitados entre el proyecto de Convención y la Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980 en Roma, denominada en adelante la “Convención de Roma”, véanse las observaciones al proyecto de artículo 42).

2. El proyecto de artículo 23, combinado con el inciso *j*) del proyecto de artículo 5 (cuyo fin es referirse a un lugar único y fácilmente determinable), podría brindar el nivel de certidumbre deseado por los financieros, permitiendo la financiación a bajo costo sobre la base de créditos cedidos en masa. En el contexto de las cesiones en masa, someter las cuestiones de prelación a la ley que rige el crédito podría tener consecuencias negativas para el costo y la disponibilidad del crédito, ya que los cesionarios podrían ser incapaces de determinar en el momento de la cesión cuál es la ley aplicable a ésta (en la medida en que quedasen comprendidos créditos futuros) o bien tendrían que examinar cada contrato del que dimanase el crédito para determinar la ley aplicable. Análogamente, refiriéndose a la ley escogida por las partes en la cesión y, a falta de elección de ley por las partes, a la más estrechamente relacionada con el contrato de cesión, sería poco práctico, ya que los cesionarios concurrentes podrían haber escogido leyes diferentes en sus contratos de cesión y diferentes cesiones tal vez estrechamente relacionadas

con la ley de diferentes países. Además, no parecería apropiado someter los efectos de la cesión sobre los derechos de propiedad a la ley elegida por las partes.

3. De conformidad con el criterio adoptado en el proyecto de artículo 31, el Grupo de Trabajo quizá desee examinar la posibilidad de incluir en los proyectos de artículo 23 y 24 una remisión al momento de la cesión como aquel que debe tenerse en cuenta para determinar la ley aplicable a las cuestiones de prelación. Además, en el proyecto de artículo 23, que se refiere a las cesiones duplicadas, sería preciso resolver igualmente la cuestión de qué ley rige en caso de que el cedente se traslade a otro lugar después de la cesión, la ley del lugar donde se encuentre el cedente en el momento de la primera cesión o de una cesión subsiguiente. El cesionario con prelación conforme a la ley del lugar donde se encontraba inicialmente el cedente no debiera perder su posición en la prelación sólo por que el cedente se traslade. Por otra parte, los derechos de los cesionarios en la nueva ubicación no deben quedar para siempre sujetos a los derechos de los cesionarios de otras jurisdicciones. Para lograr este resultado, podría añadirse al proyecto de artículo 23 un texto como el siguiente:

“Si el cedente cambia de ubicación después de la cesión, el cesionario con prelación conforme a la ley del Estado en que inicialmente se encontraba el cedente conservará su prelación:

“a) Por un período de [seis meses]; o

“b) Hasta que la prelación debiera haber cesado conforme a la ley del Estado donde inicialmente se encontraba el cedente; o

“c) Satisfaciendo los requisitos necesarios para obtener la prelación conforme a la ley del Estado de la nueva ubicación del cedente antes de que cese la prelación según los incisos a) o b) del presente artículo; o

“d) Si se da el caso de que tenga prelación conforme a la ley del Estado de la nueva ubicación del cedente.”

4. Cabe observar que, en caso de que el cedente se traslade de una jurisdicción donde se aplique el criterio de la inscripción a otra donde se aplique el del momento de la cesión, conforme a la regla propuesta, el cesionario no podría conservar su prelación. Con todo, conviene no sobreestimar la magnitud de este problema, por lo menos con respecto a los cedentes que son personas jurídicas. Si la ubicación se define como el lugar donde se obtiene la personalidad jurídica, el problema respecto del traslado se plantearía sólo en situaciones excepcionales, en las que el cesionario necesitase adoptar otras medidas para protegerse, inclusive pedir la ejecución de cláusulas contractuales que pudieran referirse al traslado del cedente o recurrir a otros remedios en caso de fraude.

Artículo 24. *Derechos mutuamente competitivos del cesionario y del administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente*

El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si el proyecto de artículo 24 debe referirse a “la eficacia” de la cesión frente a terceros en lugar de la “prelación”. El Grupo de Trabajo quizá desee asimismo examinar la cues-

tion de si la regla del párrafo 4) debe ampliarse para que se conserven los derechos de los acreedores en virtud de una sentencia conforme a normas imperativas de la ley.

Capítulo V. Cesiones subsiguientes

Observaciones

Artículo 25. *Alcance*

1. Aunque pueda ser deseable abarcar las cesiones subsiguientes comprendidas en el ámbito de aplicación del proyecto de Convención, incluso cuando la cesión inicial queda fuera de ese ámbito (por ejemplo, una cesión subsiguiente en una operación de bursatilización puede quedar comprendida incluso si la cesión inicial era una cesión nacional de créditos nacionales), el inciso a) parece ser incompatible con el principio de la *continuatio juris* consagrado en el inciso b). Además, combinado con el proyecto de artículo 27, el inciso a) puede producir inadvertidamente el resultado de que el deudor que pague de conformidad con el proyecto de artículo 27 pueda no quedar liberado conforme a la ley aplicable a la cesión inicial.

2. El inciso b) obedece al propósito de reflejar el principio de la *continuatio juris*, es decir, que el régimen aplicable a la cesión inicial debe regir todas las cesiones subsiguientes. A falta de esa regla, en una cadena de cesiones las partes no podrían tener ninguna certeza de sus derechos, ya que cada cesión podría estar sometida a un régimen jurídico diferente. El inciso b) podría funcionar bien cuando el crédito inicial fuera internacional, ya que todo cesionario posterior podría predecir que el proyecto de Convención se aplicaría a las cesiones subsiguientes en virtud de la internacionalidad del crédito. Pero, cuando el crédito inicial es nacional, la aplicación del inciso b) puede no producir resultados satisfactorios, ya que un cesionario subsiguiente no estaría en condiciones de predecir la aplicación del proyecto de Convención a una cesión nacional de un crédito nacional. Con el fin de evitar una situación en que el proyecto de Convención se aplicase a cesiones nacionales de créditos nacionales, habría que añadir al final del inciso b) un texto como el siguiente: “siempre que, si el crédito es nacional, una cesión subsiguiente en la que cedente y cesionario se encuentren en el mismo Estado que el deudor no se rija por la presente Convención”.

Artículo 26. *Acuerdos de limitación de las cesiones subsiguientes*

El proyecto de artículo 26 tiene por fin hacer frente a situaciones en las que cláusulas de intransferibilidad, incluso en el contrato de origen, o la cesión inicial o cualquier otra subsiguiente, prohíben posteriores cesiones. Introduce la misma norma contenida en el proyecto de artículo 12, a saber que la cesión es eficaz y que si, conforme a otra ley aplicable al margen del proyecto de Convención, un cesionario responde ante el deudor o cualquier cedente por ceder ulteriormente el crédito a pesar de una cláusula de intransferibilidad que figure en el contrato de origen, en la cesión o en cualquier cesión subsiguiente, esa responsabilidad no se extiende a ningún cesionario posterior (véanse las observaciones al proyecto de artículo 12).

Artículo 27. *Pago liberatorio del deudor*

En caso de que el deudor reciba varios avisos relativos a varias cesiones subsiguientes, el deudor debe poder liberarse de su obligación pagando a la persona o a la dirección indicada en el último aviso recibido antes del pago. Por consiguiente, para que el deudor pueda determinar que se aplicará esa norma y no la del párrafo 3) del proyecto de artículo 18 (que dispone que el deudor debe liberarse de su obligación pagando a la persona o a la dirección indicada en el primer aviso), el aviso debe señalar el hecho de que se han verificado varias cesiones subsiguientes. Sin embargo, en la práctica, no se presenta ningún problema dado que normalmente sólo el último cesionario necesitaría avisar al deudor, por lo que el primer aviso sería también el último.

Artículo 28. *Aviso dado al deudor*

Puede que el contenido del aviso tenga que ser diferente en el contexto de subsiguientes cesiones, puesto que el deudor que reciba un aviso deberá poder determinar si ha habido una serie de subsiguientes cesiones o varias cesiones de los mismos créditos por parte del mismo cedente.

Capítulo VI. Conflictos de leyes

Observaciones

El capítulo VI fue tema de debate en una reunión especial de expertos organizada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en cooperación con la secretaría de la CNUDMI. Se espera que la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya preparará un informe de esa reunión y lo someterá a consideración del Grupo de Trabajo. El Grupo de Trabajo quizá desee examinar el capítulo VI a la luz de ese informe. Además, el Grupo de Trabajo quizá desee examinar si es necesario definir de manera diferente ciertos términos, por ejemplo, el lugar donde se encuentra el cedente, a los efectos del capítulo VI.

Artículo 29. *Ley aplicable al contrato de cesión*

El Grupo de Trabajo tal vez quiera examinar la cuestión de si ha de mantenerse o suprimirse el proyecto de artículo 29. A favor de la supresión, cabe sostener que el contrato de cesión no difiere de cualquier otro contrato, por lo que no sería conveniente ocuparse en el proyecto de Convención de cuál ha de ser la ley aplicable a ese contrato. A favor de la conservación, puede argüirse que el contrato de cesión difiere de otros contratos en que, además de efectos contractuales, los tiene sobre los derechos de propiedad. Esta diferencia plantea la cuestión de si debe aplicarse la misma ley a los efectos contractuales y a los efectos sobre los derechos de propiedad del contrato de cesión. El proyecto de artículo 29 se propone someter unos y otros a la misma ley, por lo que respecta a las partes. El Grupo de Trabajo quizá desee examinar la cuestión de si este enfoque es adecuado. Además, el Grupo de Trabajo quizá desee examinar la cuestión de si la actual redacción del proyecto de artículo 29 es suficiente para alcanzar el resultado propuesto.

Artículo 30. *Ley aplicable a los derechos y obligaciones del cesionario y el deudor*

Una de las cuestiones que el Grupo de Trabajo tal vez desee abordar en el contexto de su examen del proyecto de artículo 30 es el significado exacto de la palabra “cedibilidad”. La “cedibilidad” podría referirse a la cedibilidad contractual (por ejemplo, si hay alguna cláusula de intransferibilidad en el contrato en el que nacen los créditos cedidos), a la cedibilidad legal (por ejemplo, la prohibición por ley de la cesión de salarios o pensiones jubilatorias) o a ambas. Cabe argumentar que el proyecto de artículo 30 que se refiere a los derechos y obligaciones del deudor frente al cesionario, sólo puede abarcar la cedibilidad contractual, orientada a la protección del deudor, y no la legal, que procura proteger al cedente. En el párrafo 3), el Grupo de Trabajo puede estudiar la posibilidad de añadir una remisión a la ley elegida por el cedente y el deudor, para atender a las expectativas razonables del deudor y permitir a los cesionarios hacer valer las cláusulas sobre elección de ley que figuren en los contratos de los que nacen los créditos cedidos.

Capítulo VII. Reglas de prelación alternativas

Observaciones

1. Conforme a la formulación actual de las disposiciones sobre el ámbito de aplicación del proyecto de Convención (es decir, los proyectos de artículo 1 a 4), las secciones I (reglas de prelación basadas en la inscripción) y II (normas sobre el registro) del capítulo VII no serían plenamente aceptables incluso para Estados que aplicasen un criterio de inscripción. En esos Estados, no todas las operaciones que actualmente quedan dentro del ámbito de aplicación del proyecto de Convención están sometidas a inscripción a los efectos de la prelación. Además, ciertas disposiciones de la sección II serían objetables en esos Estados (por ejemplo, el párrafo 3) del proyecto de artículo 37, que dispone que la inscripción es eficaz una vez que los datos registrados queden a disposición de los consultantes).
2. En consecuencia, el Grupo de Trabajo quizá desee limitar el ámbito de aplicación del proyecto de Convención y ampliar las secciones I y II, armonizándolas con la ley aplicable en los países con un sistema de inscripción. Otra solución sería, que el Grupo de Trabajo estudiase la posibilidad de reducir sustancialmente, e incluso de suprimir, el capítulo VII.
3. Una ampliación de las secciones I y II abriría la posibilidad de que los países que ya aplican un sistema de inscripción o están interesados en él optaran por someterse a lo dispuesto en las secciones I y II o sólo en la sección II (véase la observación al proyecto de artículo 43). Según ese enfoque, las secciones I y II podrían utilizarse de alguno de los tres modos siguientes: los Estados pueden aplicar su propia ley nacional basada en la inscripción, pero utilizar el sistema internacional de registro (inscribiendo directamente en el registro internacional o inscribiendo localmente, siempre que los datos correspondientes puedan obtenerse mediante el registro internacional; en ese caso el proyecto de Convención atendería a la necesidad de un único sistema de registro o un solo banco de datos, pero no a la necesidad de normas de prelación uniformes); los Estados pueden aplicar las normas

de prelación basadas en la inscripción del proyecto de Convención y utilizar el sistema internacional de registro, pero sólo para las operaciones dentro del ámbito de aplicación del proyecto de Convención. En ese caso, podrían dejarse fuera del ámbito de aplicación del proyecto de Convención los conflictos entre los cesionarios sometidos a la Convención y los cesionarios al margen de ella); o bien, los Estados podrían aplicar las normas de prelación conforme a los proyectos de artículo 23 y 24 para todas las operaciones, nacionales e internacionales.

4. No obstante, esa ampliación de las secciones I y II podría crear cierto número de dificultades, entre ellas: el proyecto de Convención podría producir sin querer una fragmentación del derecho, en particular, si quedara a discreción de cada Estado aplicar las secciones I y II de las diferentes maneras antes descritas; el proyecto de Convención resultaría muy extenso y su aplicación apreciablemente complicada; sería probablemente necesario ampliar la sección III y habría que añadir una tercera norma de prelación alternativa basada en el aviso, empeño que podría requerir mucho tiempo.

5. Por otra parte, la reducción del capítulo VII a unos pocos principios generales simplificaría considerablemente el proyecto de Convención y lo haría más aceptable para los Estados y más fácil de aplicar. Además, con ese criterio, el proyecto de Convención reconocería en principio la inscripción, permitiendo a los Estados interesados en él que pusiesen en pie ese sistema, en los planos nacional o internacional. Igualmente, el proyecto de Convención sería compatible con las leyes que siguen un enfoque basado en la inscripción. En cuanto a la preparación de disposiciones legislativas modelo sobre derechos de garantía contra créditos y, posiblemente, otros activos, dirigida a proporcionar orientación a los Estados que carecen de normas legislativas detalladas en esta esfera, este empeño debería considerarse como un importante proyecto distinto, que podría examinarse en una futura ocasión, probablemente en cooperación con otras organizaciones que desarrollan actividades en este dominio del derecho.

Capítulo VIII. Disposiciones finales

Observaciones

Artículo 42. *Conflictos con acuerdos internacionales*

1. Conforme al proyecto de artículo 42, queda librado a cada Estado determinar si dará preferencia a esta Convención o a otra Convención sobre asuntos regidos por el proyecto de Convención. Por ejemplo, un Estado que haya ratificado o estudie la ratificación del Convenio de Ottawa tendrá que decidir si hace prevalecer el proyecto de Convención o el Convenio de Ottawa.

2. El Grupo de Trabajo quizá desee examinar de qué manera se puede evitar, o por lo menos minimizar, un solapamiento entre el proyecto de Convención y el Convenio de Ottawa. Tal vez sea útil observar que el Convenio de Ottawa se aplica únicamente al facturaje mediante notificación y las operaciones de facturaje en las que se prestan dos por lo menos de los tres tipos de servicios mencionados en el artículo 1 (es decir, financiamiento, aseguramiento y contabilidad), y al contrato de facturaje, pero no a la transferencia resultan-

te (así, no trata cuestiones de prelación). Además, el Convenio de Ottawa se aplica a esas operaciones sólo si: el contrato de facturaje se relaciona con créditos dimanantes de contratos que entrañen la compraventa de mercaderías y la prestación de servicios; los créditos son internacionales, es decir, que el proveedor (cedente) y el deudor tienen sus establecimientos en Estados diferentes, y todas las partes intervinientes, esto es, el factor (cesionario), el proveedor y el deudor tienen sus establecimientos en Estados contratantes. Parece, pues, que, aunque el ámbito de aplicación del Convenio de Ottawa es bastante limitado en comparación con el del proyecto de Convención, las operaciones comprendidas en el Convenio de Ottawa resultarían también abarcadas por el proyecto de Convención.

3. Los problemas resultantes de ese solapamiento serían limitados si el proyecto de Convención adoptase las mismas soluciones de fondo que el Convenio de Ottawa. Pero existen ciertas diferencias entre el Convenio y el proyecto de Convención, ya que, conforme al Convenio de Ottawa: las partes en el contrato de facturaje o en el contrato subyacente de compraventa pueden excluir la aplicación del Convenio de Ottawa en su conjunto; la validez de la cesión de créditos futuros o las cesiones en masa se reconocen únicamente entre las partes en el contrato de facturaje (con otras palabras, no se abordan los efectos frente a terceros del contrato de facturaje); la obligación del deudor de pagar al cesionario nace con la notificación y exige que el deudor no tenga conocimiento de un derecho preferencial que asista a cualquier otra persona; la notificación debe identificar razonablemente los créditos y al factor; una cesión realizada a pesar de una cláusula de intransferibilidad que figure en el contrato de compraventa es válida, a menos que el Estado en que se encuentre el deudor haya formulado una reserva; el deudor puede recuperar los pagos del factor si éste no se ha liberado de una obligación de efectuar el pago al proveedor o cuando el factor hizo ese pago a sabiendas de que el proveedor incumplió el contrato de compraventa subyacente; quedan comprendidas las cesiones subsiguientes si el contrato de facturaje se rige por el Convenio y no contiene una cláusula de intransferibilidad.

4. Visto lo que antecede, resulta que un Estado que desee adoptar ambos convenios y dar preferencia al Convenio de Ottawa tendría que aceptar que su ley sobre ciertos tipos de contratos de facturaje comprendidos en el Convenio de Ottawa será algo diferente de su ley sobre facturaje y otros contratos fuera del ámbito de aplicación del Convenio de Ottawa. Otra posibilidad sería que un Estado tendría que dar preferencia al proyecto de Convención para poder referirse a una amplia variedad de operaciones y beneficiarse, por ejemplo, de las disposiciones sobre prelación que figuran en el proyecto de Convención.

5. Análogamente, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar de qué manera se puede evitar un solapamiento con la Convención de Roma. Conforme al párrafo 1) del artículo 12 de la Convención de Roma, las obligaciones recíprocas del cedente y el cesionario en virtud de la cesión voluntaria de un derecho contra un tercero se rigen por la ley que conforme a la Convención se aplica al contrato de cesión (es decir, según el artículo 4, la ley elegida por las partes y, a falta de elección de la ley, la del país con el que el contrato de cesión está más estrechamente vinculado). La ley que rige el derecho al que se refiere la cesión (es decir, la ley aplicable

al contrato del que nació el derecho) rige su cedibilidad, la relación entre el cesionario y el deudor, las condiciones en las que se invocará la cesión contra el deudor y toda cuestión acerca de si se han cumplido las obligaciones del deudor (párrafo 2) del artículo 12).

6. El conflicto entre el artículo 12 de la Convención de Roma y los proyectos de artículo 29 y 30 del proyecto de Convención parece ser más cuestión de redacción que de política y podría evitarse si esos proyectos de artículo se reformularan ligeramente para armonizarlos con el artículo 12 de la Convención de Roma.

7. Con respecto a los posibles conflictos con el proyecto de artículo 31, la situación es diferente, ya que no está claro si la Convención de Roma trata cuestiones de prelación y, de ser así, cuál es la ley aplicable. Conforme a una opinión, el artículo 12 no abarca ni puede abarcar cuestiones de prelación por cuanto se ocupa del contrato de cesión y no de la transferencia de la propiedad de los créditos; por consiguiente, no puede haber conflicto con el proyecto de artículo 31. De acuerdo con otra opinión, el artículo 12 abarca las relaciones de prelación y las somete a la ley que rijan el crédito o a la ley elegida por las partes en la cesión. En ambos casos, en las operaciones típicas de financiación por cesión de créditos que entrañan cesiones en masa, sería muy difícil para los terceros determinar la ley aplicable, y la aplicación de una de estas dos leyes produciría resultados incoherentes. Por lo tanto, es discutible si la aplicación de una de esas dos leyes sería apropiada o incluso compatible con la finalidad principal del proyecto de Convención de proporcionar certeza y predecibilidad, reduciendo con ello el costo y aumentando la disponibilidad de los créditos.

8. En estas circunstancias, cabe sostener que una norma acorde con el proyecto de artículo 31 brindaría una bienvenida oportunidad, incluso a los Estados partes en la Convención de Roma, de, por lo menos, tratar de resolver una cuestión que ha suscitado tanta incertidumbre. En cualquier caso, el hecho de que algunos Estados consideren que han podido resolver este asunto de una manera no entraña que se deba impedir que otros Estados la aborden y, posiblemente, la re-

suelvan de manera distinta. A fin de atender a ambas categorías de Estados, el Grupo de Trabajo quizá desee permitir que los Estados formulen una reserva sobre la aplicación del capítulo VI.

Artículo 43. *Aplicación del capítulo VII*

Si se conserva el capítulo VII y se da a los Estados diversas opciones sobre el modo de utilizar las secciones I y II, tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar una nueva redacción del proyecto de artículo 43 orientada a permitir a los Estados que opten por las normas de prelación basadas en la inscripción y las normas sobre el registro o únicamente las normas sobre el registro, aplicando sus propias normas nacionales de prelación basadas en la inscripción (véase la observación 3 al capítulo VII).

Artículo 44. *Reglas o procedimientos de insolvencia no afectados por la presente Convención*

En el caso de que se acepte la variante A del proyecto de artículo 24, puede que no sea necesario el artículo 44, ya que la redacción general de la variante A abarcaría todos los derechos del administrador de la insolvencia que existieran conforme a la ley que rijan la insolvencia. El proyecto de artículo 44 puede ser necesario, si se prefiere la variante B en el proyecto de artículo 24, siempre que se considere que la lista de derechos mencionados en la variante B no es ni puede ser taxativa.

Artículo 48. *Reservas*

El Grupo de Trabajo quizá desee examinar si deben admitirse reservas, por ejemplo con respecto al proyecto de artículo 9, en caso de que se introduzca la forma escrita, o 12, en caso de que no se llegue a un acuerdo sobre la presente redacción o sobre las excepciones a la norma contenida en el proyecto de artículo 12, o el capítulo VI, si no se alcanza un acuerdo sobre su alcance o su contenido.

C. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 29.º período de sesiones: financiación por cesión de créditos: informe del grupo de expertos preparado por la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: nota de la Secretaría

(A/CN.9/WG.II/WP.99) [Original: francés]

1. En el 25.º período de sesiones de la Comisión se señaló que la complejidad de los aspectos de la cesión relacionados con el derecho internacional privado no debía ser motivo para no incluir esos aspectos en la labor futura de la Comisión, sino que, por el contrario, debía incitar a reforzar la cooperación con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, por ejemplo, mediante reuniones mixtas de expertos sobre cuestiones de interés común relacionadas con la cesión de créditos (A/50/17, párr. 380).

2. Con tal propósito, la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado organizó,

en cooperación con la Secretaría, una reunión de expertos (La Haya, 18 a 20 de mayo de 1998) para examinar los aspectos de la cesión relacionados con el derecho internacional privado en el proyecto de Convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación.

3. A raíz de la reunión del grupo de expertos, la secretaría recibió de la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya el informe de esa reunión redactado en francés. Este documento se adjunta a la presente nota en la forma en que lo recibió la Secretaría.

ANEXO

GRUPO DE TRABAJO ESTABLECIDO
POR LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO EN COOPERACIÓN
CON LA SECRETARÍA DE LA CNUDMI

Cesión de créditos

*Informe preparado por Catherine Kessedjian,
Secretaria General Adjunta de la Conferencia de La Haya
de Derecho Internacional Privado,
con la asistencia de Patrick Wautelet, pasante*

Por invitación de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y en cooperación con la CNUDMI, del 18 al 20 de mayo de 1998 se celebró una reunión de trabajo en las dependencias de la Mesa Permanente de la Conferencia, en La Haya.

Asistieron a la reunión los expertos de 16 Estados.

En los debates se trató de sopesar las ventajas y los inconvenientes de las opciones elegidas provisionalmente por el Grupo de Trabajo de la CNUDMI encargado de preparar un proyecto de Convención sobre la financiación por cesión de créditos, así como de determinar las eventuales dificultades de esas opciones y, de ser posible, validarlas o proponer otras. Cuando se consideró que las disposiciones propuestas en el proyecto de Convención podían engendrar demasiadas dificultades sin que pudiera proponerse ninguna otra opción, los expertos recomendaron que el presente informe contuviera los elementos del debate sin formular propuestas concretas.

Los debates se centraron en cinco grandes temas en los que se basará el presente informe: 1) el papel de las reglas de conflictos de leyes en la delimitación del ámbito de aplicación geográfica de la Convención; 2) la noción de internacionalidad y sus distintas aplicaciones en el proyecto de Convención; 3) la definición del concepto de "situación"; 4) las reglas de conflictos de leyes destinadas a paliar la ausencia de solución material; 5) las reglas generales de conflictos de leyes destinadas a aplicarse aunque no se aplique la Convención.

Como introducción convendría recordar algunos de los grandes principios en que se basa la labor de la CNUDMI mencionados por algunos expertos: 1) las reglas enunciadas deben reflejar las necesidades de la práctica financiera contemporánea; 2) las reglas deben garantizar una mayor certeza y dar a las soluciones un carácter más previsible; asimismo, deben permitir la cesión simultánea de créditos actuales y futuros. Estos principios han guiado las deliberaciones del Grupo de Trabajo.

1) *La función de las reglas de conflictos de leyes en la delimitación del ámbito de aplicación geográfica de la Convención*

El artículo 1 del proyecto de Convención¹ dispone lo siguiente:

1. *La presente Convención será aplicable a la cesión de créditos internacionales y a la cesión internacional de créditos como se definen en el presente capítulo cuando, en el momento de la cesión, el cedente se encuentre² en un Estado contratante.*

2. *[Las disposiciones de los artículos [...] no serán aplicables,] [La presente Convención no afectará a los derechos y obligaciones del deudor,] a menos que el deudor se encuentre en un Estado contratante [o a menos que las reglas del derecho internacional privado designen como ley aplicable la de un Estado contratante].*

Se observa que en los dos párrafos citados del artículo 1 se siguen criterios distintos. El primer párrafo se limita a establecer un

criterio geográfico preciso sin invocar las reglas de derecho internacional privado, mientras que el segundo párrafo (concebido como una excepción parcial respecto del primer párrafo) propone una ampliación eventual del ámbito de aplicación de la Convención respecto del deudor cuyas deudas se hayan cedido cuando el derecho aplicable a su relación con el cedente (ley del crédito cedido) sea el de un Estado contratante³. Así pues, los expertos se han planteado la posibilidad de armonizar las dos disposiciones para incluir en el primer párrafo una ampliación del ámbito de aplicación por medio de las reglas de derecho internacional privado.

1.1 Los expertos examinaron en primer lugar el principio propiamente dicho de la utilización de las reglas de derecho internacional privado para ampliar el número de hipótesis en que la Convención puede resultar aplicable. La CNUDMI ya utilizó ese método en la Convención de Viena del 11 de abril de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, que en el párrafo 1 b) de su artículo 1 dispone que la Convención se aplicará "cuando las normas de derecho internacional privado prevén la aplicación de la ley de un Estado contratante". Obviamente, una de las ventajas esenciales de tal disposición es que permite aplicar la Convención; sin esa disposición un Estado podría aplicar el derecho interno del Estado designado por la regla de conflictos de leyes cuando ese Estado hubiera ratificado la Convención.

Se ha recordado que esa disposición, incorporada tardíamente al texto durante las negociaciones de la Convención de Viena, fue objeto de una intensa controversia al entrañar una posibilidad de reserva. La disposición en sí ha planteado dificultades de aplicación en la práctica, ya que los profesionales del comercio desconocen en la mayoría de los casos las técnicas particulares del derecho internacional privado, y esas técnicas se complican más con la posibilidad de que cada Estado formule una reserva.

Pero, al margen de esa dificultad práctica, la determinación de las reglas de derecho internacional privado aplicables plantea un problema esencial. Uno de los expertos sugirió que esas reglas podrían emanar de la propia Convención, a condición de que contuviera reglas generales que fueran más allá de las reglas materiales de la Convención⁴. En realidad, en el marco de la Convención de Viena, las reglas que deben aplicarse son las de derecho internacional privado del fuero en que se juzga un litigio⁵. Si esta solución fuera adoptada en el marco del proyecto de Convención sobre la cesión de créditos, podría minar los dos objetivos esenciales de esta Convención, que son la certeza y la previsibilidad⁶. En efecto, en el momento en que el cedente y el cesionario negocian la cesión, es posible que la determinación del fuero en caso de conflicto no resulte fácil, sobre todo si las partes no han convenido una cláusula sobre la elección del fuero.

Sin embargo, esa dificultad será minimizada si las partes han convenido el derecho aplicable. Pero en tal caso el argumento esen-

³Cabe señalar que la diferencia de criterio se explica por el hecho de que el segundo párrafo no se ha sometido al examen del Grupo de Trabajo de la CNUDMI al haber sido introducido recientemente en el proyecto de texto.

⁴Sobre esta cuestión, véase la sección 5, *infra*.

⁵Esta propuesta es considerada demasiado general por algunos. En efecto, si el fuero que conoce del caso es un Estado no contratante de la Convención, no estará obligado por el artículo 1 1) b) y no tendrá la obligación, en virtud del derecho internacional público, de aplicar la Convención aunque su derecho internacional privado designe el derecho de un Estado contratante. Esa misma dificultad se plantea de forma general cuando se somete el litigio a un tribunal arbitral que por hipótesis no constituye un fuero y no está vinculado *a priori* por las convenciones internacionales. No obstante, puede argumentarse que los tribunales arbitrales sí deben tomar en consideración todas las convenciones internacionales vigentes. Muchos tribunales arbitrales actúan así. Estas dos controversias podrían ser argumentos suficientes para que los redactores decidieran no adoptar tal método.

⁶Durante los debates, los expertos no dejaron de hacer referencia a esos dos objetivos, demostrando así que cada regla propuesta (ya sea material o de conflictos de leyes) debe responder a esos imperativos.

¹El documento de referencia lleva la signatura A/CN.9/WG.II/WP.96.

²Sobre la definición de este término, véase la sección 3, *infra*.

cial aducido contra la utilización de reglas de derecho internacional privado consiste en recordar que la Convención contiene reglas de prelación y reglas más generales sobre los derechos de los terceros. Se ha dicho que esas disposiciones constituyen uno de los logros esenciales de la Convención. Ahora bien, los derechos de los terceros no pueden hacerse depender de la elección de una ley o de un foro por las partes en la cesión. En consecuencia, se ha recomendado no modificar el párrafo 1) del artículo 1.

1.2 El segundo párrafo del proyecto de Convención contiene de entrada la propuesta de aplicar la Convención al deudor cuyas deudas se han cedido si el derecho aplicable a sus relaciones con el cedente es el de un Estado contratante, en caso de que no se encuentre en el territorio de un Estado contratante. Esa propuesta se justifica con la idea de que la Convención contiene disposiciones materiales de protección del deudor que éste debe conocer en los dos casos previstos por ese texto. No obstante, una disposición de esa índole dificultaría mucho la cesión de créditos agrupados, ya que, para evaluar los riesgos, el cesionario debería determinar el derecho aplicable a cada uno de los créditos cedidos. Es cierto que se plantea la misma dificultad con la exigencia de que el deudor se encuentre en el territorio de un Estado contratante; en tal caso la cesión podría abarcar créditos relativos a deudores situados en Estados contratantes y no contratantes. Pero, en ese caso, si el cesionario desea diferenciar esos créditos para evaluar sus riesgos, el criterio geográfico estricto le permite hacerlo sin dificultades. En cambio, no será así cuando deba basarse en las reglas de conflictos de leyes.

En consecuencia, los expertos recomiendan que se suprima la referencia al derecho internacional privado en el segundo párrafo del artículo 1⁷.

2) La internacionalidad

El Grupo de Trabajo, tras decidir mantener en su forma actual el párrafo 1) del artículo 1, examinó la necesidad de definir la noción de internacionalidad en los dos casos previstos por ese artículo: la cesión de créditos internacionales y la cesión internacional de créditos.

Se recordó la tradición muy arraigada en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de no definir la internacionalidad. En efecto, los estudios comparativos demuestran que en la mayoría de los países coexisten al menos dos conceptos de internacionalidad: uno jurídico y otro económico. El concepto jurídico se basa en la nacionalidad o en la situación geográfica de las partes interesadas. El concepto económico tiene en cuenta las corrientes de bienes, personas y fondos a través de las fronteras. Conforme a esta última acepción, es internacional toda relación que, aunque se establezca entre socios situados en un mismo territorio, tenga un aspecto que deba ejecutarse en otro Estado.

La ventaja del concepto jurídico radica esencialmente en su simplicidad⁸, por lo que confiere una mayor certeza y previsibilidad a las soluciones. En cambio, el concepto económico permite ampliar el número de operaciones a las que se aplican las reglas internacionales. Esas reglas internacionales están a veces unificadas y son más flexibles. Por ello son muchos los profesionales que prefieren que sus relaciones se califiquen de internacionales.

En el marco de las Convenciones de La Haya, los redactores evitaban siempre inclinarse por uno de los dos conceptos. La coexis-

tencia de esos dos criterios, y eventualmente de otros, no se ha considerado nefasta para el buen funcionamiento de las convenciones de derecho internacional privado.

Sin embargo, en el marco de la Convención que se examina, se explicó que los profesionales económicos deben poder determinar con certeza y con anticipación los casos de aplicación de la Convención. Con ese fin se ha juzgado necesaria una definición que sólo contenga criterios precisos, objetivos y simples.

Las deliberaciones sobre los posibles criterios han puesto de manifiesto que la definición de internacionalidad puede plantear ciertos problemas prácticos en lo que se refiere a la cesión de créditos agrupados. En efecto, según el texto del anteproyecto, el artículo 3 permite la cesión de créditos internacionales y nacionales en una sola operación. El Grupo de Trabajo ha considerado que para resolver este problema no hay que modificar los criterios de internacionalidad sino introducir eventualmente una disposición que especifique que los derechos y obligaciones del deudor cuya deuda sea objeto de una cesión nacional no se verán afectados por la Convención.

En consecuencia, el Grupo de Trabajo decidió recomendar que se mantuviera en el texto el artículo 3 del anteproyecto en su forma actual.

3) Definición del concepto de situación

Varias disposiciones del anteproyecto de Convención contienen una referencia a la situación de una de las partes en la cesión del crédito.

En el artículo 5 j) se define ese concepto en los siguientes términos:

Se entenderá que una persona se encuentra en el Estado en que tenga su sede estatutaria o, si no tiene sede estatutaria o si se trata de una persona física, su residencia habitual.

Se recordó que tradicionalmente había que hacer la distinción entre las reglas aplicables a las personas físicas y las destinadas a personas jurídicas u otras agrupaciones.

Por lo que respecta a las personas físicas, el derecho internacional privado moderno da importancia a los vínculos con la residencia habitual, más que al domicilio. El concepto de residencia habitual es más flexible, menos estricto y permite respetar la realidad de la inserción de una persona en un determinado orden jurídico, económico y social⁹.

En cuanto a las personas jurídicas, el derecho comparado demuestra que los países siguen divididos entre los que admiten la sede social estatutaria (lugar de matriculación)¹⁰ y los que prefieren la sede social real. A este respecto cabe señalar que el concepto de sede social real se expresa con distintos términos, como administración central, establecimiento principal o centro de intereses principales.

Para los partidarios de la sede social real, este concepto tiene la ventaja de situar a la persona jurídica en el centro de sus actividades económicas y corresponde al equivalente funcional de la residencia habitual de las personas físicas. En cambio, la sede social estatutaria refleja una elección voluntaria de la persona que puede obedecer a preocupaciones totalmente ajenas a su actividad pero rela-

⁷Si no obstante el Grupo de Trabajo de la CNUDMI decidiera mantener esta referencia en el texto, habría que asegurarse de que la referencia a la ley de un Estado contratante designa las disposiciones de la Convención y no su derecho interno.

⁸Es posible que esa simplicidad sea sólo aparente, ya que la determinación de la nacionalidad de una persona (concretamente de una persona jurídica) o de su residencia habitual u otra localización puede resultar compleja en la práctica. Sobre el concepto de "situación" en el sentido del proyecto de Convención que se examina, véase la sección 3, *infra*.

⁹Para un ensayo de sistematización de los criterios que deben tomarse en consideración para determinar la residencia habitual de una persona física, es muy útil leer el artículo del Dr. E. M. Clive, "The Concept of Habitual Residence", *The Juridical Review*, 1997, págs. 137 a 147.

¹⁰Se planteó la cuestión de si el concepto de "sede estatutaria" corresponde exactamente a la noción de "registered office", que figura en la versión en inglés del proyecto de Convención. Este problema no se ha examinado a fondo.

cionadas con la organización interna de la persona jurídica¹¹ o con criterios fiscales.

Es preciso observar que el derecho internacional privado no ha logrado unificar la definición de la sede de las personas jurídicas, ya que cada país sigue sus tradiciones. Como ejemplo cabe citar el artículo 58 (primer párrafo) del Tratado de Roma, por el que se instituye la Comunidad Europea, nunca modificado por los ulteriores tratados, que dispone lo siguiente:

Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

El párrafo 1 del artículo 3 del Convenio de la Unión Europea relativo a los procedimientos de insolvencia, firmado en Bruselas el 23 de noviembre de 1995, dispone lo siguiente:

...En lo que se refiere a las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social.

Del mismo modo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza no hace una elección concreta, ya que el párrafo 3 de su artículo 16 dispone que:

Salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social, ... es el centro de sus principales intereses.

Contrariamente a esa tendencia mayoritaria, que parece perfilarse, a no inclinarse por ninguna de las dos opciones, a fin de ajustarse más a la realidad económica de la persona jurídica interesada¹², en el proyecto de Convención sobre la cesión de créditos sí se hace una elección que, conforme a lo arriba indicado, es a favor de la sede social estatutaria.

Uno de los argumentos aducidos en apoyo de este criterio es la necesidad de poder localizar con certeza la situación del cedente¹³. Ciertos expertos estiman que sólo la sede social estatutaria cumple este requisito.

No obstante, conviene recordar que en la gran mayoría de los casos la sede estatutaria y la sede real coinciden. Pero, en los casos en que la sociedad hace una elección ante la dicotomía¹⁴, la aplicabilidad de la Convención, centrada esencialmente en la situación del cedente, hará prácticamente imposible la aplicación de ese texto, dado que los países en los que tradicionalmente las sociedades establecen su sede social estatutaria permanecen al margen de los esfuerzos de unificación del derecho y apenas ratifican las convenciones existentes¹⁵.

¹¹Cabe mencionar que el Estado de Delaware (Estados Unidos) ha elaborado un conjunto de reglas legislativas y de jurisprudencia de gran complejidad que permite a las sociedades administrar de forma óptima su organización interna, razón por la cual muchas empresas han decidido establecer su sede estatutaria en ese Estado, aunque no ejerzan en él ninguna actividad económica.

¹²A este respecto cabe señalar que la Convención de las Naciones Unidas de 1995 sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente prevé en su artículo 22 que la ley aplicable es la del Estado en que el garante o el emisor tenga el establecimiento donde la promesa haya sido emitida.

¹³En el proyecto de Convención se utiliza asimismo el concepto de "situación" para el deudor cuyas deudas se han cedido (artículos 1, 2 y 3) y el cesionario (artículo 3), si bien es cierto que la mayoría de las reglas se centran en la situación del cedente.

¹⁴Se trata aquí de una dicotomía internacional, y no de la dicotomía existente en un Estado federal, ya que en este último caso la Convención se aplica normalmente a todo el territorio federal.

¹⁵Se ha replicado que las empresas que hayan hecho esa elección y que, en consecuencia, no podrán tener acceso a financiación por cesión de créditos al no ser aplicable la Convención se verán inducidas a cambiar su sede social estatutaria.

Desde la perspectiva del cesionario, para quien la aplicabilidad de la Convención es muy importante y cuyos derechos y obligaciones dependen, en su mayor parte, de la ley del cedente, al no estar regulados por las reglas materiales de la Convención, la certeza a corto plazo que representa la sede estatutaria del cedente puede resultar contraproducente en los casos de dicotomía mencionados en el párrafo anterior.

A continuación, el Grupo examinó detenidamente la cuestión del conflicto de la movilidad. Los miembros del Grupo discreparon sobre si era más fácil cambiar de sede estatutaria que de sede real. Al no poder hallar una respuesta, el Grupo consideró que ese argumento no era decisivo para inclinarse por una u otra opción. Dicho esto, todos los expertos coincidieron en que debía haber una disposición que regulara el conflicto de la movilidad en el marco de las reglas de conflictos de leyes.

En conclusión, el Grupo de Trabajo estima que debe hacerse una distinción entre la definición de las personas físicas y la relativa a las personas jurídicas y otras agrupaciones.

Por lo que respecta a las personas físicas, el Grupo de Trabajo adoptó el criterio de la residencia habitual.

Sobre las personas jurídicas no pudo llegarse a ninguna conclusión definitiva.

No obstante, se propuso que el texto se inspirara en la definición que figura en el párrafo 2 del artículo 4 del Convenio de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que dice lo siguiente:

A reserva de lo dispuesto en el párrafo 5, se presume que el contrato está más estrechamente vinculado con el país en que la parte que debe realizar la prestación característica tenga su residencia habitual, en el momento de la celebración del contrato, o su administración central, si se trata de una sociedad, asociación o persona jurídica. Ahora bien, si el contrato se celebra en el marco de la actividad profesional de esa parte, este país será el país en que se encuentre su principal establecimiento o, si la prestación debe ser realizada por un establecimiento que no sea el establecimiento principal, el país en que se encuentre ese otro establecimiento.

Otra posibilidad sugerida era que se siguiera el tenor de la definición antes citada del Convenio europeo relativo a los procedimientos de insolvencia.

Sea como fuere, los expertos hicieron suya la idea de que, independientemente de la elección definitiva de la sede social estatutaria o real, parecía necesario prever una regla específica para el supuesto en que el cedente actuara a través de un establecimiento autónomo, una sucursal u otra entidad sin personalidad jurídica diferenciada.

4) *Las reglas de conflictos de leyes destinadas a paliar la ausencia de solución material*

El Grupo de Expertos estuvo de acuerdo en la utilidad del papel que pueden desempeñar las reglas de conflictos de leyes en el marco del proyecto de Convención en la medida en que complementan el esfuerzo de unificación del derecho de las cesiones de créditos en cuestiones sobre las que los negociadores no han logrado concertar reglas materiales. Por ejemplo, sobre la forma, la transferibilidad, el derecho al producto del crédito, el derecho de prelación, y los derechos mutuamente competitivos en caso de insolvencia del cedente. A continuación se examinan por separado cada uno de esos puntos.

4.1 *La forma*

Actualmente existen diversas variantes del artículo 9 del proyecto de Convención. La variante A prevé una regla material que exige un escrito, pero algunos expertos han indicado que esa regla material es inaceptable para un pequeño número de países que temen

que la Convención mine su tradición al respecto. Así pues, es muy probable que el proyecto de Convención no pueda contener una disposición redactada conforme a los términos de la variante A¹⁶.

Se planteó entonces la cuestión de la ley aplicable a la forma en ausencia de regla material. Con matices considerables, las variantes B y C del mismo artículo prevén dos reglas de conflictos de leyes. Ahora bien, esas reglas no corresponden a la tendencia actual en derecho internacional privado, que propugna otra regla de conflictos de leyes destinada a dar validez al contrato o al acto jurídico. Por lo demás, algunos expertos han demostrado que es poco probable que una regla de conflictos de leyes logre el objetivo que se persigue con una disposición sobre la forma.

En efecto, tras la reflexión se llegó a la conclusión de que el objetivo perseguido por la forma en el proyecto de Convención, más que la validez, es la identificación del contenido de la cesión o, en otras palabras, la prueba de dicho contenido. A partir de ahí, los expertos coincidieron en que era preferible adoptar una regla material, más que una regla sobre conflictos de leyes. Esa regla, que podría formularse de nuevo en relación con las variantes actuales de la Convención, podría decir lo siguiente:

“El crédito se tendrá por cedido cuando su cesión esté probada por todo medio...”

Otra posibilidad consistiría en combinar las variantes B y C, pero el grupo de expertos no tuvo tiempo suficiente para formular con más precisión esa posible combinación.

4.2 La transferibilidad

La cuestión de la transferibilidad tiene dos vertientes con distintas problemáticas: la transferibilidad contractual y la transferibilidad legal.

4.2.1 Los expertos se preguntaron si la Convención podía prever razonablemente una regla como la enunciada en el artículo 12 del proyecto, en virtud de la cual el crédito es transferible aun cuando haya sido objeto de un acuerdo de intransferibilidad entre el cedente y el deudor cuya deuda se pretenda ceder. A este respecto, los expertos examinaron la cuestión de si el artículo 12 podía ser modificado por el artículo 30, que prevé una regla de conflictos de leyes para regular las cuestiones de transferibilidad del crédito sin especificar si esa regla se aplica a la vez a la transferibilidad legal y a la transferibilidad contractual. Convendrá aclarar esta cuestión para delimitar la aplicación respectiva de los artículos 12 y 30.

Ante la imposibilidad de saber si las reglas nacionales en materia de transferibilidad contractual son o no imperativas, se siguió que se realizara un estudio de derecho comparado antes de confirmar definitivamente esa disposición del proyecto que parece afectar profundamente a la autonomía de la voluntad y a la previsibilidad contractual para el deudor. Sin embargo, los expertos no formularon recomendaciones a este respecto.

4.2.2 Por lo que respecta a la transferibilidad legal, que no está reglamentada por el artículo 12 sino por el artículo 30 (regla de conflictos de leyes), se examinó la cuestión de si la reserva de orden público o sobre las reglas imperativas era o no suficiente. El Grupo de Expertos consideró más bien que no lo era. Así pues, se estimó necesario que hubiera una regla de conflictos de leyes. Esa regla podría designar la ley de crédito cedido. Sin embargo, tal regla no parece considerarse satisfactoria para las cesiones globales.

4.3 El derecho del cesionario al producto del crédito

Este derecho estaba regulado por el artículo 17, que debe ser objeto de una nueva redacción a cargo de la secretaria de la CNUDMI. Parece, en efecto, que se desconoce el concepto de “derecho al pro-

ducto” en los sistemas de tradición romanogermánica, aunque pueda asociarse, pero no equipararse, a un derecho a tomar posesión de una cosa pese a las transacciones de que entretanto haya sido objeto (“*droit de suite*”).

Todas las reglas de conflictos de leyes que se han examinado durante las deliberaciones han resultado de utilidad limitada. Efectivamente, lo idóneo sería aplicar conjuntamente dos reglas de conflictos de leyes: la ley de la cesión y la ley aplicable al producto en el que se haya transformado el crédito. Ante la complejidad de tal solución, los expertos estiman que es mejor dejar de buscar la solución en una regla de conflictos de leyes.

4.4 El derecho de prelación

El artículo 23 del proyecto de Convención prevé que el orden de prelación entre varios cesionarios de un mismo crédito del mismo cedente se regule por la ley del cedente¹⁷.

Los expertos han considerado que esa disposición era una buena regla (o, en cualquier caso, la menos mala posible) habida cuenta de que:

a) La ley del crédito cedido resulta inaplicable en el caso de las cesiones globales. Y precisamente la cuestión de la prelación se plantea sobre todo en ese caso, que se da cuando el cedente ha cedido a varios cesionarios una gran diversidad de créditos (un modo de gestión financiera cada vez más frecuente);

b) El deudor cuyas deudas se cedan está protegido por las disposiciones materiales de la Convención y la regla de conflictos de leyes propuesta sólo podrá aplicarse cuando se haya declarado aplicable la Convención en su totalidad.

4.5 Los derechos mutuamente competitivos en caso de insolvencia del cedente

El proyecto de Convención prevé en su artículo 24 que la cuestión de los derechos mutuamente competitivos entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente se rige por la ley del cedente.

Esta disposición se justifica con el argumento de que un eventual proceso de quiebra se celebrará en el lugar en que se encuentre el cedente. Ahora bien, con esta justificación se propugna una definición distinta del concepto de situación del cedente para el artículo 24 si se ha mantenido la definición que figura actualmente en el artículo 5 j), referente a la sede estatutaria. En efecto, tanto el Convenio europeo como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia permiten invertir la presunción en favor de la sede social real si existe una dicotomía con la sede estatutaria.

Las disposiciones de los párrafos 3 y 4 del artículo 24 han sido concebidas con el fin de paliar ese inconveniente. Esas disposiciones son, cuando menos, hartamente complejas. La formulación del párrafo 3 es poco habitual, pues invierte el funcionamiento de la excepción de orden público, que normalmente tiene por fin impedir la aplicación de una medida, ley o decisión extranjera. Cabría proponer un nuevo enunciado, más conforme a la práctica al respecto, que sería el siguiente:

“Las disposiciones del presente artículo podrán considerarse inaplicables si son manifiestamente contrarias al orden público del Estado del fuero.”

En cuanto al párrafo 4, es posible que las hipótesis previstas no abarquen todos los supuestos concretos que podrían darse en la práctica¹⁸.

¹⁷Sobre esta disposición se ha planteado de nuevo el conflicto de la movilidad, que ya se trató en la sección 3, *supra*, y que, como ya se ha dicho, deberá ser objeto de un complemento.

¹⁸El Grupo de Expertos no examinó el párrafo 5 del artículo 24. No obstante, en una nueva lectura de esa disposición surgieron dudas sobre su alcance exacto.

¹⁶No obstante, se ha sugerido que la variante A se mantenga en el texto, ofreciendo a los Estados que lo deseen la posibilidad de formular reservas.

5) *Las reglas de conflictos de leyes generales concebidas para su aplicación aunque no se aplique la Convención*

En el proceso propuesto debe combinarse el capítulo VI del proyecto de Convención, que comprende los artículos 29 a 33, con el párrafo 3) del artículo 1¹⁹.

Este proceso no es nuevo en la tradición de la CNUDMI. En efecto, ya se utilizó en la Convención de 1995 sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente. Pero esa Convención no contiene más que dos disposiciones de derecho internacional privado, de ámbito de aplicación limitado, que por lo demás son poco controvertidas y no tienen *a priori* grandes efectos en el derecho de los Estados contratantes.

En cambio, el capítulo VI del actual proyecto de Convención se presenta de modo muy distinto. En primer lugar, algunos expertos han observado que los Estados que no son partes en el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales²⁰ ni en ninguna otra convención²¹ sienten la necesidad de unificar sus reglas de conflictos de leyes en lo relativo a la cesión de créditos. Para esos expertos, la negociación de la Convención de la CNUDMI constituye una buena ocasión para tratar de lograr ese resultado.

Ésta es la razón por la que el capítulo VI se ha insertado en el texto del proyecto; su finalidad es reglamentar no sólo el contrato de cesión sino también sus efectos con respecto a terceros y sus efectos en el traspaso de propiedad de los créditos pertinentes²².

El capítulo VI pretende ante todo prever reglas de conflictos de leyes para el contrato de cesión. Ahora bien, ese contrato, que regula la relación entre el cedente y el cesionario, no tiene ninguna particularidad que justifique la introducción de una regla de conflictos de leyes en una convención especial. Es posible que actualmente haya una necesidad a nivel mundial de unificar las reglas de conflictos de leyes en materia contractual, pero una convención especial no ofrece el marco adecuado para ello.

Lo mismo cabe decir de la regla de conflictos de leyes aplicable al crédito cedido. Para empezar, la Convención ya prevé que los créditos cedidos pueden ser de naturaleza muy distinta (por ejemplo, contractual o delictiva). Sin embargo, el artículo 30, que aquí también trata de prever una regla general aplicable a los créditos contractuales, no contiene ninguna referencia explícita a los otros créditos, salvo una referencia bastante sibilina a una “decisión u otro acto”. En todo caso, las cuestiones relativas al derecho aplicable al crédito cedido no son cuestiones específicas del ámbito de las cesiones de créditos.

Basándose en lo anterior, ciertos expertos se han declarado partidarios de que el capítulo VI desaparezca totalmente del proyecto de Convención.

Cabría la posibilidad de mantener en el texto una disposición inspirada en el párrafo 1 del artículo 30, pero habría que formularlo de nuevo para eliminar las referencias a los mecanismos propios de

las disposiciones materiales de la Convención que por hipótesis no serían aplicables para las reglas de conflictos de leyes. Se propuso entonces calcar esta disposición de la del párrafo 2 del artículo 12 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que dice lo siguiente:

La ley que rige el crédito cedido determina la transferibilidad de éste, las relaciones entre el cesionario y el deudor²³, las condiciones en que puede hacerse valer la cesión frente al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor.

En efecto, el objetivo del artículo 30 (en su futuro enunciado, aún no determinado) es proteger al deudor cuya deuda se cede. Este objetivo debe guiar la redacción del texto, en caso de que se mantenga la disposición.

Con respecto al artículo 31²⁴, la elección de la ley del cedente, que puede funcionar bien en el marco de las reglas materiales de la Convención, supone un verdadero peligro si se considera la regla aisladamente. En efecto, el deudor podrá estar obligado a pagar dos veces: en virtud de las disposiciones de la ley del crédito cedido y en virtud de la ley del cedente. Ninguna garantía protege al deudor de un verdadero conflicto entre ambas leyes cuando la regla se aplica independientemente de las reglas materiales de la Convención.

Por otra parte, cabe señalar que en la versión actual del artículo 31 no figura ninguna disposición sobre el conflicto entre cesionarios subsiguientes.

El Grupo de Expertos observó que era difícil proponer una regla de conflictos de leyes que fuera “ideal” en ese aspecto. En efecto, la aplicación de la ley del crédito cedido, que parece ser la opción más lógica y apropiada, entraña una dificultad de envergadura cuando se ceden múltiples créditos sujetos a leyes distintas. Otra opción posible es la ley del contrato de cesión, que pone en tela de juicio el principio del efecto relativo de las convenciones, ya que subordina los derechos de los terceros al acuerdo de voluntad de las partes en el contrato de cesión. La tercera posibilidad es la ley del cedente, que, como ya se ha dicho, no protege suficientemente al deudor cuya deuda se cede.

Respecto de las reglas imperativas y del orden público se planteó la cuestión de su alcance exacto y de la necesidad de mantener la referencia a las cuestiones tratadas en el presente capítulo. Los expertos subrayaron que no convenía extender el ámbito de aplicación de esas disposiciones más allá de las cuestiones tratadas en el capítulo sobre los conflictos de leyes.

Por último, al término de los debates se ha evocado un problema de pura técnica convencional. En efecto, si la Convención contiene la cláusula de adhesión (“*opt-in*”), como parece que será, deberá preverse que cuando un Estado haya tomado esa opción, las disposiciones materiales de la Convención tengan prioridad sobre las disposiciones generales de conflictos si se cumple el criterio de aplicación de las disposiciones materiales.

¹⁹Ese texto dice lo siguiente: “[Lo dispuesto en los artículos 29 a 33 será aplicable [a las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos como se definen en el presente capítulo] con independencia de lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo.]”.

²⁰Este Convenio está abierto únicamente a los Estados miembros de la Unión Europea. Su artículo 12 trata específicamente de la cesión de créditos y su artículo 13 prevé una disposición en materia de subrogación.

²¹Cabe mencionar aquí la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, firmada en México el 17 de marzo de 1994. Esta Convención aún no ha entrado en vigor.

²²Una de las cuestiones que se han planteado es si el capítulo debe limitarse únicamente a las cesiones de créditos no abarcadas por las reglas materiales de la Convención o si debe ser de aplicación general y abarcar las cesiones de créditos que no entran en el ámbito de aplicación de la Convención. Algunos expertos han manifestado una clara preferencia por esa última opción. Ésta es la premisa en que se basa el texto que figura a continuación.

²³Se ha señalado que la expresión “relaciones entre el cesionario y el deudor” es demasiado vaga y que sería preferible detallar las cuestiones que pueden plantearse entre esas dos partes. Así, en el actual artículo 30 se hace la siguiente enumeración: el derecho del cesionario a reclamar el pago; la obligación del deudor de efectuar el pago; las excepciones que puede oponer el deudor. Si bien *a priori* la lista puede considerarse exhaustiva, no parece de buen proceder legislativo formular una regla y limitarla con una enumeración explícita que, a la larga, puede resultar insuficiente.

²⁴Este texto prevé reglas de conflictos de leyes para los conflictos de prelación, es decir, la validez de la cesión frente a terceros. Este texto es innovador, ya que el Convenio de Roma no prevé nada al respecto y la jurisprudencia de los Estados contratantes de este Convenio difiere en cuanto a la ley aplicable en este caso. Sobre este tema cabe señalar una decisión del Tribunal de Casación de los Países Bajos (*Hoge Raad*) del 16 de mayo de 1997 (caso *Brandsma c. Hansa Chemie Aktiengesellschaft*), con arreglo a la cual la ley del contrato de cesión designada por el artículo 12, párrafo 1, del Convenio de Roma es aplicable también a los efectos de la cesión frente a terceros.

D. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 29.º período de sesiones: propuesta de los Estados Unidos de América: nota de la Secretaría
(A/CN.9/WG.II/WP.100) [Original: inglés]

1. En su 28.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó, en el contexto de sus deliberaciones sobre el proyecto de artículo 18 relativo al pago liberatorio del deudor, la relación entre el aviso y las instrucciones de pago. En ese período de sesiones, se expresó la opinión de que debía hacerse una clara distinción entre el aviso de la cesión y las instrucciones de pago (A/CN.9/447, párr. 74). Si bien esa opinión recibió un cierto apoyo, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de los artículos 16 y 18 del proyecto sin hacer tal distinción (A/CN.9/447, párrs. 75 a 78).

2. Tras el 28.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, la Secretaría recibió de la delegación de los Estados Unidos de América una propuesta de revisión de los artículos 5, 16 y 18 del proyecto. Con esa propuesta se pretendía dar al Grupo de Trabajo la oportunidad de reconsiderar su decisión en lo referente a los artículos 16 y 18 del proyecto. El texto de la propuesta se reproduce en el anexo de la presente nota tal como lo recibió la Secretaría.

ANEXO

Pago liberatorio del deudor
Revisión propuesta de los artículos 5, 16 y 18

Artículo 5. *Definiciones y reglas de interpretación*

f) Por “aviso de la cesión” se entenderá todo escrito enviado por el cedente o el cesionario en que se indique que ha tenido lugar una cesión, se especifique quién es el cesionario y se describan razonablemente los créditos cedidos.

g) Por “instrucciones de pago” se entenderá todo escrito enviado por el cedente o el cesionario en que se describan razonablemente los créditos a que se refiera y en que se especifique la dirección o la cuenta bancaria a la que deba enviarse el pago.

Artículo 16. *Aviso del deudor*

1) A menos que el cedente y el cesionario acuerden otra cosa, el cedente o el cesionario o ambos podrán enviar al deudor un aviso de la cesión o instrucciones de pago que se ajusten a lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 7.

2) El aviso de la cesión o las instrucciones de pago que se envíen en violación de un acuerdo conforme al párrafo 1) no carecerán de validez a efectos del artículo 18 en razón de tal violación, pero nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla el acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

Artículo 18. *Pago liberatorio del deudor*

1) A reserva de lo dispuesto en los párrafos 2) a 4), el deudor quedará liberado de su obligación al efectuar el pago con arreglo a instrucciones

a) Recibidas del cedente ya sea i) antes de que el deudor reciba un aviso de cesión, o ii) junto con un aviso de cesión si ese aviso es enviado por el cedente;

b) Recibidas del cesionario ya sea i) después de que el deudor reciba un aviso de cesión, o ii) junto con un aviso de cesión si ese aviso es enviado por el cesionario

del mismo modo que quedaría liberado de su obligación al pagar la misma cantidad al cedente cuando no hubiera cesión.

2) De recibir el deudor más de un aviso de cesión referente a la cesión de los mismos créditos por el mismo cedente, se entenderá que los términos “aviso de la cesión”, empleados en el párrafo 1), se refieren al primero de los avisos de cesión que se haya recibido.

3) De serle notificada la cesión al deudor por el cesionario, el deudor tiene derecho a solicitar al cesionario que suministre en un plazo razonable prueba adecuada de que la cesión se ha efectuado y, de no hacerlo el cesionario, el deudor estará facultado para pagar al cedente y quedar liberado de su obligación. Se considerará prueba adecuada, aunque no exclusivamente, todo escrito dimanante del cedente en el que se indique que la cesión ha tenido lugar.

4) El presente artículo no afectará a ningún otro motivo por el que el deudor pueda liberarse de su obligación efectuando el pago a la parte con derecho a recibirlo o a una autoridad judicial o de otra índole o a una caja pública de depósitos.

Observaciones

1. La finalidad de esta propuesta es materializar la opinión expresada en el 28.º período de sesiones del Grupo de Trabajo por la que se propugnaba una clara distinción entre el aviso de la cesión y las instrucciones de pago. La distinción es importante a causa de la gran diversidad de transacciones que pueden realizarse mediante cesión de créditos. En algunos casos, la cesión no se notifica en absoluto. En otros, el deudor recibe aviso de la cesión, pero no tiene instrucciones de pagar a otra persona que no sea el cedente; en tales casos, las instrucciones de pagar al cesionario pueden darse posteriormente. También se dan casos en que el deudor recibe simultáneamente el aviso de la cesión y las instrucciones de pagar al cesionario. Convendría que los artículos 16 y 18 regularan con claridad todos esos casos. Habida cuenta del objetivo de protección del deudor en que se basa todo el proyecto de Convención, las disposiciones que regulen el pago liberatorio del deudor deben reflejar el modo en que el deudor probablemente entenderá las comunicaciones que reciba en relación con la cesión del crédito.

2. Para poner en práctica esta opinión, la propuesta hace una distinción entre “aviso de la cesión” e “instrucciones de pago”, definiendo ambos conceptos en el artículo 5. El resto de la propuesta sigue la estructura del documento WP.96. El artículo 16 regula el derecho del cedente y del cesionario a enviar un aviso de cesión o instrucciones de pago y el efecto entre ambas partes del incumplimiento de un acuerdo sobre el aviso o las instrucciones. Por otra parte, el artículo 18 prevé disposiciones para determinar las circunstancias en que el deudor puede liberarse de su obligación efectuando el pago al cedente o al cesionario.

3. El artículo 18 refleja la opinión de que lo que modifica las acciones que darán derecho al deudor a liberarse de su obligación son las instrucciones de pago, y no el aviso de la cesión. Aunque haya recibido un aviso de cesión, el deudor tendrá derecho a liberarse de su obligación efectuando el pago al cedente como si no hubiera habido cesión hasta que reciba las instrucciones de pago de la parte pertinente. El artículo 18 dispone que la parte pertinente que ha de enviar las instrucciones de pago es el cedente, hasta que el deudor reciba el aviso de la cesión, y posteriormente, el cesionario; además, tanto el cedente como el cesionario pueden enviar instrucciones de pago junto con el aviso de la cesión.

**E. Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales
acerca de la labor de su 30.º período de sesiones (Nueva York, 1.º a 12 de marzo de 1999)
(A/CN.9/456) [Original: inglés]**

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> |
|---|-----------------|
| INTRODUCCIÓN | 1-16 |
| I. DELIBERACIONES Y DECISIONES | 17-18 |
| II. PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS CON FINES DE FINANCIACIÓN | 19-227 |
| A. TÍTULO DEL PROYECTO DE CONVENCIÓN | 19 |
| B. PREÁMBULO | 20-21 |
| C. DEBATE DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS | 22-22 |
| Capítulo I. Ámbito de aplicación | 22-52 |
| Artículo 1. Ámbito de aplicación | 22-37 |
| Artículo 2. Cesión de créditos | 38-43 |
| Artículo 3. Internacionalidad | 44-45 |
| Artículo 4. Exclusiones | 46-52 |
| Capítulo II. Disposiciones generales | 53-85 |
| Artículo 5. Definiciones y reglas de interpretación | 53-78 |
| Artículo 6. Autonomía de la voluntad de las partes | 79-80 |
| Artículo 7. Protección del deudor | 81 |
| Artículo 8. Principios de interpretación | 82-85 |
| Capítulo III. Efectos de la cesión | 86-126 |
| Artículo 9. Forma de la cesión | 86-92 |
| Artículo 10. Efecto de la cesión | 93-97 |
| Artículo 11. Momento en que se transfieren los créditos | 98-103 |
| Artículo 12. Limitaciones contractuales de la cesión | 104-116 |
| Artículo 13. Transferencia de los derechos de garantía | 117-126 |
| Capítulo IV. Derechos, obligaciones y excepciones | 127-227 |
| Sección I. Cedente y cesionario | 127-167 |
| Artículo 14. Derechos y obligaciones del cedente y el cesionario | 127-128 |
| Artículo 15. Garantías implícitas del cedente | 129-130 |
| Artículo 16. Derecho a dar aviso al deudor | 131-144 |
| Artículo 17. Derecho del cesionario al pago | 145-159 |
| Artículo 17 bis. Derechos mutuamente competitivos con respecto al producto | 160-167 |
| Sección II. Deudor | 168-208 |
| Artículo 17 ter. Principio de la protección del deudor | 168-176 |
| Artículo 17 quater. Aviso del deudor | 177-180 |
| Artículo 18. Pago liberatorio del deudor | 181-193 |
| Artículo 19. Excepciones y derechos de compensación del deudor | 194-199 |

| | <i>Párrafos</i> |
|--|-----------------|
| Artículo 20. Acuerdo de no oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación | 200-204 |
| Artículo 21. Modificación del contrato de origen | 205-206 |
| Artículo 22. Reintegro de los anticipos | 207-208 |
| Sección III. Otras partes | 209-227 |
| Artículo 23. Conflicto de derechos entre varios cesionarios . . | 209-210 |
| Artículo 24. Conflicto de derechos entre el cesionario y los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia | 211-222 |
| Múltiples partes | 223-227 |
| III. INFORME DEL GRUPO DE REDACCIÓN | 228-229 |
| IV. LABOR FUTURA | 230-231 |
| V. RELACIÓN ENTRE EL PROYECTO DE CONVENCIÓN QUE PREPARA EL GRUPO DE TRABAJO Y EL PROYECTO DE CONVENCIÓN DEL UNIDROIT SOBRE LAS GARANTÍAS REALES INTERNACIONALES RESPECTO DE EQUIPO MÓVIL | 232-239 |
| | <i>Página</i> |
| <i>Anexo</i> | 136 |

INTRODUCCIÓN

1. En el actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales ha proseguido con la preparación de un régimen uniforme para la cesión de créditos con fines de financiación, de conformidad con la decisión adoptada por la Comisión en su 28.º período de sesiones (Viena, 2 a 26 de mayo de 1995)¹. Éste ha sido el séptimo período de sesiones dedicado a la preparación de ese régimen uniforme, titulado provisionalmente proyecto de Convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación.

2. La decisión de la Comisión de ocuparse del tema de la cesión de créditos con fines de financiación se adoptó a raíz de la sugerencia formulada concretamente en el Congreso de la CNUDMI titulado “Hacia un derecho mercantil uniforme en el siglo XXI”, celebrado en Nueva York paralelamente al 25.º período de sesiones, del 17 al 21 de mayo de 1992. En el Congreso se sugirió también que la Comisión reanudara su labor sobre los derechos reales de garantía en general, que la Comisión en su 13.º período de sesiones (1980) había decidido aplazar².

3. En sus períodos de sesiones 26.º a 28.º (1993 a 1995), la Comisión examinó tres informes de la Secretaría sobre determinados problemas jurídicos que planteaba la cesión de créditos (A/CN.9/378/Add.3, A/CN.9/397 y A/CN.9/412). Tras examinar esos informes, la Comisión llegó a la conclusión de que sería conveniente y factible preparar un conjunto de reglas uniformes con objeto de eliminar los obstáculos con que tropezaba la financiación por cesión de créditos a

causa de la incertidumbre existente en diversos ordenamientos jurídicos en lo relativo a la validez de las cesiones transfronterizas (en las que el cedente, el cesionario y el deudor no se encuentran en el mismo país) y con respecto a las consecuencias jurídicas de estas cesiones para el deudor y otros terceros³.

4. En su 24.º período de sesiones (Viena, 8 a 19 de noviembre de 1995), el Grupo de Trabajo inició su labor examinando una serie de disposiciones del anteproyecto de régimen uniforme que figuraban en un informe del Secretario General titulado “Examen de un anteproyecto de régimen uniforme” (A/CN.9/412). En ese período de sesiones, se instó al Grupo de Trabajo a que tratara de preparar un texto jurídico que permitiera mejorar la oferta de crédito a un costo más bajo (A/CN.9/420, párr. 16).

5. En su 29.º período de sesiones (1996), la Comisión tuvo ante sí el informe del 24.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/420). La Comisión expresó su reconocimiento por la labor realizada y pidió al Grupo de Trabajo que la agilizará⁴.

6. En sus períodos de sesiones 25.º y 26.º (Nueva York, 8 a 19 de julio, y Viena, 11 a 22 de noviembre de 1996), el Grupo de Trabajo prosiguió con su labor examinando distintas versiones del proyecto de régimen uniforme que figuraban en dos notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.87 y A/CN.9/WG.II/WP.89). En esos períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo partió de la base de que el texto que

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17), párrs. 374 a 381.

²Ibíd., trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/35/17), párrs. 26 a 28.

³Ibíd., cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17), párrs. 297 a 301; ibíd., cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/49/17), párrs. 208 a 214; e ibíd., quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17), párrs. 374 a 381.

⁴Ibíd., quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), párr. 234.

se preparaba se adoptaría en forma de convención (A/CN.9/432, párr. 28) y de que contendría disposiciones sobre los conflictos de leyes (A/CN.9/434, párr. 262).

7. En su 30.º período de sesiones (1997), la Comisión tuvo a la vista los informes de los períodos de sesiones 25.º y 26.º del Grupo de Trabajo (A/CN.9/432 y A/CN.9/434). La Comisión observó que el Grupo de Trabajo había llegado a un acuerdo sobre una serie de cuestiones y que entre las principales cuestiones pendientes figuraban la validez de la cesión frente a terceros, como los acreedores del cedente y el administrador en caso de insolvencia del cedente⁵. Además, la Comisión observó que el proyecto de Convención había suscitado interés en los medios financieros en que se practicaba esta modalidad de financiación y entre los gobiernos, dadas las posibilidades que ofrecía de aumentar el crédito disponible a precios más favorables⁶.

8. En sus períodos de sesiones 27.º y 28.º (Viena, 20 a 31 de octubre de 1997, y Nueva York, 2 a 13 de marzo de 1998), el Grupo de Trabajo examinó dos notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.93 y A/CN.9/WG.II/WP.96). En su 28.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó los textos de los artículos 14 a 16 (cedente y cesionario) y 18 a 22 (deudor y otras partes) del proyecto y pidió a la secretaria que revisara el proyecto de artículo 17 (A/CN.9/447, párrs. 161 a 164 y 68, respectivamente).

9. En su 31.º período de sesiones (1998), la Comisión tuvo a la vista el informe de los períodos de sesiones 27.º y 28.º del Grupo de Trabajo (A/CN.9/445 y A/CN.9/447). La Comisión expresó su reconocimiento por la labor realizada y pidió al Grupo de Trabajo que prosiguiera su labor con celeridad a fin de concluirlo en 1999 y que presentara el proyecto de Convención a la Comisión en su 33.º período de sesiones (2000) con miras a su aprobación⁷.

10. En su 29.º período de sesiones (Viena, 5 a 16 de octubre de 1998), el Grupo de Trabajo examinó dos notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.96 y A/CN.9/WG.II/WP.98), así como una nota que contenía el informe de un grupo de expertos preparado por la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (A/CN.9/WG.II/WP.99). En ese período de sesiones el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del preámbulo y de los artículos 1 1) y 2) (ámbito), 5 g) a j) (definiciones), 18 5 bis) (pago liberatorio del deudor), 23 a 33 (cuestiones de prelación y de derecho internacional privado) y 41 a 50 (disposiciones finales) (A/CN.9/455, párr. 17).

11. El Grupo de Trabajo, que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró el actual período de sesiones en Nueva York del 11 al 12 de marzo de 1999. Asistieron al período de sesiones los representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Austria, Botswana, Burkina Faso, Camerún, China, Colombia, Egipto, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Honduras, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón,

Kenya, México, Nigeria, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Singapur, Sudán y Tailandia.

12. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Belarús, Bolivia, Canadá, Croacia, Ecuador, Gabón, Indonesia, Iraq, Irlanda, Kuwait, Lesotho, Países Bajos, Pakistán, Polonia, República Checa, República de Corea, Senegal, Suecia, Suiza, Turquía y Venezuela.

13. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Centro Regional de El Cairo de Arbitraje Comercial Internacional, Commercial Finance Association (CFA), la Federación Europea de Asociaciones Nacionales de Factoring (EUROPAFACTORING), Factors Chain International (FCI), Federación Bancaria de la Unión Europea, Asociación Internacional de Abogados, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y Unión Internacional de Abogados (UIA).

14. El Grupo de Trabajo eligió a la mesa siguiente:

Presidente: Sr. David Morán Bovio (España)

Relator: Sr. Aly Gamaledin Awad (Egipto)

15. El Grupo de Trabajo tuvo a la vista los documentos siguientes: programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.101), una nota de la Secretaría titulada "Artículos revisados del proyecto de Convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación" (A/CN.9/WG.II/WP.96), otra nota de la Secretaría titulada "Artículos revisados del proyecto de Convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación: observaciones y sugerencias (A/CN.9/WG.II/WP.98), una propuesta de los Estados Unidos de América titulada "Cumplimiento de la obligación de pago del deudor: propuesta de revisión de los artículos 5, 16 y 18" (A/CN.9/WG.II/WP.100) y otra nota de la Secretaría titulada "Artículos revisados del proyecto de Convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación: observaciones y sugerencias" (A/CN.9/WG.II/WP.102).

16. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de un proyecto de Convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

I. DELIBERACIONES Y DECISIONES

17. El Grupo de Trabajo examinó el título, el preámbulo y los artículos 1 a 24 del proyecto, que figuran en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.96, A/CN.9/WG.II/WP.98, A/CN.9/WG.II/WP.100 y A/CN.9/WG.II/WP.102.

18. Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, inclusive su examen de varios proyectos de disposiciones, figuran en los capítulos II a IV, *infra*. El Grupo de Trabajo aprobó el título, el preámbulo y los artículos 1 a 24, a excepción de los proyectos de artículo 23 y 24 y los remitió a un grupo de redacción establecido por la Secretaría para conciliar las versiones en los diferentes idiomas.

⁵Ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/52/17), párr. 254.

⁶Ibíd., párr. 256.

⁷Ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/53/17), párr. 230.

II. PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS CON FINES DE FINANCIACIÓN

A. Título del proyecto de Convención

19. El Grupo de Trabajo decidió aplazar el debate sobre el título del proyecto de Convención hasta que hubiese finalizado su examen del capítulo I y del proyecto de artículo 5 (véanse los párrafos 60 a 65).

B. Preámbulo

20. El texto del preámbulo examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Los Estados contratantes,

“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 amistosas entre los Estados,

“Considerando que los problemas creados por la incertidumbre en lo relativo al contenido y la elección del régimen jurídico aplicable a las cesiones en el comercio internacional constituyen un obstáculo para la financiación de las operaciones,

“Deseosos de establecer principios y adoptar normas relativos a la cesión de créditos que creen certidumbre y transparencia y fomenten la modernización del derecho sobre la financiación por cesión de créditos, a la vez que protejan las prácticas de financiación actuales y faciliten el desarrollo de nuevas prácticas,

“Deseosos asimismo de asegurar la adecuada protección de los intereses del deudor en caso de cesión de créditos,

“Abrigando el parecer de que la adopción de un régimen uniforme para la financiación por cesión de créditos facilitará el desarrollo del comercio internacional y favorecerá la disponibilidad de créditos a un tipo de interés más fácilmente pagadero,

“Conviene en lo siguiente:”

21. Se observó que, a fin de recoger en el preámbulo los principales objetivos del proyecto de Convención de un modo más equilibrado, el principio de la protección del deudor se había trasladado del proyecto de artículo 7 al preámbulo (y al nuevo artículo 17 *ter*; véanse los párrafos 81 y 168 a 176). El Grupo de Trabajo aprobó el preámbulo, con la modificación introducida, y lo remitió al grupo de redacción. (En el contexto de su examen del proyecto de artículo 5 *d*), el Grupo de Trabajo reanudó el debate sobre el preámbulo; véanse los párrafos 60 a 65.)

C. Debate del proyecto de artículos

Capítulo I. Ámbito de aplicación

Artículo 1. Ámbito de aplicación

22. El texto del proyecto de artículo 1 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) La presente Convención será aplicable a:

“*a*) Las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos como se definen en el presente capítulo, cuando, en el momento de la cesión, el cedente se encuentre en un Estado contratante;

“*b*) Las cesiones de créditos efectuadas por el cesionario inicial o por otro cesionario en beneficio de cesionarios subsiguientes (‘cesiones subsiguientes’) siempre y cuando una cesión anterior se rija por la presente Convención; y

“*c*) Las cesiones subsiguientes que se rijan por la presente Convención en virtud del inciso *a*) de este párrafo, a pesar de que alguna cesión anterior no se rija por la presente Convención.

“2) La presente Convención será aplicable a cesiones subsiguientes como si el cesionario subsiguiente que ejerce su derecho a ceder fuera el cedente inicial y como si el cesionario subsiguiente a quien se hace la cesión fuera el cesionario inicial.

“3) La presente Convención no afectará a los derechos y obligaciones del deudor, a menos que éste se encuentre en un Estado contratante o que la ley que rija el crédito sea la ley de un Estado contratante.

“[4) Las disposiciones de los artículos 29 a 33 serán aplicables [a las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos como se definen en el presente capítulo, independientemente de los párrafos 1) y 3) del presente artículo] [independientemente de las disposiciones del presente capítulo]. Sin embargo, las disposiciones de los artículos 29 a 31 no serán aplicables si un Estado hace una declaración conforme al artículo 42 *bis*.]

“5) El capítulo VII será aplicable en todo Estado contratante que haya hecho una declaración conforme al artículo 43.

“[6) [En el caso de una cesión de más de un crédito realizada por más de un cedente, la presente Convención será aplicable si uno de los cesionarios se encuentra en un Estado contratante.] En el caso de una cesión de más de un crédito adeudado por más de un deudor, la presente Convención no afectará a los derechos y obligaciones de ningún deudor, a menos que éste se encuentre en un Estado contratante o que la ley que rija el crédito adeudado por ese deudor sea la ley de un Estado contratante.

“7) La presente Convención será aplicable a las prácticas adicionales que se enumeren en toda declaración efectuada por un Estado conforme al proyecto de artículo 42 *ter*.]”

Párrafos 1) a 3)

23. Se observó que en su anterior período de sesiones el Grupo de Trabajo había aprobado ya, en lo sustancial, los párrafos 1) a 3) (A/CN.9/455, párrs. 169 y 172). Se observó también que el proyecto de artículo 25, relativo al ámbito de aplicación del proyecto de Convención con respecto a las cesiones subsiguientes, se había incorporado al proyecto de artículo 1 en forma ligeramente modificada (en el sentido de

que al cesionario subsiguiente que cediera a su vez los créditos cedidos anteriormente se le consideraba el cedente inicial, mientras que al cesionario subsiguiente que recibiera los créditos cedidos anteriormente se le consideraba el cesionario inicial).

24. Si bien los párrafos 1) a 3) recibieron apoyo general en cuanto al fondo, se hicieron varias sugerencias acerca de la colocación en el texto del párrafo 2). Se sugirió que el lugar que le correspondía era el proyecto de artículo 5, por cuanto contenía una regla de interpretación. Se sugirió también que se mantuviera en el capítulo I (en el proyecto de artículo 1 o en el proyecto de artículo 2), ya que tenía que ver con el ámbito de aplicación del proyecto de Convención. El Grupo de Trabajo aprobó los párrafos 1) a 3) y remitió la cuestión de su formulación específica y de la colocación del párrafo 2) al grupo de redacción. (En el contexto de su examen del proyecto de artículo 5 1), el Grupo de Trabajo reconsideró la referencia al momento de la cesión”, que figura en el párrafo 1); véanse los párrafos 76 a 78.)

Párrafo 4)

25. Se señaló que el párrafo 4) trataba de la cuestión del ámbito o la finalidad de las normas de derecho internacional privado del proyecto de Convención (capítulo VI). Asimismo se señaló que, si se suprimiese el primer texto entre corchetes, las normas de derecho internacional privado del proyecto de Convención regirían independientemente de que el cedente o el deudor se encontrasen en un Estado contratante, o que la ley que rigiese el crédito fuera la ley de un Estado contratante. Además, se observó que si se suprimiera el primer texto entre corchetes, pero no el segundo, las disposiciones de derecho internacional privado del proyecto de Convención regirían independientemente de las otras disposiciones sobre el ámbito de aplicación del capítulo I, en particular la definición de internacionalidad que figura en el proyecto de artículo 3. Se observó que el Grupo de Trabajo tendría que examinar un cierto número de cuestiones, entre ellas las siguientes: si el párrafo 4) debía trasladarse al capítulo VI; si debía permitirse a los Estados que aprobasen solamente el capítulo VI y si era necesario añadir algo al texto para que un Estado contratante aplicase las disposiciones de derecho sustantivo antes de recurrir a las disposiciones de derecho internacional privado de este mismo proyecto.

26. Si bien se observó que en su anterior período de sesiones el Grupo de Trabajo había decidido condicionar la aplicación del capítulo VI a una cláusula de no vinculación (A/CN.9/455, párr. 72), se expresó la opinión de que el capítulo VI debía suprimirse o, por lo menos, su aplicación debería ir acompañada de una cláusula de adhesión de los Estados. Aunque esta opinión obtuvo un cierto apoyo, finalmente prevaleció el parecer de que el capítulo VI debía mantenerse en el proyecto, acompañado de una cláusula de no vinculación de los Estados, y que esta cuestión debía reconsiderarse cuando el Grupo de Trabajo tuviera la oportunidad de examinar el fondo del capítulo VI.

Párrafo 5)

27. Se observó que el capítulo VII se había trasladado al anexo del proyecto de Convención. Hubo acuerdo general en que la aplicación del anexo debía estar condicionada a una cláusula de adhesión de los Estados. El Grupo de Trabajo

aprobó el párrafo 5) con la sustitución de la referencia al capítulo VII por una referencia al anexo.

Párrafo 6)

28. Se señaló que el concepto de múltiples partes aparecía en varias disposiciones (por ejemplo, los proyectos de artículos 1 6), 3 2) y 3) y 5 k)). Dado que este concepto guardaba relación con prácticas concretas, el Grupo de Trabajo decidió aplazar la consideración de estas disposiciones hasta que hubiera finalizado el examen del proyecto de Convención, con objeto de que pudieran celebrarse consultas en relación con las prácticas en las que intervenían múltiples partes (véanse los párrafos 45 y 223 a 227).

Párrafo 7)

29. El Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen del párrafo 7) hasta que tuviera la oportunidad de considerar el proyecto de artículo 2 (véase el párrafo 43).

Ámbito territorial de aplicación e internacionalidad (“lugar en que se encuentra el cedente”)

30. Antes de concluir sus debates sobre el proyecto de artículo 1, el Grupo de Trabajo consideró el significado del concepto “lugar en que se encuentra el cedente” para los fines de la determinación del ámbito territorial de aplicación del proyecto de Convención y de la internacionalidad de una cesión o un crédito. Se observó que, según la definición del proyecto de artículo 5 k), que la Secretaría había redactado teniendo en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su anterior período de sesiones (A/CN.9/455, párrs. 163 a 169), a los efectos de los proyectos de artículo 1 y 3 por “lugar en que se encuentra el cedente” se entendería el lugar de establecimiento más estrechamente vinculado con el correspondiente contrato, introduciendo una presunción refutable en el sentido de que se trataba del lugar en el que la persona jurídica tenía su administración central. Se observó también que, en vista de la definición del proyecto de artículo 5 j), según la cual a los efectos de los proyectos de artículo 23 y 24 por “lugar en que se encuentra el cedente” se entendería el lugar de constitución de la empresa, el Grupo de Trabajo tendría que considerar si sería preferible adoptar una sola definición para todo el proyecto de Convención.

31. Se expresaron opiniones discrepantes. Para algunos, cuando se tratase de una persona jurídica el punto de referencia sería el lugar de constitución. En abono de esta opinión se indicó que un sistema basado en este criterio permitiría remitirse a una jurisdicción única y fácil de determinar. Se señaló que con ello aumentaría la certidumbre en la aplicación del proyecto de Convención, con el consiguiente efecto beneficioso para la disponibilidad y el costo del crédito. Además, si el criterio para definir el “lugar en que se encuentra el cedente” fuera la vinculación más estrecha de una transacción con un lugar de establecimiento determinado, sería muy difícil, sobre todo para terceras partes, determinar en cada caso dónde se encontraría el lugar de establecimiento correspondiente, lo cual tendría un efecto perjudicial para la disponibilidad y el costo del crédito.

32. Se señaló además que, para evitar que se produjeran resultados incoherentes, el Grupo de Trabajo tendría que definir este concepto del mismo modo que se definió a los fi-

nes de los proyectos de artículo 23 y 24 (por ejemplo, por referencia al lugar de constitución). Se afirmó que en diversas transacciones de servicios, a cargo de diferentes filiales de una empresa, sería difícil e innecesario remitirse al lugar de establecimiento de las filiales que participasen en la transacción. Se observó que, en tal caso, sería más fácil y más racional desde el punto de vista práctico optar por el lugar de constitución de la empresa matriz. Se recaló que la referencia al lugar de establecimiento que estuviera más estrechamente vinculado con la cesión podría producir resultados incoherentes (por ejemplo, diversas cesiones de los mismos créditos por el cedente podrían estar sujetas a distintos regímenes jurídicos por la simple razón de que estuvieran más estrechamente vinculadas con diferentes jurisdicciones).

33. Se opinó asimismo que el concepto de “lugar en que se encuentra el cedente” debía definirse por referencia al lugar de establecimiento que estuviera más estrechamente vinculado con el correspondiente contrato. En favor de esta opinión se alegó que un criterio basado en el lugar de establecimiento permitiría un grado de certidumbre suficiente, ya que era un concepto bien conocido, utilizado en varias leyes uniformes y suficientemente explicado en la jurisprudencia. Además, este criterio aportaría flexibilidad por cuanto cada caso se centraría en el lugar de establecimiento correspondiente, o sea, el lugar de establecimiento más estrechamente vinculado con la transacción de que se tratase (la cesión, para el cedente y el cesionario, y el contrato original, para el deudor).

34. Si bien el criterio basado en el lugar de constitución se había considerado aceptable en el contexto de los proyectos de artículo 23 y 24, dicho criterio no sería apropiado para las disposiciones sobre el ámbito de aplicación, ya que el mencionado lugar podía ser ficticio y alegarlo en este contexto podría dar lugar, involuntariamente, a que el proyecto de Convención se aplicase a transacciones estrictamente nacionales. A este respecto se señaló que, si bien podría aplicarse el criterio del lugar de constitución para proteger los derechos de terceras partes, no sería viable con respecto al deudor, ya que podría hacer que, involuntariamente, la empresa o filial deudora quedara sometida a la ley de una jurisdicción ficticia, poniendo así en entredicho el principio de la protección del deudor, que era uno de los principales objetivos del proyecto de Convención. Además, un criterio basado en el lugar de constitución podría conducir a una situación en la que el proyecto de Convención no se aplicase a una transacción manifiestamente internacional. Se indicó que el empleo del término “lugar de constitución” quizás no permitiese alcanzar el grado de certidumbre deseado, ya que este término no se entendía del mismo modo en todos los lugares y, a diferencia del lugar de establecimiento, que solía figurar en los membretes de las cartas de una empresa, no era fácilmente disponible para terceras partes. Se indicó asimismo que este criterio podría dar lugar, involuntariamente, a que no se aplicase el proyecto de Convención a las empresas que tuvieran su establecimiento en uno o más lugares, pero se hubieran constituido en un paraíso fiscal, que típicamente no sería un Estado contratante. Además, se dijo que la referencia al lugar de constitución, o sea a la nacionalidad de una empresa, era incompatible con el procedimiento habitual basado en la residencia de las personas, y no en su nacionalidad, para determinar el lugar en que se encuentran.

35. A fin de aproximar estas opiniones discrepantes se hicieron varias sugerencias, como la de remitirse a la oficina ejecutiva principal, al lugar de organización, al lugar de registro (por lo menos con respecto al cedente y el cesionario, pero no necesariamente al deudor, a fin de tener en cuenta el problema mencionado en el párrafo 33, *supra*), al lugar de establecimiento con una presunción refutable en favor del lugar de administración central o de constitución, o al lugar de nacimiento del crédito (por ejemplo, en el caso de las mercancías, el lugar desde donde se enviaron, o desde donde se envió la factura). Con respecto a esta última propuesta, se afirmó que, si bien el ámbito territorial del proyecto de Convención podría definirse en función del lugar de nacimiento del crédito, la internacionalidad podría determinarse en relación con el lugar de registro, el lugar de establecimiento, el lugar de la oficina ejecutiva principal o, cuando se tratase de particulares, la residencia habitual.

36. Si bien se expresó algún interés por estas sugerencias, el Grupo de Trabajo no pudo llegar a un acuerdo sobre la definición del concepto “lugar en que se encuentra el cedente”. En lo tocante a la oficina ejecutiva principal, el lugar de organización o el lugar de registro, se observó que la referencia a cualquiera de estos lugares haría que las transacciones de las filiales de una empresa quedaran impropriadamente sometidas a la ley aplicable a la oficina principal. Además, el empleo de términos como “lugar de organización” y “lugar de registro” daría lugar a una situación involuntaria de incertidumbre en la aplicación del proyecto de Convención, ya que esos términos no tenían el mismo significado en todo el mundo. En cuanto a la combinación del lugar de establecimiento con el lugar de administración central o de constitución, se indicó que no proporcionaba un grado suficiente de certidumbre en la aplicación del proyecto de Convención y, en particular, de los derechos de terceras partes.

37. Después de debatir la cuestión, el Grupo de Trabajo decidió mantener los dos incisos *j*) y *k*) entre corchetes, en la inteligencia de que reconsideraría la cuestión en su próximo período de sesiones, en relación con todas las disposiciones del proyecto de Convención que hicieran referencia al lugar en que se encuentre una persona (o sea, los proyectos de artículo 1, 3, 9, 17 *bis*, 19 2), 20 1), 22 a 24, 29 a 33 y 46 3)).

Artículo 2. Cesión de créditos

38. El texto del proyecto de artículo 2 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Para los fines de la presente Convención, por ‘cesión’ se entenderá la transferencia mediante acuerdo efectuada por una parte (‘cedente’) a otra (‘cesionario’) del derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero (‘crédito’) debida por un tercero (‘el deudor’), incluida la creación de derechos a créditos a título de garantía de una deuda u otra obligación.”

39. Se dijo que el proyecto de Convención se refería principalmente a la cesión como transferencia del derecho de propiedad de un crédito y que no debía aplicarse a los acuerdos de cesión salvo cuando expresamente dispusiera otra cosa (por ejemplo, los artículos 14 a 17 del proyecto). Se dijo además que, habida cuenta de que el proyecto de Convención únicamente se refería en casos excepcionales al contrato de financiación o el acuerdo de cesión, podía su-

primirse la referencia a “fondos, crédito o servicios conexos que el cesionario proporciona o promete al cedente” a cambio de los créditos cedidos, que figuraba en una definición anterior de la “cesión de créditos” (A/CN.9/WG.II/WP.96, proyecto de artículo 2). Se dijo también que, puesto que a menudo se cedían todos los derechos derivados de un contrato, al comprender en el proyecto de Convención sólo la cesión de los derechos de pago podía ocurrir que distintas partes de un mismo contrato estuvieran sujetas a regímenes jurídicos diferentes. Se señaló que ese problema no se plantearía en las cesiones de contratos (por las que se cedían los derechos del contrato y se delegaban sus obligaciones), pues esos contratos eran excepcionales y podían quedar fuera del ámbito de aplicación del proyecto de Convención.

40. Hubo consenso en el Grupo de Trabajo en cuanto al fondo del artículo 2 del proyecto. La opinión general era que el proyecto de Convención debía regular las cesiones propiamente dichas y las cesiones a título de garantía, así como otras operaciones conexas por las que se transferían créditos o se creaban derechos a créditos a título de garantía (por ejemplo, la subrogación en un contrato y la prenda de créditos). Se dijo que ése era el planteamiento adecuado, sobre todo si se tenía en cuenta que, en algunos ordenamientos jurídicos, importantes contratos de cesión de créditos con fines de financiación, como el facturaje, eran una subrogación en un contrato o una prenda más que una cesión de créditos. Se recordó al respecto que la referencia expresa a esos contratos relacionados con la cesión, que se hacía en una versión anterior del artículo 2 (A/CN.9/WG.II/WP.93), había sido suprimida por entender que al enumerar esas prácticas conexas bien pudiera omitirse alguna involuntariamente (A/CN.9/445, párr. 151). Hubo acuerdo en que, a fin de evitar ambigüedades, será útil aclarar la cuestión en el comentario y explicar en éste que el proyecto de Convención, más que crear un nuevo tipo de cesión, tenía por finalidad ofrecer un régimen uniforme de las prácticas relativas a la cesión vigentes en los ordenamientos jurídicos internos.

41. En cuanto a la forma del artículo 2, se propuso sustituir la palabra “incluida” por la palabra “o”, ya que en algunos ordenamientos jurídicos la creación de derechos a créditos a título de garantía no era una transferencia. Se recordó al respecto que la referencia a la creación de derechos a créditos a título de garantía se había incluido en el artículo 2 en virtud del acuerdo del Grupo de Trabajo de que la mera creación de una garantía real sin transferencia debía incluirse en el proyecto de Convención (A/CN.9/445, párr. 152).

42. En cuanto a los créditos extracontractuales (por ejemplo, los derivados de actos ilícitos civiles y los créditos fiscales), si bien hubo algunas opiniones a favor de que el proyecto de Convención fuese aplicable a la cesión de dichos créditos, se acordó, que ello no era necesario, pues no había al respecto una práctica de financiación que fuera apreciable.

43. El Grupo de Trabajo aprobó, previo debate, el fondo del artículo 2 del proyecto y lo remitió al grupo de redacción. Habida cuenta de su decisión de incluir en el proyecto de Convención solamente la cesión de créditos contractuales, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el párrafo 7) del artículo 1, cuyo propósito era satisfacer a los Estados que deseaban aplicar el proyecto de Convención a la cesión de créditos extracontractuales (véase el párrafo 29).

Artículo 3. *Internacionalidad*

44. El texto del proyecto de artículo 3 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“[1] Un crédito será internacional si, en el momento en que nace, el cedente y el deudor se encuentran en distintos Estados. Toda cesión será internacional si, en el momento en que se hace, el cedente y el cesionario se encuentran en distintos Estados.

“[2] [En caso de una cesión de más de un crédito efectuada por más de un cedente, la cesión será internacional cuando uno de los cedentes y el cesionario se encuentren en distintos Estados. En caso de una cesión de más de un crédito a más de un cesionario, la cesión será internacional cuando el cedente y uno de los cesionarios se encuentren en distintos Estados.

“3) En caso de una cesión de más de un crédito adeudado a más de un acreedor, el crédito será internacional cuando uno de los cedentes y el deudor se encuentren en Estados diferentes.] En caso de una cesión de más de un crédito adeudado por más de un deudor, sólo será internacional el crédito cuyo cedente y deudor se encuentren en Estados diferentes.]”

45. El Grupo de Trabajo consideró aceptable en general el fondo del párrafo 1) y lo remitió al grupo de redacción. En cuanto a los párrafos 2) y 3), el Grupo de Trabajo aplazó la decisión definitiva hasta concluir el examen del proyecto de Convención, a fin de que pudieran celebrarse consultas sobre las prácticas de financiación en las que intervenían varias partes (véanse los párrafos 28 y los párrafos 223 a 227).

Artículo 4. *Exclusiones*

46. El texto del proyecto de artículo 4 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“[1] La presente Convención no será aplicable a la cesión:

“a) Efectuada para fines personales, familiares o del hogar;

“b) En la medida en que sea efectuada mediante el endoso de un título negociable o la entrega de un documento al portador;

“c) Que forme parte de la venta, o del cambio de titularidad o de condición jurídica, del negocio que dio lugar a que nacieran los créditos cedidos.

“[2] La presente Convención no será aplicable a las cesiones que un Estado enumere en una declaración hecha conforme al proyecto de artículo 42 *quater*.]”

Párrafo 1)

47. El párrafo 1) se consideró aceptable en general en cuanto al fondo. No obstante, se dijo respecto del inciso a) que la referencia a las cesiones efectuadas “para fines personales, familiares o del hogar” podía suscitar incertidumbre porque no siempre era fácil determinar la finalidad de una cesión concreta. A ese respecto, se acordó que en el comentario se aclarara, posiblemente mediante ejemplos inspirados

en la jurisprudencia relativa al artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, “la Convención sobre la Compraventa”), cuáles eran las cesiones que se efectuaban “para fines personales, familiares o del hogar”. En relación con el inciso *b*), se dijo que tal vez fuera necesario cambiar la redacción para aclarar que el endoso no era necesario en todos los casos (por ejemplo, en los instrumentos negociables pagaderos al portador). En cuanto al inciso *c*), hubo acuerdo en que sería útil aclarar en el comentario que se excluía la cesión del antiguo al nuevo propietario y no la cesión del nuevo propietario a una institución que financiara la venta.

48. A fin de dejar a salvo prácticas bien establecidas y suficientemente reguladas, el Grupo de Trabajo examinó varias propuestas referentes a otras prácticas que debían excluirse del ámbito de aplicación del proyecto de Convención. Una de las propuestas era excluir las operaciones de las cámaras de compensación por las que se liquidaban pagos entre bancos. Se mencionaron como ejemplo los títulos no certificados, cuya transferencia debía seguir sujeta a las reglas de las cámaras de compensación. Otra propuesta era excluir del ámbito de aplicación del proyecto de Convención los acuerdos de compensación por saldos netos, que podían tener una importancia considerable en las transacciones de productos financieros derivados. Otra propuesta consistía en excluir los pactos de recompra de títulos y otra en excluir los acuerdos de crédito recíproco (en los que se aceptaba un riesgo, como un gravamen variable, por ejemplo, y en los que cualquiera de las partes podía ser acreedor o deudor). Se explicó que las operaciones de las cámaras de compensación, los acuerdos de compensación por saldos netos, los pactos de recompra y los acuerdos de crédito recíproco solían incluir cláusulas que prohibían la cesión o la condicionaban al consentimiento del deudor, lo cual era incompatible con el artículo 12 del proyecto. Se propuso también excluir los arrendamientos de inmuebles, normalmente inscritos en un registro de la propiedad inmobiliaria y sujetos a la ley del país donde se encontraban (la *lex situs*).

49. Aunque el Grupo de Trabajo reconoció la importancia de no obstaculizar el funcionamiento normal de esas transacciones, se consideró en general que el asunto debía examinarse más a fondo, posiblemente después de celebrar nuevas consultas con empresas y profesionales del sector a fin de decidir si esas (u otras) transacciones debían excluirse del ámbito de aplicación del proyecto de Convención en general (ya fuera en el párrafo 1) o en el párrafo 2) del artículo 4) del proyecto, o solamente del ámbito de aplicación del artículo 12.

Párrafo 2)

50. Se observó que el párrafo 2) tenía por objeto permitir a los Estados excluir las cesiones que no estuvieron enumeradas en el párrafo 1). Se reconoció que ese criterio tal vez no fuera el más apropiado para la unificación del derecho, por cuanto el ámbito de aplicación del proyecto de Convención podría ser diferente de un Estado a otro, y las declaraciones de los Estados, si fueran poco claras, podrían reducir la certidumbre con respecto a la aplicación del proyecto de Convención. Sin embargo, se observó que esa solución podría hacer más aceptable el proyecto de Convención para los Estados.

51. Se dijo que, en su forma actual, el párrafo 2) no aclaraba cuál Estado tendría que hacer la declaración a fin de que el proyecto de Convención no se aplicara a las cesiones enumeradas en esa declaración. Con objeto de resolver el asunto, se propuso que se incluyera en el párrafo 2) una referencia al Estado en que se encontraba el cedente, puesto que el ámbito de aplicación territorial del proyecto de Convención se determinaba en relación con el lugar en que se encontraba el cedente. Se observó que, por el mismo motivo, sería preciso hacer referencia a las disposiciones del proyecto de Convención que trataban de los derechos y obligaciones del deudor respecto del Estado en que se encontraba el deudor.

52. A reserva de que se tratara ese asunto, tarea que el Grupo de Trabajo encomendó al grupo de redacción, el Grupo de Trabajo decidió retener el párrafo 2) entre corchetes y aplazar la decisión definitiva al respecto hasta que concluyeran sus deliberaciones sobre el párrafo 1).

Capítulo II. Disposiciones generales

Artículo 5. *Definiciones y reglas de interpretación*

53. El texto del proyecto de artículo 5 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Para los fines de la presente Convención:

“*a*) Por ‘contrato de origen’ se entenderá el eventual contrato entre el cedente y el deudor del que nace el crédito cedido [o por el que se confirma, determina o modifica el crédito cedido];

“*b*) Se entenderá que un crédito nace en el momento en que se celebra el contrato de origen [o, a falta de un contrato de origen, en el momento en que se confirma o determina en una decisión de una autoridad judicial o de otra índole];

“*c*) Por ‘futuro crédito’ se entenderá todo crédito que pueda nacer una vez celebrado el contrato de cesión;

“*[d]* Por ‘financiación por cesión de créditos’ se entenderá toda operación en la que se suministren fondos en efectivo o en forma de crédito o se presten servicios conexos en contrapartida de los créditos cedidos. La financiación por cesión de créditos incluye prácticas como el facturaje, la venta de créditos documentarios (*forfaiting*), la burSATILIZACIÓN, la financiación del propio proyecto y la refinanciación;]

“*e*) Por ‘escrito’ se entenderá toda forma de comunicación que sea accesible para su posterior utilización como referencia y en la que figure la identidad del expedidor y una indicación de que el expedidor aprueba la información recogida en la comunicación por medios generalmente aceptados o por un procedimiento convenido entre el expedidor y el destinatario de la comunicación;

“*f*) Por ‘aviso de la cesión’ se entenderá toda comunicación escrita en la que se especifiquen razonablemente los créditos cedidos y la identidad del cesionario y de la persona a la que, o por cuya cuenta o a cuya dirección, el deudor esté obligado a efectuar el pago;

“*g*) Por ‘administrador de la insolvencia’ se entenderá toda persona u órgano, incluso si se ha designado con carácter provisional, con facultades para administrar la reorganización o la liquidación de los activos del cedente;

“h) Por ‘procedimiento de insolvencia’ se entenderá todo procedimiento colectivo de carácter judicial o administrativo, inclusive un procedimiento provisional, en el que los activos y los negocios del cedente se someten al control o a la supervisión de un tribunal u otra autoridad competente a efectos de reorganización o liquidación;

“i) Por ‘prelación’ se entenderá el derecho de una parte a ser pagada con preferencia a otra;

“j) A los efectos de los artículos 23 y 24 se entenderá que una persona se encuentra en el Estado en que tenga su residencia habitual; una sociedad se encuentra en el Estado en que tuvo lugar su constitución; una persona jurídica que no sea una sociedad se encuentra en el Estado en que figuren inscritos sus documentos constitutivos; y, a falta de documentos registrados, en el Estado en que tenga su principal centro de administración;

“k) Para los fines de los artículos 1 y 3:

“i) El cedente se encuentra en el Estado en el que tenga su establecimiento más estrechamente vinculado con la cesión;

“ii) El cesionario se encuentra en el Estado en el que tenga su establecimiento más estrechamente vinculado con la cesión;

“iii) El deudor se encuentra en el Estado en el que tenga su establecimiento más estrechamente vinculado con el contrato de origen;

“iv) A falta de prueba en contrario, se presumirá que el lugar de administración central de una parte es el establecimiento que tenga la vinculación más estrecha con el contrato pertinente. Si una parte no tiene establecimiento, se hará referencia a su residencia actual;

“v) Los diversos cedentes o cesionarios se encuentran en el lugar en que se encuentre su respectivo mandatario o fiduciario autorizado;

“l) Se entenderá por ‘momento de la cesión’ el momento especificado en un acuerdo entre el cedente y el cesionario y, en ausencia de tal acuerdo, el momento de la celebración del contrato.]”

Inciso a)

54. El fondo del inciso *a)* se consideró aceptable en términos generales. Recordando su decisión anterior de limitar el ámbito de aplicación del proyecto de Convención a las cesiones de créditos de origen contractual (véase el párrafo 42) el Grupo de Trabajo decidió que la expresión “eventual” y la frase encerrada entre corchetes al final del inciso, cuyo objeto era incluir las cesiones de créditos de origen no contractual, debían suprimirse. A reserva de esa modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el inciso *a)* y lo remitió al grupo de redacción.

Inciso b)

55. Se expresó la opinión de que, aunque el ámbito de aplicación del proyecto de Convención estaba limitado a la cesión de créditos de origen contractual, tal vez sería necesario

conservar de todos modos la referencia que se hacía en el inciso *b)* a una decisión de una autoridad judicial o de otra índole (por ejemplo, arbitral, o administrativa), para el caso de que se produjera una controversia respecto de un crédito de origen contractual. Sin embargo, para mantener la compatibilidad con el inciso *a)*, el Grupo de Trabajo aprobó el inciso *b)* sin la parte del texto encerrado entre corchetes y lo remitió al grupo de redacción.

Inciso c)

56. Se dijo que la definición de un futuro crédito debía dejar en claro que el hecho que daba origen al crédito era la celebración del contrato de cesión y no el acto de cesión de un crédito determinado. A reserva de esa enmienda, el Grupo de Trabajo aprobó el inciso *c)* y lo remitió al grupo de redacción.

Inciso d)

57. Se recordó que la definición de “financiación por cesión de créditos” se había incluido inicialmente en el proyecto de artículo 5, cuando se había utilizado el término en el proyecto de artículo 1 con el fin de limitar el ámbito de aplicación del proyecto de Convención. También se decidió en votación que, como la expresión “financiación por cesión de créditos” ya no se utilizaba en el texto, salvo en el título, el preámbulo y el proyecto de artículo 14 3), se planteaba la cuestión de si seguía existiendo la necesidad de definir la expresión.

58. Hubo acuerdo general en el Grupo de Trabajo de que, si se había de conservar la expresión “financiación por cesión de créditos” en el título del proyecto de Convención, ésta debería aparecer ya fuera en las definiciones, en el preámbulo o en el comentario. Se expresaron diversas opiniones con respecto a la forma en que se debía tratar el concepto de “financiación por cesión de créditos” en el proyecto de Convención, y el lugar en que se debía hacerlo. Algunos opinaban que, si la expresión aparecía en el título, era necesario dar una definición en el proyecto de Convención. Otros consideraban que, si bien una definición no era estrictamente necesaria, podría desempeñar una función instructiva. Sin embargo, preocupaba el hecho de que, si la expresión se mantenía en las definiciones, se la podría utilizar para interpretar el ámbito de aplicación del proyecto de Convención en forma demasiado restrictiva, limitando la aplicación del proyecto de Convención sólo a la cesión de créditos realizada con fines de financiación. Otro motivo de preocupación, relativo al enunciado de la definición de “financiación por cesión de créditos”, era que la definición actual era incompleta y que, en consecuencia, las prácticas vigentes o futuras podrían quedar fuera del ámbito de aplicación del proyecto de Convención. En consecuencia, se propuso que, en el caso de que se conservara una definición de la expresión “financiación por cesión de créditos”, se revisara el texto actual con el fin de que no fuera excluyente; con arreglo a esa propuesta, se enmendaría el comienzo de la segunda oración del inciso *d)*, a fin de que dijera que la “financiación por cesión de créditos incluye, entre otras, ...”.

59. No obstante, otros opinaron que, en lugar de incorporar la expresión “financiación por cesión de créditos” y definirla en el texto del proyecto de Convención, se hiciera referencia a ella en el comentario. A ese respecto, sin embargo,

se expresó la preocupación de que la referencia tendría mucho menos relieve y valor, pues el comentario no tendría la misma categoría que el texto mismo de la Convención.

60. Sin embargo, otros estimaron que debería incorporarse la definición de financiación por cesión de créditos en el preámbulo. No obstante, la opinión general era que el mantener la referencia a la expresión “financiación por cesión de créditos” tanto en el título como en el preámbulo, al no haberse incluido tal referencia en el proyecto de artículo 1, podría producir incertidumbre en cuanto al ámbito de aplicación del proyecto de Convención. Se dijo que la falta de coherencia entre el título y el preámbulo, por una parte, y el proyecto de artículo 1, por la otra, no haría sino acentuarse si la definición de financiación por cesión de créditos se incorporara también en el preámbulo, o se mantuviera en las definiciones.

61. En un intento por resolver esa falta de coherencia, se propuso una revisión del título y del preámbulo. Con respecto al título, se sugirió enmendarlo para que dijera “Proyecto de Convención sobre la cesión de créditos” o “Proyecto de Convención sobre la cesión de créditos en el comercio internacional”. En cuanto al preámbulo, se revisaría a fin de que dijera lo siguiente:

“Los Estados contratantes,

“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 amistosas entre los Estados,

“Considerando los problemas creados por la incertidumbre en lo relativo al contenido y la elección del régimen jurídico aplicable a las cesiones de crédito en el comercio internacional,

“Deseosos de establecer principios y adoptar normas relativos a la cesión de créditos que creen certidumbre y transparencia y fomenten la modernización del derecho sobre la financiación por cesión de créditos, incluso, entre otras, las cesiones utilizadas en el facturaje, la venta de créditos documentarios, la bursatilización, la financiación del propio proyecto y la refinanciación, y protejan al mismo tiempo las prácticas vigentes en materia de cesión de créditos y faciliten el desarrollo de nuevas prácticas,

“Deseosos asimismo de asegurar la adecuada protección de los intereses del deudor en caso de cesión de créditos,

“Abrigando el parecer de que la adopción de un régimen uniforme para la financiación por cesión de créditos facilitará el desarrollo del comercio internacional y favorecerá la disponibilidad de créditos a un tipo de interés más fácilmente pagadero,”

62. Se señaló que, si el Grupo de Trabajo aprobaba las modificaciones propuestas del título y el preámbulo, la definición de “financiación por cesión de créditos” sería superflua y, en consecuencia, habría que enmendar el proyecto de artículo 14 3) a fin de reemplazar la expresión “práctica de financiación por cesión de créditos” por la expresión “práctica de cesión”.

63. Se expresó la preocupación de que la revisión del título del proyecto de Convención podría exceder el mandato encomendado al Grupo de Trabajo. Se recordó que el mandato

conferido al Grupo de Trabajo consistía en preparar un texto legislativo uniforme, cuyo propósito principal sería eliminar los obstáculos a la financiación por cesión de créditos que se derivaban de la incertidumbre respecto de la validez y el efecto jurídico de la cesión de créditos en el comercio internacional⁸. El criterio aplicado por el Grupo de Trabajo, según el cual, si bien el principal foco de atención del proyecto de Convención serían las transacciones financieras, no deberían quedar excluidas otras transacciones conexas (A/CN.9/420, párrs. 41 a 43; A/CN.9/432, párrs. 14 a 18, y A/CN.9/434, párr. 18), no era incompatible con el mandato conferido por la Comisión al Grupo de Trabajo. Como el Grupo de Trabajo ya había adoptado la decisión sobre el ámbito de aplicación del proyecto de Convención, la propuesta que se examinaba era simplemente un intento de hacer coincidir el título con el ámbito de aplicación del proyecto de Convención.

64. El Grupo de Trabajo no tomó una decisión definitiva con respecto a las propuestas de enmienda del título y el preámbulo. La opinión general era que el debate debía continuar en un futuro período de sesiones, tras haber considerado cuidadosamente la propuesta y haber realizado las consultas del caso. Aunque se reconoció que los cambios propuestos resolverían la falta de coherencia reconocida entre el título, el preámbulo y el ámbito de aplicación del proyecto de Convención, se expresó preocupación acerca de la ampliación del ámbito de aplicación. Se manifestó que si el ámbito de aplicación se ampliara, las disposiciones sobre exclusiones del ámbito cobrarían más importancia.

65. Tras debatir la cuestión, el Grupo de Trabajo decidió mantener el inciso *d*) entre corchetes e incluir las propuestas de revisión del título y el preámbulo también entre corchetes, a fin de continuar el examen de la cuestión en un futuro período de sesiones.

Inciso e)

66. Se recordó que la definición de la expresión “escrito” que se daba en el inciso *e*) era una combinación de las definiciones de “escrito” y de “firma” que figuraban en los artículos 6 y 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. De conformidad con el proyecto de Convención, se exigía un escrito firmado para la cesión, para el aviso de la cesión y para el acuerdo del deudor de no oponer excepciones frente al cesionario. Se expresó la opinión de que, como cuestión de redacción, tal vez fuera necesario aclarar más la utilización en el proyecto de Convención de la terminología sacada de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (por ejemplo, los conceptos de “expedidor” y “destinatario de la comunicación”).

67. Como cuestión de fondo, se expresaron dudas acerca de si el concepto de “escrito firmado” definido en el inciso *e*) era un requisito formal apropiado para todos los casos en que, de conformidad con el proyecto de Convención, se requería un “escrito”. Se dieron ejemplos de situaciones prácticas (especialmente en la industria del facturaje) en que, normalmente, las cesiones se hacían sin que las partes en la transacción estuvieran sujetas a requisitos de firma. Sin embargo, se expresó la opinión de que, si bien podría ser inapropiado establecer requisitos formales entre cedentes y cesionarios, podría necesitarse algún tipo de autenticación en

⁸Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17)*, párrs. 374 a 381.

el contexto del aviso de la cesión a los deudores y, en términos más generales, en la esfera de la protección del deudor, en que el deudor podría legítimamente esperar cierto grado de autenticidad de las comunicaciones que recibiera (por ejemplo, aviso de la cesión o instrucciones de pago). Se dijo que el texto del inciso *e*) podría constituir un compromiso aceptable entre el deseo de reducir el formalismo y la necesidad de conservar la seguridad de las transacciones.

68. Se convino en que la necesidad de contar con mayores seguridades sobre la autenticidad de las comunicaciones se podría apreciar en forma diferente dependiendo del contexto en que se hiciera la referencia a un “escrito” y del tipo de relación contractual de que se tratara. La opinión general era que, si bien la exigencia del equivalente de una firma podría ser perjudicial para la práctica establecida en el contexto del proyecto de artículo 9 (forma de la cesión), o superflua en el contexto del proyecto de artículo 5 *f*) (notificación de la cesión), sería más apropiada en el contexto del proyecto de artículo 20 (acuerdo de no oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación). No obstante, se manifestó la inquietud de que dicha exigencia interfiriese con las prácticas existentes en algunos países. Tras debatir la cuestión, el Grupo de Trabajo decidió que en el inciso *e*) se debían recoger las dos nociones separadas de “escrito” y “escrito firmado”. Se decidió además que sólo se debía exigir un “escrito firmado” en el caso de que el deudor acordara no oponer excepciones frente al cesionario. En esa inteligencia, el Grupo de Trabajo aprobó el inciso *e*) y lo remitió al grupo de redacción para que se ocupara de su enunciado preciso.

Inciso f)

69. El debate se centró en la cuestión de si, como condición de su validez, el aviso de una cesión debía incluir necesariamente instrucciones de pago. La opinión general era de que no existía un vínculo lógico evidente entre dar aviso de la cesión al deudor, por una parte, e “identificar a la persona a la que, o por cuya cuenta o a cuya dirección, el deudor esté obligado a efectuar el pago”, por la otra. Se dijo que, si se da aviso al deudor de una cesión (lo que significa sencillamente que el deudor no debe seguir pagando al cedente) y éste no recibe instrucciones de pago, normalmente podría (con arreglo a la legislación aplicable fuera del ámbito del proyecto de Convención) cumplir su obligación de pago efectuando el pago a un tribunal o a una entidad pública establecida para el propósito de recibir tales pagos. Además, se observó que si se condicionaba la validez del aviso a la inclusión de instrucciones de pago se desconocería la rápida evolución de las prácticas según las cuales se daba aviso de la cesión sin que se hubieran dado instrucciones específicas de pago.

70. Se hicieron sugerencias con vistas a limitar el efecto de la referencia a instrucciones de pago en el inciso *f*). Una de ellas era que la inclusión de instrucciones de pago en el aviso de la cesión fuera solamente facultativa. Otra propuesta era que se calificara la referencia a instrucciones de pago con las palabras “si procede” o “si es necesario”. Una tercera sugerencia era que se agregara al inciso *f*) una frase del tenor siguiente: “Si no se especifica la identidad de la persona a la cual el deudor está obligado a efectuar el pago, éste se hará al cesionario”. La opinión preponderante, no obstante, era que debía suprimirse la referencia a instrucciones de pago (“y de la persona a la que, o por cuya cuenta o a cuya dirección, el deudor esté obligado a efectuar el pago”).

71. Tras debatir la cuestión, el Grupo de Trabajo decidió que no debía incluirse una referencia a instrucciones de pago en el inciso *f*). A reserva de esa modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el inciso *f*) y lo remitió al grupo de redacción, en la inteligencia de que la aplicación de este inciso en el contexto del proyecto de artículo 18 (pago liberatorio del deudor) debería examinarse más adelante.

Inciso g)

72. Se consideró que el fondo del inciso *g*) era aceptable en términos generales. Como cuestión de redacción, la opinión general era de que en la definición de “administrador de la insolvencia” se debería incluir una referencia a la existencia de un procedimiento de insolvencia. Se dijo que esa enmienda era necesaria para que hubiera coherencia entre el texto del proyecto de Convención y el de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (artículo 2 *d*)). A reserva de esa enmienda, el Grupo de Trabajo aprobó el inciso *g*) y lo remitió al grupo de redacción.

Inciso h)

73. Se sugirió revisar el inciso *h*) a fin de incluir en la definición de “procedimiento de insolvencia” las sindicaturas administrativas y las liquidaciones voluntarias. Se opusieron objeciones a la sugerencia sobre la base de que la liquidación voluntaria podría adoptar muchas formas diferentes que no debían incluirse en el ámbito de la definición. La opinión general era de que el Grupo de Trabajo debía adoptar la definición de “procedimiento de insolvencia” utilizada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (artículo 2 *a*)). Se dijo que esa definición había sido cuidadosamente enunciada a fin de tener en cuenta las diferencias entre las leyes sobre insolvencia de los Estados miembros. Tras debatir la cuestión, el Grupo de Trabajo aprobó, en sustancia, el inciso *h*) sin modificaciones y lo remitió al grupo de redacción.

Inciso i)

74. El Grupo de Trabajo aprobó el inciso *i*) y lo remitió al grupo de redacción.

Incisos j) y k)

75. El Grupo de Trabajo recordó su decisión de mantener entre corchetes el texto de los incisos *j*) y *k*) (véase el párrafo 37).

Inciso l)

76. Se expresó la opinión de que no debía permitirse a las partes de un contrato de cesión especificar un momento de la cesión anterior al momento de la celebración del contrato, pero que debía permitírseles especificar un momento posterior. Como cuestión de redacción, se observó que el inciso *l*) no establecía con suficiente claridad que el momento especificado por las partes era el momento en el cual se producía la transferencia.

77. Se expresó una opinión contraria en favor de la plena autonomía de la voluntad de las partes, a saber, que debía permitirse también a las partes convenir en que la transferen-

cia tuviera efecto retroactivo, a condición de que no resultaran perjudicados los derechos de terceros. En respuesta, se señaló que la autonomía de la voluntad de las partes estaba suficientemente reconocida en el proyecto de artículo 6, a reserva de los derechos de terceros. En consecuencia, se propuso suprimir la referencia a la autonomía de la voluntad de las partes en el inciso *l*), de manera que la definición dijera lo siguiente: “Se entenderá por ‘momento de la cesión’ el momento de la celebración del contrato de cesión”. En apoyo de esa sugerencia, se señaló que el momento de la celebración del contrato de cesión era un hecho y no algo que determinaban las partes, al contrario de los efectos de la cesión, que las partes podían determinar libremente, a reserva de los derechos de terceros.

78. Tras debatir la cuestión, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el inciso *l*) en su totalidad y reemplazar las referencias al “momento de la cesión” en el proyecto de Convención por una referencia al “momento de la celebración del contrato de cesión”. El asunto fue remitido al grupo de redacción.

Artículo 6. *Autonomía de la voluntad de las partes*

79. El texto del proyecto de artículo 6 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“El cedente, el cesionario y el deudor podrán decidir mediante acuerdo modificar o apartarse de las disposiciones de la presente Convención referentes a sus respectivos derechos y obligaciones. Tal acuerdo no afectará a los derechos de ninguna persona que no sea parte en el acuerdo.”

80. Se recordó que el propósito del proyecto de artículo 6 era dar un amplio reconocimiento al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, sin por ello injerirse en los derechos de terceros. En cuanto a saber a qué partes podía referirse el concepto de “terceros”, se explicó que, típicamente, en un acuerdo entre el cedente y el cesionario los “terceros” eran el deudor, los acreedores del cedente y el administrador de la insolvencia. En un acuerdo entre el cedente y el deudor, los “terceros” eran el cesionario, los acreedores del cedente y el administrador de la insolvencia. Se recordó también que los acuerdos entre el cesionario y el deudor no estaban incluidos en el proyecto de Convención. En este entendimiento, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 6 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 7. *Protección del deudor*

81. Se observó que el principio general enunciado en el proyecto de artículo 7 estaba recogido en el preámbulo, y que este proyecto de artículo se había trasladado al comienzo de la sección II del capítulo IV, relativa a los derechos y las obligaciones del deudor (proyecto de artículo 17 *ter*; véanse los párrafos 21 y 168 a 176). El Grupo de Trabajo aprobó el procedimiento.

Artículo 8. *Principios de interpretación*

82. El texto del proyecto de artículo 8 examinado por el Grupo de Trabajo 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 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 habrán de ser dirimidas de conformidad con los principios generales en que se inspira la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado [de la presente Convención.

“3) Las cuestiones relativas a los asuntos regidos por los artículos 9, 17 *bis*, 19 2), 23 y 24 y 29 a 33 que no estén expresamente reguladas en esos artículos deberán dirimirse de conformidad con los principios generales en que se basen o, a falta de tales principios, de conformidad con el derecho aplicable en virtud de las reglas de derecho internacional privado del Estado del foro.]”

Párrafo 1)

83. El Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 1) sin ninguna modificación.

Párrafos 2) y 3)

84. Se señaló que la finalidad del párrafo 3) era subsanar omisiones en las disposiciones de derecho internacional privado del proyecto de Convención, basándose en los principios de derecho internacional privado en que se inspiraba el proyecto de Convención, y en ausencia de dichos principios, basándose en las normas de derecho internacional privado del Estado del foro.

85. Se estimó en general que el texto entre paréntesis de los párrafos 2) y 3) no era necesario e incluso podría crear incertidumbres, ya que no estaba claro a qué principios se refería. Se afirmó que el proyecto de artículo 8 se inspiraba en el artículo 7 de la Convención sobre la Compraventa, que se ocupaba adecuadamente de la cuestión y no precisaba cambio alguno. Además, se observó que la referencia del párrafo 2) a las disposiciones de derecho internacional privado del proyecto de Convención sería inadecuada en el caso de un Estado que no fuera parte contratante. Después de debatir la cuestión, el Grupo de Trabajo decidió que se suprimiesen los textos entre corchetes del párrafo 2) y del párrafo 3). Con estas modificaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 2).

Capítulo III. Efectos de la cesión

Artículo 9. *Forma de la cesión*

86. El texto del proyecto de artículo 9 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) De no estar consignada por escrito, la cesión no será válida [frente a terceros], a menos que:

“a) La cesión sea efectuada de conformidad con un contrato entre el cedente y el cesionario que esté documentado por un escrito en el que se describan los créditos cedidos; o que

“b) La ley del Estado en que se encuentre el cedente en el momento de la cesión disponga otra cosa.

“2) A menos que se acuerde otra cosa, toda cesión de uno o más futuros créditos tendrá validez sin que se requiera un nuevo escrito cada vez que nazca un crédito.”

Párrafo 1)

87. Se observó que el párrafo 1) trataba de la validez de las cesiones no consignadas por escrito, o sea, la validez de las cesiones verbales. Se recordó que en anteriores períodos de sesiones el Grupo de Trabajo había señalado la radical diferencia existente entre los Estados cuya legislación preveía que la cesión debía consignarse por escrito y los que reconocían la validez de las cesiones verbales (A/CN.9/432, párrs. 82 a 86, y A/CN.9/434, párrs. 102 a 106). Las disposiciones del párrafo 1) reflejaban la voluntad de establecer un requisito mínimo con respecto a la forma de la cesión, al tiempo que se mantenía un compromiso viable entre los procedimientos seguidos por estas dos clases de Estados (A/CN.9/445, párrs. 201 a 203). Recordando su decisión acerca del significado de “por escrito” (véase el párrafo 68), el Grupo de Trabajo basó sus debates en el supuesto de que la expresión “por escrito”, del párrafo 1), debía entenderse como una referencia al artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (o sea, sin ningún requisito de firma o autenticación).

88. En cuanto a la finalidad y el alcance del párrafo 1), se convino en general que esta disposición no tenía por objeto establecer un requisito general de forma, cuya no observancia afectase a la validez de la cesión. Se dijo que la finalidad del párrafo 1) era simplemente proteger a terceros en situaciones en que se hubiera efectuado una cesión verbal. Por consiguiente, se estimó en general que quizás hiciera falta una expresión como “frente a terceros”, u otra similar. A este respecto se sugirió que, si se mantuviera el párrafo 1), el título del proyecto de artículo 9 quizá debiera cambiarse para indicar con más claridad que el objeto del proyecto de artículo era la protección de terceros y las cesiones verbales. Se señaló que tal vez debiera modificarse también el título del capítulo.

89. En lo relativo al inciso a) se indicó que, si el requisito de forma se refería a la validez de las cesiones verbales frente a terceros, convendría mantener una referencia a la descripción de los créditos (descripción que se consideraba innecesaria entre las partes en la cesión). Se señaló, no obstante, que el requisito de que los créditos cedidos “se describieran” en el escrito que documentase la cesión podría no ser una norma viable, sobre todo en el caso de la cesión de créditos futuros. Se propuso sustituir la expresión “un escrito en el que se describan los créditos cedidos” por la siguiente, u otra similar: “un escrito en el que se identifiquen razonablemente los créditos cedidos”.

90. Dado el carácter minimalista de los requisitos de forma del inciso a) (que se refería a un escrito sin firmar), se expresó la opinión de que el inciso b) no era necesario, ya que era difícil suponer que una ley nacional estipulara un requisito aún menos estricto. No obstante, preocupaba la posibilidad de que la supresión del inciso b) invalidase las cesiones en los Estados que no requiriesen una consignación escrita (o donde la consignación escrita guardase relación con el acto

de una parte, pero no necesariamente con el contrato en su totalidad), resultado que podría resultar lesivo para los derechos de terceros. En respuesta a estas indicaciones, se señaló que el párrafo 1) versaba principalmente sobre la validez lesiva de una cesión frente a terceros, que también era el objeto de los proyectos de artículo 23 y 24. En cuanto a los requisitos de forma entre el cedente y el cesionario, se observó que esta cuestión se trataba en el proyecto de artículo 6. Por otra parte, de los requisitos de forma frente al deudor se señaló que se ocupaba el proyecto de artículo 16. Los demás requisitos previstos en las leyes nacionales no eran reemplazados por el proyecto de Convención. Por tanto, se sugirió que se suprimieran los incisos a) y b).

91. Se afirmó que no había inconveniente en retener los incisos a) y b), mientras que su supresión podría acarrear consecuencias imprevisibles. No obstante, prevaleció la opinión de que si se retenía el inciso b), el inciso a) no alcanzaría su objetivo previsto, o sea, establecer por lo menos un requisito mínimo de consignación por escrito de las cesiones. Se afirmó que el párrafo 1) no preveía ningún requisito mínimo para las transacciones consignadas por escrito, ya que, la fórmula inicial del párrafo 1) excluía dichas cesiones; en cuanto a las cesiones verbales, el efecto del inciso b) era dar preferencia a la ley del Estado del cedente, que quizás no previera ningún requisito de este tipo. Tras debatir la cuestión, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el párrafo 1).

Párrafo 2)

92. Se expresó un amplio apoyo por el principio enunciado en el párrafo 2), de que un acto era suficiente para transferir varios créditos existentes o futuros. Tras debatir la cuestión, el Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 2) y lo remitió al grupo de redacción para que decidiese su formulación y su colocación en el texto.

Artículo 10. *Efecto de la cesión*

93. El texto del proyecto de artículo 10 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“A reserva de lo dispuesto en los artículos 23 y 24, una cesión de uno o más créditos existentes o futuros y de partes de créditos o derechos indivisos sobre créditos será válida si

“a) Los créditos son especificados individualmente como créditos objeto de la cesión; o si

“b) Los créditos pueden identificarse como créditos objeto de la cesión en el momento acordado por el cedente y el cesionario y, en ausencia de tal acuerdo, en el momento en que nazcan los créditos.”

94. Se señaló que el propósito principal del proyecto de artículo 10 era validar las cesiones de futuros créditos, créditos globales y créditos parciales entre el cedente y el cesionario y frente al deudor, pero no frente a terceros. A fin de indicar más claramente el propósito del proyecto de artículo 10, se convino en que se hiciera referencia en el título a la “validez” de los tipos de cesión mencionados en el proyecto de artículo 10. En cuanto a la forma en que quedaría reflejada mejor la finalidad del proyecto de artículo 10 en el

texto del proyecto, se declaró que tal vez hubiera sido más adecuado utilizar, en el texto inglés, la palabra “*validity*”, ya que, en muchos sistemas jurídicos, la palabra “*effectiveness*” se empleaba para señalar los efectos frente a terceros. En respuesta, se observó que era preferible emplear la palabra “*effectiveness*” en la medida en que reflejaba el concepto de una transferencia de derechos de propiedad. Además, se indicó que la palabra “*validity*” no se entendía universalmente de la misma manera.

95. Se señaló que las palabras iniciales de la introducción del artículo 10 (“A reserva de lo dispuesto en los artículos 23 y 24”), que también figuraban en la introducción del párrafo 1) del proyecto de artículo 11, tenían por finalidad garantizar que los proyectos de artículo 10 y 11 no afectaran a los derechos de terceros, ya que, sin esas palabras, el proyecto de artículo 10 podría dar a entender que se daba validez a la primera cesión y se invalidaba toda cesión ulterior de los mismos créditos por parte del mismo cedente, y podría entenderse que el proyecto de artículo 11 establecía una norma para tratar la validez de la cesión frente a terceros, incluido el administrador de la insolvencia del cedente (por ejemplo, los créditos nacidos después de la apertura de un procedimiento de insolvencia podrían retirarse de la masa de la quiebra o quedar sujetos a un derecho de garantía, si la cesión hubiera tenido lugar antes de abrirse el procedimiento de insolvencia).

96. No obstante, también se observó que las palabras iniciales del proyecto de artículo 10 podrían tener como consecuencia imprevista que la validez de la cesión de futuros créditos o de créditos globales quedara totalmente en manos de la ley aplicable en virtud de los proyectos de artículo 23 y 24. A fin de evitar ese resultado imprevisto, el Grupo de Trabajo decidió suprimir las palabras iniciales de los proyectos de artículo 10 y 11. Se dijo que un enfoque de esa naturaleza no daría la impresión de que esos proyectos de artículo 10 y 11 trataban de los derechos de terceros, considerando en su totalidad el proyecto de Convención. Además, se señaló que el resultado más bien sería que el proyecto de Convención validaría esas cesiones, como cuestiones de derecho civil o mercantil, dejando que otra ley regulase los problemas concretos que se plantearan sobre su validez (por ejemplo, la invalidación de una cesión efectuada durante el período sospechoso que precede a la apertura de un procedimiento de insolvencia por considerarse una transferencia fraudulenta o preferencial). En lo que se refiere a la cuestión de si sería necesario aclarar más la cuestión en los proyectos de artículo 23 y 24, el Grupo de Trabajo aplazó la adopción de una decisión final hasta haber completado su examen del proyecto de Convención.

97. Se manifestó apoyo general a los principios recogidos en los incisos *a)* y *b)*. En cuanto a su formulación específica, se hicieron una serie de sugerencias. Una de ellas fue la de sustituir en el inciso *a)* la palabra “especificados” por la palabra “descritos” para que el proyecto de Convención evitara invalidar prácticas en las que fuera demasiado elevada la norma de “especificación” de los créditos cedidos. Otra sugerencia fue la de que en el inciso *b)* no era necesaria la referencia al acuerdo de las partes, teniendo en cuenta el reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de las partes consagrada en el artículo 6. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 10 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 11. *Momento en que se transfieren los créditos*

98. El texto del proyecto de artículo 11 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) A reserva de lo dispuesto en los artículos 23 y 24,

“*a)* Todo crédito que no sea un futuro crédito será transferido en el momento de efectuarse la cesión;

“*b)* Se entenderá que todo futuro crédito se transfiere en el momento de efectuarse la cesión.

“2) Si un Estado hace una declaración en virtud del artículo 43, el párrafo 1) estará sujeto a la regla de prelación mencionada en la declaración [en vez de los artículos 23 y 24].”

99. Se señaló que el propósito del proyecto de artículo 11 era establecer el momento de la transferencia de los créditos existentes y futuros créditos, entre el cedente y el cesionario, así como frente al deudor, pero no frente a terceros. Además, se señaló que, de acuerdo con la decisión adoptada respecto de las palabras iniciales del proyecto de artículo 10 (véase el párrafo 96), se deberían suprimir las palabras introductorias del proyecto de artículo 11 y en el párrafo 2). Además, se señaló que, teniendo en cuenta la decisión del Grupo de Trabajo de suprimir el inciso *l)* del proyecto de artículo 5 (véase el párrafo 78), la referencia al momento de cesión en el proyecto de artículo 11 debería sustituirse por una referencia al momento de la celebración del contrato de cesión.

100. Se manifestaron opiniones divergentes acerca de si debería mantenerse el proyecto de artículo 11. Según una opinión, el proyecto de artículo 11 no tenía utilidad alguna y debía suprimirse. Se manifestó que el cedente y el cesionario podían determinar el momento de la transferencia de los créditos cedidos entre sí sobre la base del proyecto de artículo 6. Además, se señaló que el proyecto de artículo 10 era suficiente al disponer que la cesión era válida frente al deudor incluso antes de la notificación, en tanto que el deudor estaba suficientemente protegido mediante las defensas establecidas en el proyecto de artículo 18. Además, se observó que el momento de la transferencia frente a terceros quedaba, de acuerdo con los artículos 23 y 24, sometida a la legislación del lugar en que se encontrara el cedente.

101. No obstante, prevaleció la opinión de que el proyecto de artículo 11 era útil al proporcionar una norma general flexible respecto al momento de la transferencia de los créditos cedidos. Además, se señaló que el proyecto de artículo 11 aclaraba que las partes podían especificar que sus contratos surtían efecto en un momento ulterior. A este respecto, se observó que, si bien las partes no podían modificar el momento de la celebración del contrato de cesión, deberían poder modificar el momento de la transferencia de los créditos entre ellas y frente al deudor o terceros. Se señaló que, aunque era evidente que esa facultad existía por lo que respecta a la relación entre el cedente y el cesionario sobre la base del proyecto de artículo 6, no estaba claro si existía con respecto al deudor o a terceros. También se dijo que se debía mantener la facultad de cedente y cesionario de establecer un momento diferente de transferencia frente al deudor y otros terceros y, al mismo tiempo, limitarla a que el cedente y el cesionario pudieran establecer un momento de transferencia ulterior al momento de la celebración del contrato de cesión. De esa manera, se atenderían las necesidades del cedente y

del cesionario sin afectar indebidamente a los derechos de terceros. Además, se destacó que el proyecto de artículo 11 era útil para aclarar el significado de otras disposiciones pertinentes, como los proyectos de artículo 6, 10, 18, 23 y 34.

102. En el curso del debate, se observó que, habida cuenta de que se define la “cesión” como una transferencia y el proyecto de artículo 10 hace referencia a la validez de la cesión, sería más apropiado hacer referencia en el título del proyecto de artículo 11 al “momento de la cesión”.

103. A reserva de los cambios mencionados en los párrafos 99, 101 y 102, el Grupo de Trabajo aprobó lo esencial del proyecto de artículo 11 y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 12. *Limitaciones contractuales de la cesión*

104. El texto del proyecto de artículo 12 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) La transferencia de un crédito al cesionario tendrá lugar pese a todo acuerdo entre el cedente y el deudor, o, en el caso de una cesión subsiguiente, entre el cedente inicial o cualquier cedente ulterior y el deudor o cualquier cesionario subsiguiente, por el que se limite de alguna manera el derecho del cedente a ceder sus créditos.

“2) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la obligación o responsabilidad eventual del cedente por incumplimiento de tal acuerdo. La persona que no sea parte en el acuerdo no será responsable en virtud del mismo por su incumplimiento.

“[3] El presente artículo no será aplicable a las cesiones de créditos nacidos de acuerdos de préstamos, cuentas de depósito, garantías independientes y cartas de crédito contingente, contratos celebrados con fines personales, domésticos o familiares, y contratos de compras públicas.]”

105. Se dijo que el propósito principal del artículo 12 era dar validez a la cesión hecha a pesar de la existencia de cláusulas contrarias a ella, dando así prelación al cesionario frente a los acreedores del cedente en caso de incumplimiento de este último y permitiendo al cesionario cobrar directamente al deudor. También se señaló que el principio en que se apoya esta norma es que es mejor para todos reducir el costo de examinar los contratos para cerciorarse de que no contengan cláusulas que prohíban la cesión, en lugar de proteger al deudor para que no tenga que efectuar el pago a alguien que no sea el acreedor original (cedente).

Párrafo 1)

106. El contenido del párrafo 1) se consideró aceptable en general. En cuanto a la referencia a las cesiones subsiguientes, se acordó que debía limitarse a la identificación de las partes que pactaran una cláusula contraria a la cesión (es decir, las partes en el contrato original o las partes en la cesión inicial o subsiguiente). Tras un debate, el Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 1) y lo remitió al grupo de redacción.

Párrafo 2)

107. Se dijo que el propósito del párrafo 2) era dejar a salvo, sin extenderla al cesionario, la responsabilidad del cedente frente al deudor, en virtud de normas ajenas al proyecto de

Convención, por el incumplimiento de una cláusula contraria a la cesión. Se dijo también que el párrafo 2) no apuntaba a resolver la cuestión de la posible responsabilidad extracontractual del cesionario en el caso, por ejemplo, de que éste indujera al cedente a ceder un crédito en contra de una cláusula que prohibiera la cesión con el propósito de perjudicar los intereses del deudor u otra parte. Sin embargo, se dijo al respecto que podía exigirse la responsabilidad extracontractual del cesionario que hubiera actuado dolosamente, y que el mero conocimiento de la existencia de una cláusula contraria a la cesión no bastaba para originar la responsabilidad del cesionario, pues ello disuadiría a posibles cesionarios e iría en contra del objetivo principal del proyecto de Convención, que era fomentar el crédito a menor costo. El Grupo de Trabajo apoyó en general el principio incorporado en el párrafo 2) y, tras un debate, lo aprobó sin cambios.

Párrafo 3)

108. Se dijo que el propósito principal del párrafo 3) era establecer una norma expresa de protección del deudor según la cual, en el caso de una limitación contractual de la cesión, aunque la cesión sería eficaz entre el cedente (y sus acreedores) y el cesionario, no lo sería frente al deudor. En virtud de esa norma, ciertos deudores tendrían la facultad de cumplir su obligación pagando al cedente a pesar de la existencia o notificación de una cesión. Se cuestionó la conveniencia de enumerar a los deudores que quedaban exentos de lo dispuesto en el párrafo 1). Otras soluciones propuestas consistían en remitirse a las exclusiones enumeradas en el artículo 4 1) o las que se hicieran por declaración del Estado, de conformidad con el artículo 4 2) del proyecto.

109. Se criticó la solución ofrecida en el párrafo 3), consistente en enumerar las prácticas financieras que debían quedar excluidas del proyecto de Convención, porque toda enumeración sería necesariamente incompleta habida cuenta de la rápida evolución de dichas prácticas y porque podía influir indebidamente en la evolución de éstas. Como ejemplos de otras prácticas financieras que tal vez convenía excluir del ámbito de aplicación del proyecto de artículo 12, se citaron las permutas financieras y los pactos de recompra o de dobles. La otra solución que se propuso (establecer una norma abierta en la que se describieran esas prácticas financieras en términos suficientemente generales para incluir las prácticas actuales y su evolución) no se consideró viable porque era difícil describir con la precisión suficiente unas prácticas heterogéneas y que cambiaban con rapidez. Con respecto a las distintas prácticas enumeradas en el párrafo 3) se dijo que la terminología empleada tal vez no fuera bastante clara.

“Acuerdos de préstamos, cuentas de depósito”

110. En relación con los “acuerdos de préstamos”, se explicó que el propósito de su inclusión era reconocer la práctica de la sindicación de préstamos, por la cual sólo era posible la cesión si las cláusulas del acuerdo de préstamo la autorizaban. Sin embargo, la opinión predominante fue que cabía interpretar que la expresión “acuerdos de préstamos” comprendía acuerdos tan diversos como los préstamos de divisas o los descuentos de créditos. En cuanto a las “cuentas de depósito”, la opinión general fue que el concepto mismo y el régimen jurídico aplicable a ellas podían variar notablemente según los países.

111. El Grupo de Trabajo decidió, previo debate, que en lugar de tratar de establecer una lista de las prácticas financieras que debían excluirse del ámbito de aplicación del artículo 12, se tuvieran en cuenta esas prácticas cuando se examinaran las disposiciones del proyecto de Convención relativas a la protección del deudor. No obstante, se expresaron dudas acerca de que poderosos deudores que normalmente serían partes en esas operaciones financieras tuvieran necesidad de un mecanismo específico de protección. Se decidió además tener en cuenta las prácticas financieras al examinar el artículo 4 en el siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase el párrafo 49). Se decidió suprimir del párrafo 3) la referencia a los “acuerdos de préstamos” y a las “cuentas de depósito”.

“Garantías independientes y cartas de crédito contingente”

112. Se recordó que las garantías independientes y las cartas de crédito contingente se habían incluido en el párrafo 3) en virtud del principio comúnmente aceptado en esas prácticas de que el garante o dador de una garantía independiente no está obligado a pagar contra su voluntad a alguien distinto del beneficiario (véanse, por ejemplo, los artículos 10 y 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, en lo sucesivo denominada Convención sobre Garantías y Cartas de Crédito Contingente). Se dijo, no obstante, que había que distinguir entre la cesión del derecho a exigir el pago (artículo 9 de la Convención sobre Garantías y Cartas de Crédito Contingente), que sólo era posible si estaba autorizada en la garantía, y la cesión del producto (artículo 10 de la Convención sobre Garantías y Cartas de Crédito Contingente), que era posible salvo que en la garantía se estipulara lo contrario. Considerando que el producto (y no el derecho a exigir el pago) debía ser considerado el crédito en las garantías independientes o cartas de crédito contingente, se afirmó que no había riesgo de conflicto entre la Convención en la materia y el proyecto que preparaba el Grupo de Trabajo. Tras el debate, el Grupo de Trabajo decidió suprimir la referencia a las “garantías independientes y cartas de crédito contingente”.

“Contratos celebrados con fines personales, domésticos o familiares”

113. Se preguntó cuál era la posible relación entre la exclusión de las cesiones hechas con fines de consumo, por ejemplo, personales, familiares o del hogar, estipulada en el artículo 4, y la exclusión de las cesiones de créditos nacidos de contratos de consumo, estipulada en el artículo 12 3) del proyecto. En respuesta, se explicó que el propósito del artículo 4 era excluir las cesiones hechas para fines de consumo pero no la cesión de créditos de consumo, mientras que el del artículo 12 era invalidar la cesión de un crédito de consumo exclusivamente frente al deudor-consumidor. Se recordó que el objetivo del proyecto de Convención era fomentar el crédito a costo más bajo. La opinión general fue que al excluir la cesión de créditos de consumo del ámbito de aplicación del artículo 12 del proyecto se podía limitar innecesariamente el acceso de los consumidores a esos créditos.

114. En cuanto a las razones por las cuales el párrafo 3) apuntaba a invalidar la cesión de los créditos de consumo frente a los deudores-consumidores, se dijo que, por ejem-

plo, en el caso de la titularización de préstamos hipotecarios, la cesión hecha frente al deudor-consumidor podía aumentar materialmente el riesgo impuesto a éste (por ejemplo, si la caja de ahorros local cedía el préstamo hipotecario a un prestamista extranjero, que podía ser más hostil a la hora de reclamar las cantidades pendientes o de aplicar tipos de interés variables). Si bien convino en que esas razones justificaban que se prestara atención especial a la protección de los deudores-consumidores en los artículos del proyecto relativos a la protección del deudor, no justificaban, de acuerdo con la opinión general, que se invalidaran las cesiones de créditos de consumo frente a los deudores-consumidores. Se dijo que la mayoría de los contratos de consumo eran contratos de adhesión en los que normalmente no se incluían cláusulas contrarias a la cesión. De ahí la escasa eficacia práctica de invalidar las cláusulas contrarias a la cesión en los contratos de consumo. Tras el debate se decidió que debía suprimirse la expresión “contratos celebrados con fines personales, domésticos o familiares”.

“Contratos de compras públicas”

115. Hubo diversas opiniones en cuanto a si debía invalidarse la cesión hecha en contra de una cláusula cuando el deudor fuera el Estado. Alguien sostuvo que dicho planteamiento no sería adecuado. Se dijo que, una vez que se aceptaba el principio establecido en el párrafo 1), no había razones de fondo para dar una protección especial a deudores poderosos. Además se observó que esa protección tal vez fuera innecesaria, ya que en todo caso los deudores públicos podían protegerse a sí mismos por ley. Por otra parte se señaló que admitir que la cesión de créditos no fuera válida frente al deudor soberano en virtud de cláusulas contrarias a la cesión podía dar el resultado no buscado de aumentar el costo del crédito para los proveedores pequeños y medianos de bienes y servicios, que tendrían aún mayores dificultades para competir con los grandes proveedores por la adjudicación de contratos públicos, puesto que los grandes proveedores solían tener otras fuentes de crédito. No obstante, prevaleció la opinión de que debía mantenerse el régimen jurídico específico de las compras públicas y otros contratos administrativos, ya que todo conflicto con ese régimen jurídico podía afectar decisivamente a la aceptación del proyecto de Convención. Además, se dijo que, de no optarse por esa solución, los deudores públicos de algunos países podían quedar sin protección, en la medida en que la no transmisibilidad de los créditos de compras públicas no naciera de la legislación sino de la jurisprudencia o los usos establecidos. Por otra parte, se dijo que la eficacia práctica de las exclusiones limitada posiblemente a la competencia entre proveedores, como se ha dicho, dependería de la proporción en que los deudores soberanos incluyeran cláusulas contrarias a la cesión en los contratos de compras públicas, y ésa era una decisión que debía quedar librada a esos deudores. Se dijo también que, aunque la cesión de los contratos de compras públicas quedaba fuera del ámbito de aplicación del proyecto de Convención, sí entraba en éste la cesión del producto de los créditos derivados de esos contratos, por lo que una norma como la del párrafo 3), que permitiera a un deudor público cumplir su obligación mediante el pago al cedente, satisfaría adecuadamente las legítimas preocupaciones de esos deudores.

116. En cuanto al alcance del párrafo 3), se indicó que, además de a la administración central, podía aplicarse a los

demás poderes públicos, incluidas las administraciones locales y las empresas públicas. Se dijo que, aunque el párrafo 3) podía aplicarse a las entidades públicas en el desempeño de funciones públicas, no debía aplicarse a sociedades mercantiles de propiedad del Estado (compañías aéreas, por ejemplo) ni a las entidades públicas que actuaran como particulares en el mercado. Se acordó incluir entre corchetes en el proyecto de Convención una disposición expresa basada en las definiciones que figuraban en la Ley Modelo de la Contratación Pública de la CNUDMI para que el Grupo de Trabajo la examinase en su próximo período de sesiones. Con esa modificación y con la supresión de las otras prácticas enumeradas en el párrafo 3), el Grupo de Trabajo aprobó éste y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 13. *Transferencia de los derechos de garantía*

117. El texto del proyecto de artículo 13 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Todo derecho personal o real que garantice el pago de un crédito cedido quedará transferido al cesionario sin necesidad de un nuevo acto de transferencia, a menos que por ley sea [independiente] [sólo transferible mediante un nuevo acto de transferencia]. Si ese derecho es por ley [independiente] [sólo transferible mediante un nuevo acto de transferencia], el cedente estará obligado a transferir al cesionario el producto de este derecho.

“2) Todo derecho que garantice el pago del crédito cedido quedará transferido en virtud del párrafo 1) a pesar de que exista un acuerdo entre el cedente y el deudor u otra persona por el que se conceda el derecho, se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder el crédito o el derecho que garantice el pago del crédito cedido.

“3) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a eventuales obligaciones o responsabilidades del cedente por incumplimiento de un acuerdo como el previsto en el párrafo 2). Toda persona que no sea parte en tal acuerdo no será responsable en virtud del mismo por su incumplimiento.

“4) El párrafo 1) del presente artículo no afectará a ningún requisito impuesto por reglas de derecho que no sean las de la presente Convención en lo relativo a la forma o al registro de la transferencia de derechos que garanticen el pago del crédito cedido.”

Párrafo 1)

118. Se señaló que el párrafo 1) tenía por objeto dejar constancia de un principio aceptado en la mayoría de los sistemas jurídicos, a saber, que los derechos de garantía accesorios estaban inextricablemente ligados al crédito que garantizaban. El apoyo a ese principio fue general. Se indicó que a menudo el valor con que más contaba quien otorgaba créditos al cedente no era el crédito en sí, sino el derecho que garantizaba el crédito.

119. En cuanto a los términos exactos en que se podría expresar la noción de derecho accesorio en el párrafo 1), se manifestó la preocupación de que la segunda fórmula entre corchetes pudiera ser ambigua, pero se convino en que era preferible, ya que dejaba librada la cuestión del carácter accesorio o independiente del derecho de garantía a normas

distintas de las establecidas en el proyecto de Convención. Con objeto de evitar cualquier ambigüedad sobre si se hacía alusión a las normas aplicables a la cesión o al derecho de garantía, se acordó que se revisara el párrafo 1) para que quedara bien claro que el carácter independiente o accesorio de un derecho de garantía se determinaría sobre la base de las normas que rigieran ese derecho. Partiendo del supuesto de que el derecho del beneficiario a exigir un pago en el caso de una garantía independiente o una carta de crédito contingente no constituía un crédito (véase el párrafo 112), el Grupo de Trabajo convino en que el cedente debía tener la obligación de ceder no sólo el producto, sino también el derecho al pago resultante de un instrumento de ese tipo. Con sujeción a esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 1) y lo remitió al grupo de redacción.

Párrafo 2)

120. Se señaló que, en consonancia con el párrafo 1) del artículo 12, el párrafo 2) apuntaba a que, en lo referente a las limitaciones contractuales de una cesión, se diera el mismo trato a un derecho de garantía que a un crédito, en el sentido de que un acuerdo que limitara el derecho del cedente a transferir un derecho de garantía no invalidaría su transferencia. Asimismo, se señaló que, en el caso de una cesión, un acuerdo de ese tipo sí daría lugar a la extinción del derecho de garantía si se trataba de un derecho de garantía accesorio, o a la imposibilidad de ceder el derecho, si se trataba de un derecho de garantía independiente.

121. Se expresó la opinión de que, si bien esa norma era procedente en los casos en que el derecho de garantía hubiera sido otorgado por el deudor, podría no serlo en aquellos en que hubiera sido otorgado por un tercero (por ejemplo, un tercero garante). Sin embargo, la opinión predominante era que la redacción del párrafo 2) era correcta. Se dijo que para el tercero sería lo mismo tener que pagar al cedente o al cesionario, ya que no variarían las condiciones con arreglo a las cuales podría tener que efectuar el pago.

122. Se expresó la opinión de que, si el tercero que ofrecía el derecho de garantía era una entidad gubernamental, en el caso de que existiera una limitación contractual de la cesión, ésta no tendría validez contra esa entidad. Se señaló que ese procedimiento sería compatible con el adoptado en el artículo 12 con respecto a los deudores que forman parte del sector público (véanse los párrafos 115 a 117).

123. Se indicó que las entidades gubernamentales que garantizaban como terceros el pago de créditos cedidos debían recibir un trato distinto al de los deudores, pero se convino en que había que eximir a esas entidades de la norma establecida en el párrafo 2). El Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 2) y lo remitió al grupo de redacción para que lo formulara debidamente e incluyera una disposición adecuada al respecto.

Párrafo 3)

124. Se señaló que, en consonancia con el párrafo 2) del artículo 12, el párrafo 3) tenía por objeto que la responsabilidad que tuviera el cedente, en virtud de normas distintas del proyecto de Convención, por el incumplimiento de una cláusula contraria a la cesión no debía verse afectada por el proyecto de Convención, pero tampoco debía hacerse extensiva al cesionario (véase el párrafo 107).

125. Asimismo, se señaló que el párrafo 3) tenía por objeto abarcar la responsabilidad que el cedente tuviera en virtud de las normas que regían el derecho de garantía por los perjuicios sufridos de resultas de la cesión por el deudor u otra persona que otorgara un derecho de posesión (por ejemplo, si las acciones dadas en garantía acabaran en manos de un cesionario extranjero, que ocasionara daños al deudor o a otra persona que otorgara el derecho de garantía (A/CN.9/434, párrs. 145 y 146)). Sin embargo, habida cuenta de las dudas expresadas sobre si esa cuestión quedaba comprendida suficientemente en el párrafo 3), se sugirió resolverla expresamente utilizando una formulación similar a la versión anterior del párrafo 3) (A/CN.9/WG.II/WP.96). Tras un debate el Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 3) sin cambios y pidió al grupo de redacción que volviera a introducir en el texto el párrafo que se había propuesto.

Párrafo 4)

126. Se señaló que el párrafo 4) tenía por objeto que no se vieran afectados los requisitos de forma impuestos por las normas que regían un derecho de garantía. Se sugirió que sería útil añadir una referencia expresa a esas normas. No obstante, el Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 4) sin modificaciones y lo remitió al grupo de redacción.

Capítulo IV. Derechos, obligaciones y excepciones

Sección I. Cedente y cesionario

Artículo 14. Derechos y obligaciones del cedente y el cesionario

127. El texto del proyecto de artículo 14 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) A reserva de lo dispuesto en la presente Convención, los derechos y las obligaciones del cedente y del cesionario dimanadas de su acuerdo serán determinados por las cláusulas y condiciones consignadas en ese acuerdo, así como por las normas o condiciones generales a que se haga remisión en él.

“2) El cedente y el cesionario quedarán obligados por los usos del comercio en que hayan convenido y, salvo acuerdo en contrario, por las prácticas establecidas entre ellos.

“3) En una cesión internacional, de no haber pactado entre ellos otra cosa, se considerará que el cedente y el cesionario le han hecho implícitamente aplicable todo uso del comercio que sea muy conocido en el comercio internacional y habitualmente observado por las partes en el tipo de práctica de financiación por cesión de créditos de que se trate.”

128. Se observó que el proyecto de artículo 14 ya había sido aprobado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/447, párrs. 17 a 24 y 161). Se expresaron ciertas dudas de que las palabras iniciales del párrafo 1), o el párrafo 1) en su totalidad, fueran necesarios, habida cuenta de que parecían incompatibles con el principio de la autonomía de las partes establecido en el proyecto de artículo 6, o por lo menos parecían repetir dicho principio. El texto del proyecto de artículo 14 se remitió al grupo de redacción con miras a garantizar la com-

patibilidad con el proyecto de artículo 6 y con las enmiendas más recientes del proyecto de Convención en lo concerniente al título del proyecto de Convención y el preámbulo (véanse los párrafos 61 a 65).

Artículo 15. Garantías implícitas del cedente

129. El texto del proyecto de artículo 15 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Salvo que el cedente y el cesionario hayan convenido en otra cosa, el cedente garantiza que, en el momento de perfeccionarse el contrato de cesión:

“a) Tiene derecho a ceder el crédito;

“b) No ha cedido anteriormente el crédito a otro cesionario; y que

“c) El deudor no puede y no podrá oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación.

“2) Salvo que el cedente y el cesionario convengan en otra cosa, el cedente no garantiza que el deudor tiene o tendrá solvencia financiera para efectuar el pago.”

130. Se observó que el proyecto de artículo 15 había sido aprobado por el Grupo de Trabajo en su 28.º período de sesiones (A/CN.9/447, párrs. 25 a 40 y 161).

Artículo 16. Derecho a dar aviso al deudor

131. El texto del proyecto de artículo 16 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) A menos que el cedente y el cesionario acuerden otra cosa, el cedente o el cesionario, o ambos, podrán enviar al deudor un aviso de la cesión y solicitar que se pague a la persona a la dirección especificada en el aviso. [No obstante, una vez recibido el aviso por el deudor sólo el cesionario podrá dar aviso al deudor y pedirle que pague a otra persona o dirección.]

“2) El aviso de la cesión o la solicitud de pago que comunique el cedente o el cesionario no carecerá de validez por la mera razón de que represente una violación de un acuerdo con arreglo al párrafo 1) del presente artículo. Sin embargo, nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla el acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.”

132. Se observó que el Grupo de Trabajo, en su 28.º período de sesiones, había aprobado en sustancia el proyecto de artículo 16 sin establecer una distinción entre un aviso y una solicitud de pago. Además, se observó que, si bien en ese período de sesiones el establecimiento de esa distinción había recibido cierto apoyo, se había objetado dicho criterio por diversas razones, entre ellas las siguientes: porque formalizaba innecesariamente una distinción que en definitiva tendría importancia práctica sólo en situaciones excepcionales, ya que los cesionarios que dieran aviso a los deudores no podían correr el riesgo de dejar duda alguna con respecto a quién debería efectuar el pago al deudor; además, podría hacer aumentar inadvertidamente el costo del crédito, si se entendía que alentaba a las partes a hacer dos “avisos”, uno de

ellos sin solicitud de pago y el otro con dicha solicitud; y haría más complicada la liberación del deudor, ya que éste debería conocer las consecuencias jurídicas de cada tipo de aviso (A/CN.9/447, párrs. 75 a 78). Se observó, asimismo, que la cuestión se había vuelto a plantear en el contexto de un examen de los proyectos de artículo 18, párrafo 3) (sobre si el cesionario podría cambiar o corregir las solicitudes de pago formuladas al deudor junto con el aviso); 19, párrafo 2), y 21, párrafo 4) (sobre si un aviso en el que no se indicó la persona a la cual se había de hacer el pago tendría las consecuencias jurídicas descritas en esos proyectos de artículo), y no había sido resuelta (A/CN.9/447, párrs. 46, 74 a 76, 82 y 83, 99 y 100 y 135).

133. Se recordó que, en el actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo había decidido que, a reserva de un examen ulterior del asunto en el contexto del proyecto del artículo 18, debía suprimirse la referencia a la persona a la cual se había de hacer el pago que figuraba en la definición del “aviso de la cesión” (véase el párrafo 71). En consecuencia, era necesario establecer una distinción entre un aviso y una solicitud de pago para que fueran aplicables los proyectos de artículo 16 y 18. En tanto que el Grupo de Trabajo aplazó la adopción de una decisión definitiva sobre la cuestión hasta que tuviera oportunidad de examinar el proyecto de artículo 18, con miras a incorporar esa distinción, se formuló una propuesta (A/CN.9/WG.II/WP.100) de que se modificara la redacción del proyecto de artículo 16 del modo siguiente:

“1) A menos que el cedente y el cesionario acuerden otra cosa, el cedente o el cesionario, o ambos, podrán enviar al deudor un aviso de la cesión y una solicitud de pago ajustados al párrafo 2) del artículo 7.

“2) El aviso de la cesión o la solicitud de pago hechos en violación de uno de los acuerdos a que se hace referencia en el párrafo 1) no carecerán de validez a los efectos del artículo 18 debido a esa violación, pero nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla el acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.”

El Grupo de Trabajo utilizó la propuesta como base de sus deliberaciones.

Párrafo 1)

134. Se formularon varias preguntas. Una de ellas fue la de si una solicitud de pago podría crear para el deudor una obligación que se agregara a las obligaciones resultantes del contrato original con el cedente. Como respuesta, se explicó que el proyecto de artículo 16 se refería a la relación entre el cedente y el cesionario y no tenía por objeto afectar los derechos u obligaciones del deudor. Otra pregunta fue si el deudor quedaría liberado de su obligación de pago si efectuara el pago con arreglo al contrato original, sin tener en cuenta una solicitud de pago que no se ajustara al párrafo 2) del artículo 7, es decir, en lo atinente al “derecho del deudor a pagar en la moneda y en el país especificados en las condiciones de pago que figuren en el contrato de origen” (A/CN.9/WG.II/WP.96, proyecto de artículo 7, párrafo 2)). Se sugirió que podrían suprimirse las palabras “ajustados al párrafo 2) del artículo 7”, y que la cuestión podría examinarse en el contexto del examen del proyecto del artículo

17 *ter*, párrafo 2), que había sustituido al proyecto de artículo 7, párrafo 2).

135. Se señaló que, después de dado el aviso, sea que éste incluya o no una solicitud de pago, el cedente ya no es propietario de los créditos cedidos. Por esa razón, se sugirió que se modificara el párrafo 1) de modo que en él se estableciera que una vez dado el aviso sólo el cesionario podría expedir una solicitud de pago. Para recoger esa sugerencia, se propuso que se revisase el párrafo 1) y dijera lo siguiente:

“1) Salvo que el cedente y el cesionario convengan en otra cosa, el cedente, el cesionario, o ambos, podrán enviar al deudor un aviso de la cesión y una solicitud de pago, pero después de enviado el aviso sólo el cesionario podrá enviar una solicitud de pago.”

136. El fondo de la propuesta mereció apoyo general. Se formuló una pregunta sobre las razones por las que en el texto propuesto se hacía referencia al momento en que el aviso había sido “enviado” y no al momento en que fue “recibido”. En respuesta a ello, se explicó que ni el cedente ni el cesionario tenían forma de determinar en qué momento tendría lugar la recepción, lo que era importante para la protección del deudor, cuestión a la que no afectaba el proyecto del artículo 16. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo aprobó el fondo de la propuesta y la remitió al grupo de redacción.

Definición de “solicitud de pago”

137. En el contexto del examen del párrafo 1), muchos opinaron que debía darse una definición de “solicitud de pago”. Se propuso incluir en el artículo pertinente del proyecto de Convención el siguiente texto:

“Por ‘solicitud de pago’ se entiende una comunicación escrita enviada por el cedente o el cesionario, o ambos, en la que se describan adecuadamente los créditos a que se refiere y se consigne una dirección o cuenta a la que se ha de efectuar el pago.”

138. El Grupo de Trabajo celebró un debate preliminar de la formulación propuesta. Se formularon diversas sugerencias respecto de la forma en que se la podría mejorar. Una sugerencia fue que las palabras “una comunicación escrita” se sustituyeran por la palabra “información”, pues no había necesidad de subordinar la validez de las instrucciones de pago a la forma escrita. En respuesta, se señaló que, habida cuenta de que la función principal de una solicitud de pago era establecer un punto de referencia para el pago liberatorio del deudor conforme al proyecto de artículo 18, la existencia de una comunicación escrita podía ser útil porque facilitaría la prueba.

139. Otra sugerencia fue que se hiciera mención de la identificación de la “persona” a la cual había de efectuarse el pago, además de la dirección o cuenta, ya que la mención únicamente de “una dirección o cuenta” podía ser insuficiente cuando, por ejemplo, el pago se hiciera por cheque. Aunque se expresó apoyo a favor de esa sugerencia, se hizo ver que, en muchos casos, el aviso y la solicitud de pago se cursarían al deudor al mismo tiempo; en los contados casos en que pudieran cursarse en momentos distintos, bien podría no haber necesidad de recargar una solicitud de pago con información que duplicaría la información contenida en el aviso.

140. También se sugirió que la definición hiciera mención de una solicitud positiva de pago. Se explicó que, conforme al derecho de algunos países, la mera notificación de la cesión, incluso cuando no contenía una solicitud positiva de pago, podía entrañar la obligación del deudor de pagar al cesionario. Se opinó que el proyecto de Convención podría ser útil para aclarar que el deudor debería pagar al cesionario sólo cuando hubiera recibido una solicitud positiva de pago a ese efecto. Se estimó en general, sin embargo, que el asunto debía ser objeto de ulterior debate, habida cuenta del riesgo de que una norma de esa índole diera lugar a que se aplicaran dos regímenes de pago liberatorio del deudor distintos a las cesiones nacionales de créditos nacionales, por un lado, y a otros tipos de cesiones, por el otro.

141. Con la mira de reflejar algunas de esas sugerencias y atender a algunas de las preocupaciones antes mencionadas, se propuso la siguiente definición:

“Por ‘solicitud de pago’ se entenderá una comunicación escrita enviada por el cedente o el cesionario o ambos, en la que se describan adecuadamente los créditos a que se refiere y se consigne una dirección a la que se ha de efectuar el pago a la persona, dirección o cuenta especificada en la comunicación escrita.”

142. El Grupo de Trabajo tomó nota de las diversas sugerencias y aplazó su decisión respecto de la definición de “solicitud de pago” hasta que hubiera completado el examen del proyecto de artículo 18 (véase el párrafo 193).

Párrafo 2)

143. Se dijo que, conforme a lo estipulado en el párrafo 2), el aviso dado en violación de un acuerdo entre el cedente y el cesionario no debería carecer de validez a los efectos de la liberación del deudor (proyecto de artículo 18), pero debería carecer de validez a los efectos de: privar al deudor de sus derechos de compensación (proyecto de artículo 19), activar un cambio en la forma en que podía modificarse el contrato de origen (proyecto de artículo 21) y determinar el orden de prelación conforme a la legislación del Estado en que se encuentra el cedente (proyectos de artículo 23 y 24). En el Grupo de Trabajo hubo apoyo en favor de la disposición en la medida en que tenía por objeto proteger al deudor mediante el enunciado de una norma clara al respecto de su liberación, al tiempo que preservaba los derechos del deudor a oponer la compensación y el derecho a modificar el contrato de origen sin el consentimiento del cesionario. En cuanto a la cuestión de si el aviso podía producir otros efectos, por ejemplo, establecer el momento para determinar el orden de prelación con arreglo al derecho interno, se dijo que en el comentario se debía explicar que el proyecto de Convención no legislaba sobre esos efectos.

144. A reserva de futuras deliberaciones respecto de los proyectos de artículo 18 a 21, el Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 2) en la forma propuesta y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 17. *Derecho del cesionario al pago*

145. El texto del proyecto de artículo 17 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) A reserva de lo dispuesto en los artículos 23 y 24, a menos que el cedente y el cesionario hayan acordado otra cosa:

“a) El cesionario tiene derecho al pago por el deudor del crédito cedido y, cuando se haga al cesionario el pago relativo al crédito cedido, a retener todo lo que perciba en razón del cumplimiento total o parcial del crédito cedido (‘producto’);

“b) Cuando el pago relativo al crédito cedido se haga al cedente, el cesionario tendrá derecho a reclamar el pago del cedente y a retener el producto.

“2) Si el pago correspondiente al crédito cedido es efectuado a otra persona frente a la cual el cesionario tiene prelación, el cesionario tendrá derecho al producto.

“3) El cesionario no podrá retener una suma mayor a la que corresponda a su derecho sobre el crédito.”

146. Se hizo ver que el proyecto de artículo 17 reflejaba el acuerdo del Grupo de Trabajo de que el proyecto de Convención debía reconocer el derecho del cesionario sobre el producto del crédito cedido, dejando librado al derecho aplicable fuera del proyecto de Convención la cuestión relativa a saber si ese derecho era un derecho personal (*ad personam*) o real (*in rem*).

Párrafo 1)

147. Se expresó apoyo general en el Grupo de Trabajo en favor de los principios reflejados en el párrafo 1). En cuanto a la formulación concreta del párrafo, se hicieron diversas sugerencias. Una sugerencia fue que, en consonancia con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo respecto de las palabras “a reserva de lo dispuesto en los artículos 23 y 24” en los proyectos de artículo 10 y 11 (véanse los párrafos 96 y 99), y en vista de que el proyecto de artículo 17 se refería al derecho de pago entre el cedente y el cesionario y no frente a terceros, se eliminaran esas palabras. Hubo amplio apoyo del Grupo de Trabajo en favor de dicha sugerencia.

148. Otra sugerencia fue que se eliminaran las palabras “a menos que el cedente y el cesionario hayan acordado otra cosa”. Se dijo que la cuestión relativa a la autonomía de la voluntad de las partes ya se había legislado en el proyecto de artículo 6. Sin embargo, en vista de que otras disposiciones de la sección I del capítulo IV, relativas a los derechos y obligaciones del cedente y el cesionario, contenían esas palabras, se convino en que se las podía retener. A ese respecto, se advirtió que las disposiciones del proyecto de Convención se tendrían que revisar con la mira de cerciorarse de que legislaran de manera coherente respecto de la autonomía de la voluntad de las partes.

149. Sin embargo, se formuló otra sugerencia en el sentido de que debían eliminarse las palabras iniciales del inciso a) (“el cesionario tiene derecho al pago por el deudor del crédito cedido y”). Se señaló que el proyecto de artículo 16 ya había dispuesto respecto del derecho del cesionario a demandar el pago del deudor y que el proyecto de artículo 18 era suficiente para legislar sobre la liberación del deudor. Además, se observó que esas palabras podían interpretarse erróneamente en el sentido de que se referían a un derecho real del cesionario sobre el producto del crédito. Hubo amplio apoyo en favor de esa sugerencia en el Grupo de Trabajo.

150. Otra sugerencia fue que la palabra “cumplimiento” sustituyera a la palabra “pago” para tener la certeza de que se incluiría el pago en especie (por ejemplo, mediante la restitución de las mercancías por el deudor al cedente). En general, sin embargo, se estimó que ese cambio era innecesario y que el asunto se podría aclarar útilmente en los comentarios.

151. También se sugirió que se reformulara el inciso *a*), evitando quizá el uso de la palabra “producto”, que no era universalmente entendida de igual manera, a fin de velar por que el derecho del cesionario sobre el producto de los créditos cedidos no se calificara de derecho real. Se sugirió además que, para tener la certeza de que el cesionario obtendría del cedente sólo lo que el cedente hubiera recibido y no más, se debería modificar la redacción del inciso *b*) de modo que rezara como sigue: “El cesionario tendrá derecho a reclamar el producto recibido por este último y a retenerlo”. Esas sugerencias suscitaron apoyo suficiente.

152. Otra sugerencia fue que el cesionario tuviera derecho al producto recibido por el cedente, con prescindencia de que el pago se hubiera recibido antes o después del aviso y, por ende, que el deudor hubiera o no sido liberado. Se dijo que, si después del aviso, sólo el deudor podía obtener el reembolso del cedente, el cesionario correría el riesgo de que el cedente o el deudor cayeran en insolvencia. Esa sugerencia encontró amplio apoyo.

153. También se sugirió que en el inciso *b*) se aclarara que, cuando el deudor hubiera hecho el pago al cedente después de ser avisado de la cesión, el cesionario podría reclamar el pago del deudor o del cedente. Se respondió que ese resultado se produciría de todos modos, pues el derecho del cesionario a accionar contra el deudor como acreedor formaba parte del contrato de origen y el proyecto de Convención no tenía por objeto afectarlo, por un lado, y el párrafo 2) del proyecto de artículo 18 aclaraba de manera suficiente que, después del aviso, el deudor se liberaba sólo mediante el pago al cesionario, por el otro. Se señaló que, desde un punto de vista práctico, el cesionario ordinariamente no accionaría contra el deudor para obtener un segundo pago a menos que el deudor hubiera caído en insolvencia. En cuanto al derecho del cesionario de accionar contra el cedente, se dijo que a ese respecto se legisla de manera suficiente en el inciso *b*).

154. En el debate se planteó la cuestión relativa a la interacción entre el párrafo 3) del proyecto de artículo 12 y del párrafo 1 *b*) del proyecto de artículo 17. En respuesta, se dijo que, en el caso de una cláusula prohibitiva de la cesión, la cesión sería oponible al cedente y a los acreedores de éste e inoponible al deudor. De resultas de ello, el deudor, conforme al párrafo 3) del proyecto de artículo 12, podría cumplir su obligación mediante el pago al cedente, pero el cesionario, conforme al párrafo 1 *b*) del proyecto de artículo 17, tendría derecho a exigir que se le entregara el producto de ese pago. En cuanto a la cuestión relativa a saber si el derecho sobre el producto sería un derecho real o personal, se dijo que la cuestión debía dejarse librada al derecho aplicable en cuanto a la prelación sobre el producto conforme al proyecto de artículo 17 *bis*.

155. Tras el debate, el Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 1) y remitió al grupo de redacción la cuestión relativa a dar efecto a las sugerencias mencionadas en los párrafos 147, 149, 151 y 152, *supra*.

Párrafo 2)

156. Se sugirió que se eliminara el párrafo 2) o que se lo ubicara en otra parte del texto del proyecto de Convención. Se señaló que, en la medida en que se refería al pago a una persona distinta del cedente y el cesionario, el párrafo era incompatible con el objeto general del proyecto de artículo 17. Además, se observó que el párrafo 2) podría ser interpretado erróneamente en el sentido de que concedía derechos al cesionario oponibles al cedente en los casos en que el pago se hubiera hecho a quien no correspondía, incluso si el cesionario no tenía prelación contra esa persona. Se dijo que ese resultado, que se obtendría mediante una norma sobre restitución, no era una cuestión que pudiera legislarse en el proyecto de Convención.

157. Se criticó la sugerencia de eliminar el párrafo 2) o trasladarlo a otra parte del texto en razón de que dicho párrafo no sólo se refería a los casos en los cuales el pago se hubiera hecho a una persona carente de prelación, sino también a los casos en los cuales el pago se hubiera hecho por error. Además, se observó que el párrafo 2) aclaraba satisfactoriamente que el cesionario no tenía derecho a otra cosa que al producto del pago.

158. Tras el debate, el Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 2) y remitió al grupo de redacción la tarea de reflejar las sugerencias mencionadas en el párrafo 151, *supra*.

Párrafo 3)

159. El Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 3) sin cambios.

Artículo 17 bis. Derechos mutuamente competitivos con respecto al producto

160. El texto del proyecto de artículo 17 *bis* examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) *Variante A:*

“En el caso de los derechos concurrentes a que se refieren los artículos 23 y 24:

“*a*) Si el producto adopta la forma de créditos, la prelación con respecto a ellos se rige por la ley del Estado en que se encuentre el cedente;

“*b*) Si el producto adopta la forma de otros activos, la prelación con respecto a ellos se regirá por la ley del Estado en que estén situados.

“*Variante B:*

“La prelación con respecto al producto en efectivo se regirá por la ley del Estado en que se encuentre el cedente. Para los fines del presente artículo por ‘producto en efectivo’ se entenderá dinero, cheques [, saldos en cuentas de depósito y activos análogos].

“2) Los párrafos 3) a 5) del artículo 24 serán aplicables a los conflictos de prioridad que se susciten entre un cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente con respecto al producto.”

161. Hubo opiniones divergentes acerca de si debía conservarse el proyecto de artículo. Algunos opinaban que se lo

debía suprimir del todo. Se dijo que en un texto jurídico que trataba de la cesión de créditos, no era apropiado ocuparse de los derechos reales sobre activos tan variados como dinero, cheques, transferencias cablegráficas y bienes. Predominó, sin embargo, la opinión de que debía conservarse el proyecto de artículo. Se observó que el efecto del proyecto de artículo 17 *bis* sería que la cuestión de si el derecho del cesionario sobre el producto de la cesión de créditos sería un derecho real (*in rem*) o un derecho personal (*ad personam*) se regiría por la ley del lugar en que se encontrara el cedente o el activo. Aunque se recordó que el Grupo de Trabajo no había podido llegar a un acuerdo sobre si el derecho del cesionario sobre el producto era un derecho personal o un derecho real, se convino en que el asunto se podría resolver mediante una disposición sobre conflictos de leyes (A/CN.9/447, párrs. 63 a 68). Se convino también en que la disposición se debía colocar en el contexto de los proyectos de artículo 23 y 24, ya que trataba de derechos de terceros mutuamente competitivos.

162. El debate se centró en la variante A, que se consideraba preferible en términos generales. Sin embargo, se expresaron varias inquietudes. Una de ellas era que aparentemente la variante A trataba de derechos concurrentes de terceros con respecto al producto sin crear derechos reales sobre el producto (que afectarían a derechos de terceros). Otro era que la variante A se refería a cuestiones de prelación sin especificar en qué forma se ejercería dicha prelación. Se dijo además que la referencia que se hacía en la variante A a la expresión “producto” era inapropiada, ya que por esa expresión no se entendía universalmente lo mismo sin definirla. Se sugirió que, a los fines del proyecto de Convención, se definiera el término “producto” de los créditos como la suma que se esperaba cobrar por los créditos cedidos.

163. Se sugirió que, con el fin de resolver esas dudas, en el proyecto de Convención se creara un derecho real sobre el producto de la cesión de créditos en los casos en que el cedente recibiera el pago en efectivo como fideicomisario del cesionario y mantuviera el producto del pago separado de sus propios activos. Se dijo además que esa norma se podría complementar convenientemente con una norma que estipulara que, si el pago se hacía al cesionario, éste tendría un derecho real sobre ese pago y lo podría retener, a condición de que el cesionario tuviera un derecho de prelación sobre el crédito cedido, y con una norma semejante a la de la variante A, que tratara de situaciones distintas de aquella en que el cedente recibiera el pago como fideicomisario del cesionario.

164. De conformidad con esa sugerencia, se propuso un texto del tenor siguiente:

“1) Si el producto de un crédito cedido es recibido del deudor por el cesionario, el cesionario tendrá la misma prelación con respecto al producto que con respecto al crédito cedido.

“2) En el caso del producto de un crédito cedido recibido del deudor por el cedente, el cesionario tendrá la misma prelación con respecto al producto que con respecto al crédito cedido:

“a) Si el producto consiste en dinero, cheques, transferencias cablegráficas, saldos acreedores en cuentas de depósito u otros activos similares (producto en efectivo);

“b) Si el cedente ha cobrado el producto en efectivo siguiendo instrucciones del cesionario de mantener el producto en efectivo para el cesionario, y

“c) Si el cedente mantiene el producto en efectivo para el cesionario separadamente de otros activos del cedente, como por ejemplo en una cuenta de depósito separada que contenga únicamente el producto en efectivo de créditos cedidos al cesionario.

“3) En los demás casos, si el cedente recibe el producto de un crédito cedido, la prelación de los derechos concurrentes con respecto al producto se determinará de la manera siguiente: ... [reglas sobre elección de la ley aplicable].”

165. Se expresó apoyo al texto propuesto. Se dijo que una disposición así constituiría una importante contribución a prácticas como el descuento de facturas y la conversión de activos financieros en valores, en las que el cedente hubiera actuado como fideicomisario del cesionario. Además, se dijo que esa regla beneficiaría al cedente en el sentido de que éste podría obtener financiamiento sin perturbar sus relaciones comerciales con los clientes; a los acreedores del cedente, en la medida de que fomentaría las actividades comerciales del cedente, y al deudor, en la medida en que el cedente estaría más dispuesto a conceder condiciones de crédito mejores al deudor. Por otra parte, se observó que una norma así no sería contraria a las prácticas nacionales ya que, incluso en jurisdicciones en que se desconocía el concepto de “producto”, se consideraba que las entradas de caja mantenidas en una cuenta separada por un cedente en calidad de fideicomisario de un cesionario no formaban parte del patrimonio del cedente.

166. Sin embargo, había varios aspectos que preocupaban. Uno de ellos era la necesidad de proteger a los acreedores del cedente de la apariencia de riqueza que crearía inevitablemente el hecho de que el cedente mantuviera esa cuenta. Otro era que en el texto propuesto no estaba establecido con suficiente claridad que el cedente actuaba como fideicomisario del cesionario. Por otra parte, se dijo que, lejos de crear un derecho real de derecho sustantivo del cesionario sobre el producto del crédito cedido, el texto propuesto parecía dejar que la cuestión de la prelación se resolviera aplicando las normas sobre conflictos de leyes del proyecto de Convención. Otro motivo de preocupación era que la eficiencia del texto propuesto dependía de que el cedente actuara conforme a las instrucciones del cesionario, resultado que no se podía garantizar con ninguna certeza. En respuesta a esa observación, se señaló que era práctica corriente clasificar a las partes en las transacciones financieras de acuerdo a sus antecedentes y fijar el precio de las transacciones de conformidad con esa clasificación y con los riesgos que suponían. Otra cosa que preocupaba era que una norma de esa naturaleza privaría a los acreedores del cedente, incluso a los acreedores privilegiados como los empleados, de un importante activo, en el cual podían basarse a fin de obtener el pago. En respuesta a esa inquietud se observó que, como el patrimonio del cedente se había enriquecido con el crédito adelantado por el cesionario, sería inapropiado permitir a los acreedores del cedente obtener el pago de los créditos cedidos, ya que como resultado de ello, los acreedores del cedente se habrían beneficiado indebidamente en caso de insolvencia del cedente.

167. Tras debatir la cuestión, el Grupo de Trabajo decidió que debía conservarse el texto propuesto entre corchetes, a fin de examinarlo en su próximo período de sesiones, conjuntamente con la variante A y con el párrafo 2) del proyecto de artículo 17 *bis*, y remitió esas disposiciones y el texto propuesto al grupo de redacción.

Sección II. Deudor

Artículo 17 *ter*. Principio de la protección del deudor

168. El texto del proyecto de artículo 17 *ter* examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Salvo que otra cosa se disponga en la presente Convención, la cesión no tendrá otro efecto sobre los derechos y obligaciones del deudor.

“2) Excepto si cambia la persona a la cual, por cuya cuenta o en cuya dirección el deudor deba efectuar el pago, lo que puede realizarse mediante notificación de la cesión, nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las condiciones de pago enunciadas en el contrato de origen sin el consentimiento del deudor.”

169. El Grupo de Trabajo recordó su decisión anterior de incluir en el preámbulo una referencia general a la protección del deudor (véase el párrafo 21). Se observó que el proyecto de artículo 17 *ter* tenía su origen en la versión del proyecto de artículo 7 que figuraba en el documento A/CN.9/WG.II/WP.96 (en adelante el “antiguo artículo 7”).

Párrafo 1)

170. Se observó que el efecto previsto del párrafo era que, con excepción de ciertas cuestiones relacionadas con el deudor resueltas expresamente en el proyecto de Convención (a saber, en los artículos 9 a 12 y 16 a 22), los derechos y obligaciones del deudor se regirían por el contrato celebrado entre el cedente y el deudor y por la ley que gobernaba el contrato. El Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 1) y lo remitió al grupo de redacción.

Párrafo 2)

171. Se observó que la disposición del párrafo 2) del antiguo artículo 7 se había formulado nuevamente en términos más generales a fin de armonizar el párrafo 2) con el proyecto de artículo 16 y de evitar una interpretación *a contrario* del párrafo 2) en el sentido de que, aparte del país y la moneda de pago, el cesionario podría cambiar cualesquiera otras condiciones de pago que figuraran en el contrato de origen. Con vistas a establecer concordancia entre el párrafo 2) y la definición de “instrucciones de pago”, se sugirió que la frase “la persona a la cual, por cuya cuenta o en cuya dirección el deudor deba efectuar el pago” se reemplazara por la frase “la persona, la dirección o la cuenta” (véanse los párrafos 141 y 193). Se sugirió además, que a fin de que quedara recogida la decisión del Grupo de Trabajo de hacer una distinción entre la noción de “notificación de la cesión” y la de “instrucciones de pago” (véanse los párrafos 138 a 142), se reemplazara la frase “notificación de la cesión” del párrafo 2) por la frase “instrucciones de pago”. Estas sugerencias recibieron amplio apoyo.

172. La opinión general era que la referencia que se hacía en el artículo 7 al derecho del deudor a pagar en la moneda y en el país especificados en las condiciones de pago establecidas en el contrato de origen debía agregarse al párrafo 2) para describir los costos y los riesgos que eran de cargo del deudor.

173. Se planteó la cuestión de si se debía establecer una disposición expresa para el caso del consumidor-deudor. Se dijo que, en todos los casos, se debía dar al consumidor-deudor la posibilidad de obtener la liberación de su obligación mediante el pago al cedente. En apoyo de esta sugerencia se dijo que dicho planteamiento sería acorde con las enmiendas propuestas al proyecto de artículo 17 *bis* (véase el párrafo 164), conforme al cual el deudor podría seguir realizando los pagos al cedente. No hubo apoyo para esa sugerencia.

174. El debate se centró a continuación en la cuestión de si era necesaria una disposición expresa que tratara de las situaciones en que el deudor podría tener instrucciones de efectuar el pago en un lugar que, si bien estaba situado en el mismo país, podría ser diferente del lugar estipulado en el contrato de origen. Se expresaron diversas opiniones respecto de la forma en que el proyecto de Convención debía tratar la asignación de los gastos que podrían resultar de ese cambio del lugar de pago. Algunos opinaban que, en los casos en que el contrato de origen hacía referencia a un lugar de pago determinado, no se debería privar al deudor, sin su consentimiento, de su derecho contractual de pagar en ese lugar. Se explicó que podría resultar sumamente inconveniente para el deudor, por ejemplo, tener que pagar a través de un banco o una sucursal bancaria distintos de los estipulados inicialmente. En consecuencia, el proyecto de Convención debía reconocer el derecho del deudor de hacer caso omiso de esas instrucciones o, por lo menos, de recibir compensación por cualquier gasto en que hubiera de incurrir como resultado de un cambio del lugar de pago, incluso dentro de un mismo país. Se sugirió que el texto inspirado en el proyecto de artículo 12 2) podría utilizarse en el caso de contravención de una cláusula que especificara el lugar de pago. En respuesta a la sugerencia, se dijo que en todos los casos prácticos en que el deudor asignaba especial importancia al lugar de pago y en que estaba en condiciones de negociar la inclusión de una cláusula expresa a ese respecto el deudor introduciría, de hecho, una cláusula anti-cesión en el contrato de origen. La cuestión del posible derecho del deudor de pedir indemnización al cedente por incumplimiento de dicha cláusula se trataría, por consiguiente, en el proyecto de artículo 12 2). Se dijo también que, en la mayoría de los casos, el cambio del lugar de pago dentro de las fronteras de un mismo país tendría muy poca importancia y no se interpretaría como incumplimiento de contrato.

175. Otra opinión, que obtuvo considerable apoyo, era que, en el contexto de ciertas prácticas financieras, entre ellas el facturaje, era esencial prever en las instrucciones de pago el cambio del lugar de pago. Se dijo que en la práctica no cabía prever que hubieran gastos adicionales a causa de un cambio del lugar de pago, y que los cesionarios tenían interés en facilitar al deudor el pago en su propio país y su propia moneda, aun si el contrato de origen estipulaba el pago en otro país y otra moneda. Se señaló también que, en la mayoría de las circunstancias prácticas, el derecho interno preveía el cambio del lugar de pago en el caso de las cesiones internas. Por consiguiente, se sugirió que en el párrafo 2) se recono-

ciera expresamente la posibilidad de que en las instrucciones de pago se cambiara el país de pago especificado en el contrato de origen, a fin de que el pago se efectuara en el país del deudor.

176. A reserva de los cambios sugeridos en los párrafos 171, 172 y 175, *supra*, el Grupo de Trabajo aprobó, en sustancia, el proyecto de artículo 17 *ter* y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 17 *quater*. Aviso del deudor

177. El texto del proyecto de artículo 17 *quater* examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) El aviso de la cesión surtirá efecto una vez recibido por el deudor, si figura en un idioma razonablemente idóneo para informar al deudor del contenido del aviso. Será suficiente si el aviso de la cesión figura en el idioma del contrato de origen.

“2) Todo aviso de la cesión podrá ser dado respecto de créditos nacidos con posterioridad al aviso.

“3) Todo aviso dado respecto de una cesión subsiguiente constituye un aviso respecto de toda cesión anterior.”

Párrafos 1) y 2)

178. Se recordó que el Grupo de Trabajo ya había aprobado en sustancia los párrafos que formaban parte del proyecto de artículo 17 *quater*. Sin embargo, se convino en que, como el Grupo de Trabajo había decidido hacer una distinción entre el concepto de notificación de la cesión y el de instrucciones de pago, sería necesario incorporar este último concepto en los párrafos 1) y 2). A reserva de ese cambio, el Grupo de Trabajo aprobó los párrafos 1) y 2) y los remitió al grupo de redacción.

Párrafo 3)

179. Se planteó la cuestión de si era necesario armonizar el párrafo 3) con los párrafos 1) y 2), como consecuencia de la distinción que se había hecho entre el concepto de notificación y el de instrucciones de pago. En respuesta a la pregunta, se explicó que en el caso del párrafo 3) no se necesitaba hacer referencia a instrucciones de pago, ya que en aquellas situaciones en que, como en el caso de una cadena de factores, un crédito se hubiera cedido muchas veces, no habría ninguna razón comercial para notificar al deudor sino hasta que el crédito hubiera sido cedido al último cesionario de la cadena. Además, se observó que el párrafo 3) permitiría al último cesionario proporcionar al deudor una notificación que sería considerada también notificación de las cesiones anteriores. Se dijo que ese sistema permitiría al último cesionario llenar las lagunas en la cadena de notificaciones y dar al deudor instrucciones de pago.

180. Era motivo de preocupación, no obstante, el caso de que pudiera haberse producido una interrupción en la cadena de notificaciones de una serie de cesiones sucesivas. Causaba inquietud que el deudor no pudiera determinar con certeza los derechos del cesionario. A fin de obviar esa posibilidad, se sugirió que en la notificación se identificara al cedente inicial y a todos los cesionarios de la cadena. En res-

puesta, se señaló que el Grupo de Trabajo, en su período de sesiones anterior, había convenido en que la enumeración en la notificación de todos los cesionarios sucesivos sería excesivamente engorrosa, contraria a la práctica establecida y una posible fuente de confusión para los deudores y que, si bien los cesionarios razonables, a fin de asegurarse de que el deudor efectuaría el pago de acuerdo a sus instrucciones, normalmente proporcionarían información suficiente al deudor, éste estaba suficientemente protegido contra cualquier incertidumbre en virtud del proyecto de artículo 18 [6] (A/CN.9/455, párrs. 63 a 66). Sin embargo, se expresaron ciertas dudas acerca de si el proyecto de artículo 18 6) era suficiente para proteger al deudor. En la inteligencia de que ese asunto se podría abordar en relación con el proyecto de artículo 18, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 17 *quater* y lo remitió al grupo de redacción.

Artículo 18. Pago liberatorio del deudor

181. El texto del proyecto de artículo 18 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Hasta no haber recibido aviso de la cesión, el deudor podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato de origen.

“2) Una vez que el deudor haya recibido aviso de la cesión, a reserva de lo dispuesto en los párrafos 3) a 8) del presente artículo, el deudor podrá liberarse de su obligación sólo efectuando el pago a la persona o la dirección especificada en dicho aviso.

“3) De serle notificada al deudor más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, el deudor podrá liberarse de su obligación pagando a la persona o la dirección especificada en el primer aviso recibido.

“4) Si el deudor recibe más de un aviso referente a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, el deudor podrá liberarse de su obligación pagando a la persona o la dirección especificada en el último aviso recibido antes del pago.

“5) Si el deudor recibe aviso de una o más cesiones subsiguientes, el deudor podrá liberarse de su obligación sólo pagando a la persona o la dirección especificada en el aviso de la última de las cesiones subsiguientes recibido antes del pago.

“6) De serle notificada la cesión al deudor por el cesionario, el deudor tendrá derecho a solicitar al cesionario que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión ha tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, el deudor podrá liberarse de su obligación pagando al cedente. Por prueba suficiente se entenderá, entre otras, cualquier escrito emitido por el cedente en que se indique que la cesión ha tenido lugar.

“7) El presente artículo no afectará a ningún otro motivo por el que el deudor pueda liberarse de su obligación efectuando el pago a la parte con derecho a recibirlo o a una autoridad judicial o de otra índole o a una caja pública de depósitos.

“[8] El presente artículo no afectará a ningún motivo por el que el deudor pueda liberarse de su obligación pa-

gando a una persona a la que se haya efectuado una cesión inválida.]”

Párrafos 1) y 2)

182. Se observó que el Grupo de Trabajo había aprobado ya el proyecto de artículo 18 (A/CN.9/447, párrs. 69 a 93). Sin embargo, recordando su decisión de suprimir la referencia al destinatario del pago que figuraba en la definición de aviso (véase el párrafo 71), el Grupo de Trabajo examinó una propuesta de sustituir la mención de un aviso que aparecía en los párrafos 1) y 2) por una mención de una instrucción de pago. Se afirmó que, en la práctica de varios países era usual presentar un aviso sin una instrucción de pago (por ejemplo, un aviso relativo a disposiciones de seguridad). Se observó también que para avenirse con esa práctica sin desmedro de la protección del deudor, la liberación del deudor de su obligación tendría que basarse en una instrucción de pago y no en un aviso, ya que en éste no se indicarían necesariamente el nombre, la dirección o el número de cuenta de la parte a la que debía hacerse el pago. Si se adoptaba dicho criterio, aun cuando el deudor hubiera recibido un aviso, tendría derecho a liberarse de su obligación pagando al cedente, como si no hubiera existido una cesión.

183. Se objetó esa propuesta por varias razones. Se afirmó que dicha propuesta contradiría prácticas generalizadas en que un deudor que recibiera un aviso normalmente se liberaría de su obligación pagando al cesionario. Se mencionó el ejemplo del descuento revelado de facturas, en que se daba aviso con el objeto de dejar sin efecto los derechos de compensación del deudor, mientras que el cedente seguía cobrando a los deudores como agente del cesionario. Además, se observó que dicho enfoque daría lugar en forma no intencional a que el deudor no estuviese seguro a quién debía pagar para liberarse de su obligación o si sería aplicable el proyecto de Convención en un caso concreto. Dicha incertidumbre, según se dijo, atrasaría los pagos, lo que no redundaba en interés de los cesionarios ni los cedentes.

184. A fin de abordar las inquietudes expresadas, se modificó la propuesta en el sentido de que el párrafo 1) podría disponer que, después del aviso, el deudor podría liberarse de su obligación pagando al cesionario a condición de que el aviso no indicase otra cosa y facilitase suficiente información para que el deudor pudiera determinar a quién pagar. Se propuso una redacción por el siguiente tenor: “Hasta no haber recibido aviso de la cesión, a menos que el aviso indique lo contrario, el deudor podrá liberarse de su obligación sólo pagando al cesionario si el aviso de la cesión facilita suficiente información para que el deudor pueda determinar a quién efectuar el pago”.

185. Esa propuesta tampoco contó con aprobación. Se afirmó que dicho criterio crearía incertidumbre y permitiría al deudor negar o retrasar el pago so pretexto de no contar con suficiente información. Además, se observó que dicho criterio podría redundar inadvertidamente en que el deudor tuviese que tomar la iniciativa para determinar a quién efectuar el pago a fin de liberarse de su obligación. Además se dijo que, normalmente, incluso en los casos en que el cedente seguía recibiendo los pagos después del aviso, el cedente estaría actuando en nombre del cesionario y, por consiguiente, el pago al cedente debería considerarse como pago al cesionario.

186. Así pues, se sugirió que en el párrafo 2) podría hacerse mención del aviso y del pago “al cesionario o a la persona designada por el cesionario en el aviso”. Sin embargo, se expresó la inquietud de que la redacción propuesta podría no hacer lo suficientemente claro que un aviso podría ser emitido por el cedente. A fin de abocarse a esa inquietud, se hicieron varias propuestas, entre ellas que se suprimieran las palabras “por el cesionario” o “en el aviso”, y que más bien debía hacerse mención del pago al cesionario a menos que se diera una instrucción de pago en contrario. La última propuesta recibió amplio apoyo. Luego de un debate, el Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 1) sin modificación y el párrafo 2), a condición de que se insertara una mención de pago al cesionario a menos que se instruyera al deudor en otro sentido, y los remitió al grupo de redacción.

Párrafos 3), 4) y 5)

187. A fin de armonizar la redacción de los párrafos 3), 4) y 5) con la nueva definición de aviso aprobada en el actual período de sesiones (véase el párrafo 71), se convino en que se suprimiese la mención de la “persona o la dirección” que figuraba en los párrafos 3), 4) y 5), y que en el párrafo 4) se hiciese mención de una instrucción de pago.

188. Se plantearon varias cuestiones. Una cuestión era si el párrafo 3) disponía una forma exclusiva en que el deudor se liberase de su obligación. En respuesta, se observó que, a diferencia del párrafo 2), que dispone que el deudor “podrá liberarse de su obligación sólo”, el párrafo 3) no se refería a una forma exclusiva en que el deudor podría liberarse de su obligación, ya que en virtud del párrafo 3) (al igual que de los párrafos 4) y 5)) el deudor tenía una opción, a saber, pagar como se preveía en el párrafo 3) o bien pagar a la parte con derecho a recibir el pago con arreglo al párrafo 7). Se señaló que en el último caso el deudor estaría corriendo el riesgo de pagar a quien no debía y, como resultado, de tener que pagar dos veces. Otra cuestión era si, con arreglo a los párrafos 3), 4) y 5), el deudor quedaría liberado de su obligación sólo si actuaba de buena fe. En respuesta, se observó que en períodos de sesiones anteriores el Grupo de Trabajo había convenido en que hacer que la liberación del deudor de su obligación estuviese sujeta a normas de buena fe o a la ausencia de conocimiento, por ejemplo, respecto de la invalidez de una cesión o el derecho prevalente de otro cesionario, comprometería la certidumbre con respecto a uno de los objetivos principales del proyecto de Convención, a saber, la protección del deudor (A/CN.9/420, párrs. 100 a 104; A/CN.9/432, párrs. 168 a 172, y A/CN.9/434, párr. 180). En cuanto a las situaciones en que la mala fe del deudor pudiera ser relevante excepcionalmente, se observó que se dejaban a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de Convención.

Párrafo 6)

189. En respuesta a una pregunta, se observó que el hecho de que el deudor recibiera un aviso no podía de por sí establecer la obligación del deudor de pagar, que estaba sujeta al contrato de origen. Así pues, si el deudor recibiera un aviso antes de que venciera la deuda, el deudor no tendría la obligación de pagar, ya fuera el principal de la deuda o los intereses sobre ésta. Si se emitía el aviso después del vencimiento de la deuda y se satisfacían los requisitos del párrafo 7), se

suspendería la obligación del deudor de pagar el principal de su deuda y, por tanto, no se devengarían intereses. Se sugirió que las cuestiones relativas a los intereses se tratasen explícitamente en el texto del proyecto de Convención. A ese respecto, se observó que dichas cuestiones solían ser parte de complejas disposiciones contractuales y no se prestaban a unificación. No obstante, se convino en que podría ser conveniente explicar las cuestiones relacionadas con los intereses en el comentario.

Párrafo 7)

190. Se expresó la opinión de que el párrafo 7) estipulaba la norma más importante en el proyecto de artículo 18, es decir, que el deudor podía liberarse de su obligación pagando al acreedor legítimo. Se afirmó que todos los demás párrafos del proyecto de artículo establecían una “norma de puerto seguro” destinada a proteger al deudor si éste hubiera pagado a quien no debía. Así pues, se propuso que el párrafo 7) se trasladase al principio del artículo 18. La propuesta se acogió con interés.

191. A fin de evitar toda incompatibilidad con la legislación nacional que rigiese la liberación del deudor de su obligación, se propuso que en el párrafo 7) se hiciese mención de la legislación que rigiese el crédito. Esa propuesta se objetó en razón de que, en tanto que el párrafo dejase suficientemente en claro que el proyecto de Convención no estaba destinado a excluir motivos (contractuales o no contractuales) para que el deudor pudiese liberarse de su obligación existente con arreglo a la ley aplicable fuera del ámbito del proyecto de Convención, no era necesario que especificase la ley aplicable. Se observó también que la intención de la redacción del párrafo 7) era ceñirse a la redacción de la Convención de Ottawa (A/CN.9/420, párr. 131; A/CN.9/434, párrs. 190 y 191, y A/CN.9/447, párrs. 91 y 92).

Párrafo 8)

192. Se observó que el párrafo 8) se había introducido en el texto del proyecto de artículo 18 entre corchetes a fin de abordar situaciones excepcionales en que el deudor podría pagar a un cesionario de una cesión inexistente (A/CN.9/455, párrs. 55 a 58). Se expresaron opiniones discrepantes respecto de si se debía mantener el párrafo 8). Según una opinión, debía suprimirse, o bien describir de manera más específica la cuestión abordada como una cesión inexistente. Se señaló que la definición de cesión era suficiente para aclarar que el deudor no podía liberarse de su obligación pagando a un cesionario cuyos derechos resultarían de una cesión inexistente. Además, se señaló que el párrafo 6), que permitía al deudor solicitar prueba suficiente de la cesión en caso de un aviso del cesionario, era suficiente para proteger al deudor. En respuesta, se observó que el párrafo 6) no abarcaba situaciones en que el aviso era emitido por el cedente. En relación con ese tema se expresaron ciertas dudas en cuanto a las razones de por qué, en caso de aviso dado por el cedente, el deudor no debería liberarse de su obligación incluso si la cesión era inexistente. Además, se expresaron ciertas dudas respecto de si el párrafo 8) era compatible con el proyecto de artículo 18 en general, que, con excepción del párrafo 7), tenía la finalidad de disponer una “norma de puerto seguro” para el deudor en caso de pagar a quien no debía. Por falta de suficiente tiempo, el Grupo de

Trabajo decidió provisionalmente mantener el párrafo 8) entre corchetes a fin de examinar la cuestión en el próximo período de sesiones.

“Instrucción de pago”

193. Recordando su decisión de examinar la necesidad de definir el término “instrucción de pago”, que se había utilizado en el proyecto de artículo 16, en su forma revisada, y los proyectos de párrafos 2) y 4) del artículo 18, el Grupo de Trabajo examinó una definición revisada de la noción “instrucción de pago” (véase el párrafo 141). Se convino en general en que dicha definición no sería necesaria, ya que el significado de la noción “instrucción de pago” era evidente. Se convino también que el Grupo de Trabajo examinaría el proyecto de artículo 18 4) para determinar si deberían incluirse en él algunos aspectos de la definición que se había suprimido.

Artículo 19. Excepciones y derechos de compensación del deudor

194. El texto del proyecto de artículo 19 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) El deudor, frente a la acción que interponga el cesionario para reclamarle el pago de los créditos cedidos, podrá oponer o hacer valer las excepciones o los derechos de compensación derivados del contrato de origen [o de una decisión de una autoridad judicial o de otra índole de la que nazca el crédito cedido] que tendría si la acción fuese interpuesta por el cedente.

“2) El deudor podrá hacer valer contra el cesionario cualquier otro derecho de compensación, siempre que lo tenga [, conforme a la ley del Estado en que se encuentre el deudor,] en el momento de presente notificada la cesión. [A los efectos del presente párrafo, la notificación de la cesión será válida aunque no indique la persona a la cual, por cuya cuenta o en cuya dirección el deudor esté obligado a hacer el pago.]

“3) No obstante lo dispuesto en los párrafos 1) y 2), el deudor no podrá oponer ni hacer valer contra el cesionario las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente de conformidad con el artículo 12 por incumplimiento de acuerdos por los que se limite de alguna manera el derecho del cedente a ceder sus créditos.”

195. Tras señalar que el proyecto de artículo 19 ya se había aprobado (A/CN.9/447, párrs. 94 a 102), el Grupo de Trabajo abordó algunas cuestiones pendientes.

Párrafo 1)

196. Recordando su decisión de excluir del ámbito del proyecto de Convención todos los créditos excepto los nacidos de contrato (véase el párrafo 42), el Grupo de Trabajo decidió suprimir el texto entre corchetes en el párrafo 1).

Párrafo 2)

197. Se expresó la opinión de que la cuestión relativa al momento en que un derecho de compensación se considera “disponible” debía dejarse a la ley del Estado que rijan el cré-

dito y no a la ley del Estado en que se encuentre el deudor. Se afirmó que ese enfoque sería consecuente con el Convenio de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma, 1980; en lo sucesivo denominado “Convenio de Roma”) y con el proyecto de artículo 30 del proyecto de Convención y capacitaría a las partes a ponerse de acuerdo sobre la ley que rige los derechos de compensación. Esa opinión mereció cierto apoyo, pero se expresó un apoyo mayor a la opinión de que no se debería tratar esa cuestión en el proyecto de Convención. Se dijo que en la mayoría de los casos lo más probable sería que se aplicase la ley del Estado en que se encuentre el deudor. Tras el debate, el Grupo de Trabajo acordó suprimir el texto entre paréntesis que figura en la primera oración del párrafo 2).

198. Ante la decisión del Grupo de Trabajo de suprimir la referencia al beneficiario en la definición de “aviso de la cesión”, se acordó también que la segunda oración que figuraba entre paréntesis ya no era necesaria, y podía suprimirse.

Párrafo 3)

199. Se planteó la cuestión de la relación entre el párrafo 3) y el proyecto de artículo 12. En respuesta, se señaló que, de acuerdo con el proyecto de artículo 12 2), la cláusula anti-cesión seguiría vigente entre el cedente y el deudor. Se señaló asimismo que en la medida en que, de acuerdo con la legislación nacional, una cesión pudiera considerarse incumplimiento de contrato, el deudor tendría fundamento para demandar al cedente, pero no al cesionario. Por otra parte, se observó que el párrafo 3) tenía por objeto garantizar que el deudor no pudiera interponer una acción por violación de una cláusula anti-cesión como compensación contra el cesionario, ya que ese enfoque dejaría sin valor la cesión para el cesionario. Además, se observó que, los deudores gubernamentales no podían perder sus derechos de compensación, ya que una cesión efectuada a pesar de la cláusula anti-cesión no sería efectiva contra deudores gubernamentales y no se aplicaría el párrafo 3). El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 19 con los cambios a los que se hace referencia en los párrafos 196 a 198, *supra*.

Artículo 20. *Acuerdo de no oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación*

200. El texto del proyecto de artículo 20 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Sin perjuicio de la ley que rija la protección del deudor en operaciones efectuadas para fines personales, familiares o del hogar en el Estado en que se encuentre el deudor, éste podrá convenir por escrito con el cedente en no oponer las excepciones ni hacer valer frente al cesionario los derechos de compensación que tenga con arreglo al artículo 19. En virtud de ese acuerdo, el deudor no podrá oponer esas excepciones ni hacer valer esos derechos contra el cesionario.

“2) El deudor no podrá renunciar a oponer:

“a) Las excepciones dimanadas de actos fraudulentos imputables al cesionario;

“b) Las excepciones basadas en su incapacidad o en la falta de autorización de su agente para obligarlo en virtud del contrato de origen;

“[c) Cuando el contrato de origen conste por escrito, las excepciones basadas en el hecho de que se hubiese firmado el contrato de origen sin tener conocimiento de que su firma lo convertía en parte en el contrato, a condición de que su falta de conocimiento no se debiera a negligencia de su parte y de que su firma se hubiera obtenido de modo fraudulento.]

“3) Este acuerdo podrá modificarse únicamente mediante otro acuerdo que conste por escrito. El efecto de las modificaciones de esta índole respecto del cesionario se regirá por lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 21.”

201. Se señaló que el proyecto de artículo 20 ya se había aprobado (A/CN.9/447, párrs. 103 a 121).

Párrafo 1)

202. Se acordó que, para abarcar las transacciones que se hubieran hecho para fines de consumo y comerciales, se debería hacer referencia a transacciones hechas “primordialmente” para fines de consumo.

Párrafos 2) y 3)

203. Se acordó que se debía suprimir la referencia a la falta de autorización del agente para obligarlo en virtud del contrato de origen que figura en el inciso b) del párrafo 2). Se manifestó que sería inapropiado extender conceptos de la ley sobre instrumentos negociables a la ley de cesión, en particular teniendo presente la posibilidad de que en algunos casos el cedente actúe como agente del deudor.

204. Se acordó que el inciso c) del párrafo 2) era innecesario y debía suprimirse. En la medida en que el proyecto de Convención se refería a créditos y no a instrumentos negociables, no se plantearían las obligaciones del deudor como resultado de la firma, sino más bien como consecuencia de la voluntad de las partes. Además, se observó que, en cualquier caso, en algunos sistemas jurídicos el deudor no podía renunciar a la defensa de nulidad del contrato original. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 20 con las modificaciones que figuran en los párrafos 202 a 204, *supra*.

Artículo 21. *Modificación del contrato de origen*

205. El texto del proyecto de artículo 21 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) El acuerdo concertado antes de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor que afecte a los derechos del cesionario será válido respecto de éste, el cual adquirirá los derechos correspondientes.

“2) Una vez notificada la cesión, el acuerdo concertado entre el cedente y el deudor que afecte a los derechos del cesionario no será válido respecto de éste a menos que:

“a) Consienta en él; o

“b) El crédito no sea exigible por no haberse cumplido plenamente el contrato de origen y éste prevea la posibilidad de una modificación o, en su contexto, un cesionario razonable fuera a consentir en ella.

“3) Lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo no afectará a los derechos del cedente o del cesiona-

rio en razón del incumplimiento de un acuerdo concertado entre ellos.

“[4) A los efectos del presente artículo, la notificación de la cesión será válida aunque no indique la persona a la cual, por cuya cuenta o en cuya dirección el deudor esté obligado a hacer el pago.]”

206. Tras señalar que el proyecto de artículo 21 ya se había aprobado (A/CN.9/447, párrs. 122 a 135) y recordando su decisión de suprimir de la definición de aviso de la cesión toda referencia al concepto de una instrucción de pago (véase el párrafo 71), el Grupo de Trabajo convino en suprimir el párrafo 4).

Artículo 22. *Reintegro de los anticipos*

207. El texto del proyecto de artículo 22 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Sin perjuicio de la ley que rijan la protección del deudor en operaciones efectuadas para fines personales, familiares o del hogar en el Estado en que se encuentra el deudor y de los derechos reconocidos al deudor a tenor del artículo 19, el incumplimiento por el cedente del contrato de origen no dará derecho al deudor a recuperar del cesionario la suma que el deudor hubiese pagado al cedente o al cesionario.”

208. Tras señalar que el proyecto de artículo 22 ya se había aprobado (A/CN.9/447, párrs. 136 a 139), el Grupo de Trabajo decidió que las operaciones efectuadas para fines de consumo deberían estar calificadas por una referencia a operaciones realizadas “primordialmente” para fines personales.

Sección III. *Otras partes*

Artículo 23. *Conflicto de derechos entre varios cesionarios*

209. El texto del proyecto de artículo 23 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) El orden de prelación entre varios cesionarios de los mismos créditos del mismo cedente se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente.

“2) Todo cesionario con prelación podrá renunciar a dicha prelación en beneficio de otro cesionario, independientemente de si en ese momento existe o no dicho cesionario. [La renuncia podrá ser unilateral o podrá producirse mediante acuerdo con el cedente, con el otro cesionario o con cualquier otra persona.]”

210. El Grupo de Trabajo señaló que ya había aprobado el proyecto de artículo 23 (A/CN.9/455, párrs. 18 a 21) y pasó a examinar el texto entre corchetes del párrafo 2). Se expresaron opiniones encontradas, una de las cuales era partidaria de suprimir el texto entre corchetes. Se dijo que la primera oración del párrafo 2) era suficiente, ya que una renuncia voluntaria tendría forzosamente que ser unilateral o por acuerdo. No obstante, la opinión predominante fue que el texto entre corchetes aclaraba una cuestión respecto de la cual existía cierta incertidumbre en algunos ordenamientos jurídicos. Como cuestión de estilo, se sugirió que, a fines de economía y claridad, se modificara el párrafo 2) para que di-

jera lo siguiente: “Todo cesionario con prioridad podrá en cualquier momento renunciar unilateralmente o por acuerdo a su prioridad en favor de cualquier cesionario existente o futuro”. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 2).

Artículo 24. *Conflicto de derechos entre el cesionario y los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia*

211. El texto del proyecto de artículo 24 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) El orden de prelación entre un cesionario y los acreedores del cedente se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente.

“2) En un procedimiento de insolvencia relativo a los activos del cedente, el orden de prelación entre el cesionario y los acreedores del cedente se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente.

“3) No obstante lo dispuesto en los párrafos 1) y 2), un tribunal u otra autoridad competente podrá denegar la aplicación de las disposiciones de la ley del Estado en que se encuentre el cedente únicamente si esas disposiciones son manifiestamente contrarias al orden público del Estado del foro.

“4) De iniciarse un proceso de insolvencia en un Estado que no sea el Estado en que se encuentra el cedente, salvo lo dispuesto en el presente artículo, la presente Convención no afectará a los derechos del administrador de la insolvencia ni a los de los acreedores del cedente.

“[5) De iniciarse un proceso de insolvencia en un Estado que no sea el Estado en que se encuentra el cedente, todo derecho no contractual que en virtud de la legislación del foro tendría prioridad sobre los derechos de un cesionario tendrá efectivamente prioridad no obstante lo dispuesto en el párrafo 2), pero sólo a condición de que el Estado del foro haya especificado dicha prioridad en un instrumento que se haya depositado en poder del depositario antes de efectuarse la cesión.]”

“6) El cesionario que haga valer derechos de conformidad con el presente artículo no gozará de menos derechos que un cesionario que haga valer derechos de conformidad con otro régimen.”

212. Se recordó que el Grupo de Trabajo ya había aprobado el texto del proyecto de artículo 24 (A/CN.9/455, párr. 175).

Párrafo 2)

213. Se observó que se había vuelto a redactar el párrafo 2) a fin de que denotara que el administrador de la insolvencia podría no ser siempre el titular de los derechos de los acreedores del cedente, sino que simplemente podría ejercer esos derechos. También se señaló que la nueva formulación denotaba también que algunos procedimientos de reorganización podrían tener lugar sin un administrador de la insolvencia. A efectos de redacción, se convino en que, en vista de la definición de “procedimiento de insolvencia” establecida en el artículo 1, debían suprimirse las palabras

“relativo a los activos del cedente”. Teniendo en cuenta esa enmienda, el Grupo de Trabajo aprobó el texto revisado del párrafo 2).

Párrafo 3)

214. Se expresaron dudas acerca de la pertinencia de limitar el alcance del orden público a los casos en que las disposiciones aplicables fueran “manifiestamente contrarias” al orden público del Estado. Se señaló que la noción de “manifiestamente contrarias” quizá no fuera de uso común en algunos sistemas jurídicos y, por consiguiente, podría provocar incertidumbre respecto del alcance de la disposición. En respuesta a ello, se explicó que la expresión “manifiestamente” también se utilizaba en muchos otros textos jurídicos internacionales (por ejemplo, en el artículo 6 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)) como atributo de la expresión “orden público”. Se observó que la finalidad de la expresión “manifiestamente” era destacar que las excepciones al orden público podían interpretarse de manera restrictiva y que las disposiciones del párrafo 3) únicamente deberían invocarse en circunstancias excepcionales en relación con cuestiones de importancia crucial para el Estado del foro (véase la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, párrafo 89). De manera general, se consideró que ese enfoque era suficiente para preservar la prelación de los supuestos básicos del orden público del Estado del foro, sin que ello menoscabara indebidamente las seguridades que dimanaban del proyecto de Convención.

Párrafo 4)

215. Se expresó la opinión general de que, en las observaciones, debían incorporarse explicaciones apropiadas respecto del significado de la frase “salvo lo dispuesto en el presente artículo”.

Párrafo 5)

216. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si, a fin de que el proyecto de párrafo 2) del artículo 24 no invalidara las normas nacionales que creaban derechos preferenciales (no contractuales o superprioritarios) (por ejemplo, favoreciendo al Estado con la recaudación de impuestos), era necesario incorporar una disposición separada en consonancia con lo dispuesto en el párrafo 5).

217. De manera general, se estuvo a favor del principio expresado en el párrafo 5), a saber, la posibilidad de que el Estado del foro hiciera prevalecer la legislación nacional que creaba derechos superprioritarios. Al preguntarse si ese principio estaba suficientemente reflejado en el párrafo 3), se respondió que, con arreglo al párrafo 3), el Estado del foro podría denegar la aplicación de una disposición jurídica aplicable con arreglo al párrafo 2) si era manifiestamente contraria a su propio orden público, pero que no podía aplicar disposiciones que reflejaran su propio orden público. También se indicó que en las observaciones podría explicarse que el párrafo 5) tenía por objeto preservar los derechos o intereses no contractuales que tenían prioridad con arreglo a la legislación del Estado del foro.

218. Se debatió entonces si era necesario mantener la referencia que se hacía al final del párrafo 5) a una declaración en que los Estados enumerarían los derechos no contractuales que tendrían prelación respecto de los derechos de un cesionario. A ese respecto, se expresaron opiniones divergentes.

219. Según una opinión, debía mantenerse la referencia a una lista de derechos que se consignarían en una declaración de los Estados. Se dijo que una declaración en consonancia con lo dispuesto en el párrafo 5) podría dar las necesarias garantías sobre la viabilidad del proyecto de Convención si se esbozara el alcance de las superprioridades en un Estado determinado. Además, se señaló que podría encontrarse un precedente de ese enfoque en el proyecto de Convención sobre intereses internacionales en materia de equipo móvil del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Se observó también que la falta de una declaración de esa índole y la inseguridad resultante respecto del carácter y el alcance de los derechos superprioritarios reconocidos en un Estado determinado podrían aumentar considerablemente el costo de los créditos en ese Estado.

220. No obstante, la opinión predominante fue la de que se debía suprimir esa referencia. Se señaló que exigir a los Estados que enumeraran en una declaración los derechos no contractuales que tendrían prelación sobre los derechos de un cesionario podrían reducir la aceptabilidad del proyecto de Convención para los Estados, ya que cualquier omisión o error en la declaración tendría como consecuencia que esos derechos quedasen subordinados a los derechos de un cesionario. Además, se señaló que no se contribuiría a la certidumbre si, en contra de las expectativas en las que se basaba el párrafo 5), las declaraciones no fueran lo suficientemente claras y detalladas o estuvieran constantemente sometidas a revisión. Además, se observó que no se debería sobrestimar la incertidumbre resultante de la falta de esas declaraciones, ya que, mientras que la redacción de una lista detallada que determinase cada derecho de superprelación podría resultar técnicamente difícil, las categorías generales de derechos no contractuales que de ordinario se tratarían como derechos superprioritarios ya son bien conocidos de la comunidad financiera internacional. Por otra parte, se dijo que la formulación de esas declaraciones podría resultar constitucionalmente imposible para los gobiernos de los Estados en que no se enumeraran exhaustivamente en textos legales los derechos superprioritarios.

221. Con miras a conciliar la necesidad de una mayor certidumbre respecto a los derechos superprioritarios en los países que así desearan hacerlo, se sugirió que los Estados deberían tener, por lo menos, la posibilidad de formular una declaración de esa naturaleza. Se propuso un texto del siguiente tenor:

“Un Estado podrá depositar en cualquier momento una declaración que determine los derechos [no contractuales] [preferenciales] o los intereses de un cesionario, sin perjuicio de la aplicación de la norma de prelación establecida en el párrafo 2).”

222. A reserva de la supresión de la referencia a las declaraciones por los Estados al final del párrafo 5) y la adición del texto antes mencionado y que figura entre corchetes, el Grupo de Trabajo aprobó el párrafo 5).

Múltiples partes

223. Se recordó que el Grupo de Trabajo había aplazado el examen del párrafo 6) del artículo 1 y de los párrafos 2) y 3) del artículo 3 para dejar tiempo a la celebración de consultas acerca de las prácticas que entrañan multiplicidad de partes (véase el párrafo 28). Se señaló que la multiplicidad de partes podía darse en tres contextos: dos o más deudores podrían ser responsables conjuntamente (es decir, plenamente) y solidariamente (es decir, independientemente) del pago de uno o más créditos; dos o más cedentes podrían ser propietarios conjuntos de uno o más créditos; o uno o más créditos podrían cederse a dos o más cesionarios.

224. Se observó que la multiplicidad de deudores podría darse en el caso en que un prestamista haya concedido crédito a más de un deudor (por ejemplo, a un grupo de empresas bajo propiedad común) y todos los deudores hubiesen acordado ser responsables conjunta y solidariamente en virtud del contrato de origen. Además, se señaló que podría haber múltiples cesionarios en el caso de que varios cesionarios hubiesen prestado dinero a un cedente en virtud de un acuerdo de préstamo único (por ejemplo, un acuerdo de préstamo sindicado). Además, se señaló que en la práctica eran muy raros los casos en que participaban cedentes conjuntos (por ejemplo, cuando varios cedentes son conjuntamente propietarios de uno o más créditos).

225. Se dijo que en el caso de deudores múltiples los derechos y obligaciones de todos los deudores estarían sujetos a las normas del proyecto de Convención si el contrato de origen está regido por la ley de un Estado contratante. No obstante, si el contrato de origen no está regido por la ley de un Estado contratante y sólo hay un deudor que se encuentre en un Estado contratante, cada transacción se considerará como una transacción independiente. Así pues, el proyecto de Convención sólo sería aplicable a los deudores que se encontraran en Estados contratantes. Por otra parte, un crédito se considerará crédito internacional si cada deudor y el cedente estuvieran situados en países diferentes. Más aún, se observó que, en el caso de múltiples cesionarios o cedentes, no se debía tener en cuenta la propiedad conjunta para determinar si el cedente se encuentra situado en un Estado contratante o si una cesión de un crédito es internacional. Se convino en que el proyecto de Convención produciría esos resultados sin necesidad de añadir texto del estilo del párrafo 6) del artículo 1 y de los párrafos 2) y 3) del artículo 3. En consecuencia, se manifestó que no era necesario determinar la responsabilidad primaria o secundaria; las normas del proyecto de Convención se aplicarían como si no existiera responsabilidad conjunta y solidaria, y la aplicabilidad se habría de determinar sobre la base de las partes y las consecuencias económicas de la transacción sin tener en cuenta su estructura o forma. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el párrafo 6) del artículo 1 y los párrafos 2) y 3) del artículo 3.

226. El debate se centró seguidamente en la cuestión de si se puede determinar el lugar en que se encuentran los múltiples cedentes y cesionarios sobre la base de su respectivo mandatario o fiduciario autorizado (apartado v) del inciso k) del proyecto de artículo 5). Se expresaron opiniones encontradas, una de las cuales era partidaria de conservar el apartado v) del inciso k) del proyecto de artículo 5. Se dijo que una disposición de acuerdo con el texto del apartado v) del inciso k) del proyecto de artículo 5 podría proporcionar una útil

aclaración en los casos en que sería razonable determinar el lugar en que se encuentran en función del lugar en que se encuentre el mandatario, ya que el mandatario sería parte en la transacción.

227. Otra opinión se mostró partidaria de suprimir el apartado v) del inciso k) del proyecto de artículo 5. Se observó que sería inapropiado dejar que sea la ley del lugar en que se encuentre el mandatario la que rijan toda una transacción, independientemente de que el mandatario sea parte en la transacción o se limite a desempeñar funciones administrativas. Además, se señaló que ese enfoque podría tener como consecuencia que el proyecto de Convención fuese inaplicable en muchas ocasiones, en la medida en que los mandatarios se encontraran en un paraíso fiscal, que de ordinario no sería un Estado contratante. Además, se señaló que las expresiones “mandatario autorizado” y “fiduciario” no eran de comprensión universal. En respuesta, se observó que sería prematuro eliminar el apartado v) del inciso k) del proyecto de artículo 5 antes de que el Grupo de Trabajo tuviera oportunidad de examinar el párrafo k) del proyecto de artículo en su totalidad. Por esta razón, el Grupo de Trabajo decidió mantener, colocándolo entre corchetes, el apartado v) del inciso k) del proyecto de artículo 5.

III. INFORME DEL GRUPO DE REDACCIÓN

228. El Grupo de Trabajo pidió a un grupo de redacción creado por la Secretaría que examinara el título, el preámbulo y los proyectos de artículo 1 a 22, con miras a armonizar las versiones en los diferentes idiomas.

229. Al concluir sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo examinó el informe del grupo de redacción y aprobó en lo esencial el título, el preámbulo y los proyectos de artículo 1 a 22, en la forma revisada por el grupo de redacción así como los proyectos de artículo 23 y 24. El texto de esos proyectos de artículo revisados, así como los proyectos de artículo 23 y 24 en la forma aprobada por el Grupo de Trabajo, figuran como anexo del presente informe. El Grupo de Trabajo decidió suprimir el párrafo 5) del artículo 1 y los párrafos 2) y 3) del artículo 3. Se acordó que en la segunda oración del inciso a) del artículo 2 se haga referencia a la creación de un derecho de garantía “que se considere” una transferencia de créditos, a fin de reflejar el hecho de que el Grupo de Trabajo estaba estableciendo una ficción jurídica. Por lo que se refiere al inciso c) del proyecto de artículo 5, se decidió que debía aclararse que un crédito existente es el nacido “en el momento de la celebración del contrato de cesión o con posterioridad a éste”. Se decidió que la referencia a ciertos proyectos de artículo que figuraban en las palabras introductorias de los incisos j) y k) del proyecto de artículo 5 debían colocarse entre corchetes para indicar la opinión prevalente en el Grupo de Trabajo de que era preferible una norma sobre “el lugar en que se encuentre” a los efectos del proyecto de Convención en su totalidad. Por lo que respecta al proyecto de artículo 12, se decidió que la referencia a los diversos departamentos y órganos gubernamentales, así como la referencia a las actividades comerciales de entidades gubernamentales debía colocarse entre corchetes para su futuro examen en el próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo. Se sugirió que en el párrafo 2) del proyecto de artículo 19 a continuación de las palabras “liberado de su obliga-

ción” debían añadirse las palabras “mediante pago”. Se pusieron objeciones a la sugerencia diciendo que la adición de esas palabras era innecesaria habida cuenta de que el proyecto de artículo 19 trataba tan sólo del pago liberatorio. Se decidió que en el párrafo 4) del proyecto de artículo 19 se dejara en claro que, una vez recibida la notificación, solamente el cesionario podía dar una orden de pago. Por lo que respecta al proyecto de artículo 21, se recordó que la referencia a una excepción basada en la nulidad del contrato de origen se había suprimido, entre otras razones, porque, en cualquier caso, el deudor no podía renunciar a oponer a esa excepción. En cuanto a la referencia a un “escrito firmado” se dijo que la cuestión debería ser examinada de nuevo en el próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo.

IV. LABOR FUTURA

230. Se señaló que el Grupo de Trabajo debía intensificar sus esfuerzos para llegar a un acuerdo sobre el significado de la expresión “en que se encuentre” a los fines del proyecto de Convención en general. A ese respecto, se observó que, por lo que se refiere al lugar en que se encuentren el cedente y el cesionario, podría existir una posible base de acuerdo en los conceptos de “oficina ejecutiva principal” o “lugar de la administración central”, en tanto que, por lo que respecta al lugar en que se encuentre el deudor, se podría hacer referencia al lugar más íntimamente relacionado con el contrato de origen. Por lo que respecta a las disposiciones del capítulo VI, que se refieren a las reglas imperativas y a cuestiones de orden público, se recomendó cautela en el sentido de que su excepción de las reglas a las que los Estados contratantes podrían eximirse podía dar la impresión inadvertidamente de que su objeto era aplicarlas no sólo a las disposiciones de derecho internacional privado del proyecto de Convención fuera del capítulo VI, sino también a las disposiciones de derecho sustantivo del proyecto de Convención. Se observó que esa consecuencia reduciría considerablemente la certidumbre alcanzada por el proyecto de Convención. En cuanto al anexo facultativo del proyecto de Convención, se sugirió que las cuestiones que se planteaban a ese respecto podrían adelantarse antes del próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo mediante consultas oficiosas.

231. Se señaló que la celebración del próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo se ha previsto que tenga lugar en Viena del 11 al 22 de octubre de 1999, fechas que quedan sujetas a confirmación de la Comisión en su 32.º período de sesiones, que se celebrará en Viena del 17 de mayo al 4 de junio de 1999.

V. RELACIÓN ENTRE EL PROYECTO DE CONVENCIÓN QUE PREPARA EL GRUPO DE TRABAJO Y EL PROYECTO DE CONVENCIÓN DEL UNIDROIT SOBRE LAS GARANTÍAS REALES INTERNACIONALES RESPECTO DE EQUIPO MÓVIL

232. Se señaló que el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) estaba preparando, en cooperación con la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) y otras organizaciones, una Conven-

ción sobre garantías reales (con inclusión de compraventas condicionales y arrendamientos) respecto de equipo móvil de elevado valor, como aviones, equipo espacial y material ferroviario rodante. Se señaló también que el proyecto del UNIDROIT obedecía al propósito de levantar los obstáculos al comercio internacional que creaba la aplicación de la ley del lugar en que se encontraba el equipo (*lex situs*), como consecuencia del cual una garantía real establecida en el país A tal vez no pudiese hacerse valer en el país B.

233. Se dijo además que una de las características básicas del proyecto del UNIDROIT consistía en que constaba de una Convención básica, que enunciaba disposiciones aplicables a diversos tipos de equipo móvil, y protocolos, que se referían a determinadas disposiciones de equipo. Se señaló además que la Convención básica entraría en vigor únicamente cuando lo hiciera uno de los protocolos relativos a equipo. Se observó asimismo que otra característica básica del proyecto del UNIDROIT consistía en que giraba en torno a registros internacionales de cada pieza de equipo que habría que establecer en algún momento del futuro para que el proyecto fuese aplicable. Hasta la fecha, se había preparado un protocolo sobre aeronaves, en cooperación con la OACI, y se estaba preparando, en cooperación con otras organizaciones, uno sobre equipo espacial y otro sobre material rodante ferroviario. Con arreglo al proyecto de protocolo relativo a las aeronaves, se necesitaban tres ratificaciones para que entrara en vigor (a pesar de que en el Convenio de Ginebra de 1948 relativo al reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves, que quedaría reemplazado por el nuevo protocolo, se exigían 20 ratificaciones, lo que era coherente con la práctica de la OACI).

234. El proyecto del UNIDROIT se referiría, entre otras cosas, a la constitución de garantías reales para el derecho al pago o para el derecho al cumplimiento de una obligación contraída en virtud de un contrato de compraventa o arrendamiento de equipo, así como la cesión directa de esos derechos (artículo 1 y artículo 41). El proyecto del UNIDROIT se referiría además a la cesión de garantías reales sobre equipo, de resultas de lo cual y con arreglo al proyecto, los créditos dimanados del contrato de compraventa o arrendamiento de equipo serían transferidos al cesionario de la garantía real (artículo 31). Por otra parte, el proyecto del UNIDROIT se referiría a la cuestión de la prelación en el pago del seguro por la pérdida o destrucción física de equipo (artículo 28 5)).

235. Se señaló que, de esa manera, habría una superposición con el proyecto de Convención que preparaba el Grupo de Trabajo. Habida cuenta de que el proyecto del UNIDROIT resolvería las cuestiones relacionadas con la cesión en términos distintos a los del proyecto de Convención, el resultado podía ser la existencia de dos regímenes incompatibles que se aplicarían a la misma cuestión. Se señaló que esos conflictos podían superarse de tres maneras, excluyendo del ámbito del proyecto de Convención la cesión de créditos dimanados de la compraventa o el arrendamiento de equipo, excluyendo del proyecto del UNIDROIT la cesión de créditos o disponiendo que los conflictos se dirimirían con arreglo a una disposición por la cual se regiría la relación entre el proyecto de Convención y otros textos internacionales. En esa disposición se podía indicar que el proyecto de Convención tenía preferencia respecto del proyecto del UNIDROIT o estaba subordinado a éste. Como alternativa, podía indicar, como en el artículo 42 del proyecto, que el Es-

tado que tuviera interés en aprobar ambos textos decidiera a cuál quería dar primacía.

236. Se señaló que, de excluir del alcance del proyecto de Convención la cesión de créditos dimanados de la compraventa o el arrendamiento de equipo y en el supuesto de que el proyecto del UNIDROIT contara con apoyo generalizado y entrara en vigor dentro de un plazo razonable (lo que dependía de que se establecieran en el futuro registros internacionales de piezas de equipo), la cesión de los créditos de esa índole quedaría comprendida en el proyecto. Como consecuencia más notable, el crédito garantizado por una garantía accesoria sobre equipo sería considerado un derecho accesorio, subordinado a la garantía real; la cesión de esos créditos únicamente sería posible con el consentimiento del deudor; la prelación respecto de esos créditos se determinaría sobre la base de la fecha de la inscripción en el registro internacional correspondiente y el financista del equipo podría aprovechar los recursos previstos en el proyecto del UNIDROIT para salvaguardar sus derechos (artículo 9), así como los previstos en el mismo texto para el caso de insolvencia del prestatario (cedente de los créditos), incluido el de recuperar el equipo gravado dentro de los 30 ó 60 días siguientes al comienzo del juicio de quiebra (artículo XI del protocolo relativo a las aeronaves).

237. En cambio, si la cesión de créditos dimanados de la compraventa o el arrendamiento de equipo quedara excluida del proyecto del UNIDROIT y en el supuesto de que el proyecto de Convención que preparaba el Grupo de Trabajo contara con apoyo generalizado, la cesión quedaría comprendida en él. Como consecuencia más notable, la prelación respecto de esos créditos se fijaría de conformidad con la ley del Estado en que se encontrara el cedente. Si ese Estado fuese parte en el proyecto del UNIDROIT, la prioridad se fijaría según el orden de antigüedad de la inscripción en el registro internacional correspondiente. Sin embargo, si el cedente se encontrara en un país que no fuera parte en el proyecto del UNIDROIT y ese texto fuese aplicable porque el equipo estaba inscrito en un registro nacional (un avión registrado en la dirección nacional de aviación, por ejemplo (artículo 4), podían ser aplicables dos reglas de prelación distintas).

238. Se dijo que, para determinar cuál era la mejor forma de superar el conflicto entre el proyecto de Convención que preparaba el Grupo de Trabajo y el del UNIDROIT, había que resolver una cuestión fundamental de carácter empírico, a saber, si los créditos dimanados de la compraventa o el arrendamiento de equipo constituían parte de la financiación del equipo o de la de los créditos. En ese contexto, se señaló que en las transacciones de financiación de aeronaves, los derechos relacionados con la venta o el arrendamiento de aeronaves (los derechos al pago y los derechos al cumplimiento) eran inseparables de la aeronave en el sentido de que el financiero normalmente trataría de obtener una garantía real sobre ella y sobre los ingresos dimanados del arrendamiento y los derechos relativos al mantenimiento de la aeronave gravada. Se dijo entonces que, para no afectar a prácticas ya establecidas en la financiación de equipo, había que excluir del proyecto de Convención la cesión de créditos dimanados de la compraventa o el arrendamiento de aeronaves y, posiblemente, de otras piezas de equipo similares. Se dijo que, a diferencia de los créditos dimanados de la compraventa o el arrendamiento de aeronaves, los dimana-

dos de la venta de billetes aéreos se utilizaban muchas veces en transacciones de cesión de créditos con fines de financiación, como la titularización, y, por lo tanto, al combinarlos con otros créditos, podían quedar excluidos del proyecto del UNIDROIT.

239. Si bien esa sugerencia contó con cierto apoyo, el Grupo de Trabajo decidió no tomar una decisión definitiva hasta el próximo período de sesiones a fin de darse tiempo para celebrar consultas. Se señaló que, en vista del amplio ámbito de aplicación de la Convención básica del UNIDROIT, la exclusión de la cesión de créditos dimanados de la compraventa y el arrendamiento de todos los tipos de equipo móvil podía reducir considerablemente las ventajas que reportaría para los Estados la aprobación del proyecto de Convención que preparaba el Grupo de Trabajo. Por otra parte, se dijo que las consecuencias de esa exclusión no serían tan graves, ya que el proyecto del UNIDROIT afectaría, como máximo, a un reducido número de transacciones de cesión de créditos con fines de financiación, y no a la gran mayoría de dichas transacciones. Por lo tanto, se observó que tal vez habría que estudiar la posibilidad de traspasar la cesión de créditos a los protocolos o excluirla por completo de la Convención básica en el proyecto del UNIDROIT. Se agregó que habría que estudiar cuidadosamente la posibilidad de superar el conflicto entre el proyecto de Convención preparado por el Grupo de Trabajo y el proyecto del UNIDROIT mediante una disposición relativa a las relaciones con otros textos internacionales.

ANEXO

[PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS CON FINES DE FINANCIACIÓN]

[PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS [EN EL COMERCIO INTERNACIONAL]]

Preámbulo

Los Estados contratantes,

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 amistosas entre los Estados,

Considerando [que] los problemas creados por [la] incertidumbre en lo relativo al contenido y la elección del régimen jurídico aplicable a la [cesión de créditos] en el comercio internacional [constituyen un obstáculo para la financiación de operaciones],

*Deseando establecer principios y adoptar normas [relativos a la cesión de créditos] que creen certidumbre y transparencia y fomenten la modernización del derecho sobre la [cesión de créditos] [con fines de financiación] [con inclusión de las cesiones utilizadas en el facturaje, la venta de créditos documentarios (*forfeiting*), la titularización, la financiación de proyectos y la refinanciación], a la vez que protejan las prácticas de [cesión] [financiación] actuales y faciliten el desarrollo de nuevas prácticas,*

Deseando asimismo velar por la adecuada protección de los intereses del deudor en caso de cesión de créditos,

Considerando que la adopción de un régimen uniforme para la cesión de créditos [con fines de financiación] facilitará el desarrollo del comercio internacional y propiciará la oferta de [capital y] crédito a tipos de interés menos onerosos,

Han convenido en lo siguiente:

Capítulo I. Ámbito de aplicación

Artículo 1. *Ámbito de aplicación*

- 1) La presente Convención será aplicable a:
 - a) Las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos que se definen en el presente capítulo cuando, en el momento de la conclusión del contrato de cesión, el cedente se encuentre en un Estado contratante;
 - b) Las cesiones subsiguientes, siempre y cuando una cesión anterior se rija por la presente Convención; y
 - c) Las cesiones subsiguientes que se rijan por la presente Convención en virtud del inciso a) de este párrafo, a pesar de que alguna cesión anterior no se rija por la presente Convención.
- 2) La presente Convención no afectará a los derechos y obligaciones del deudor, a menos que éste se encuentre en un Estado contratante o que la ley que rija el crédito sea la ley de un Estado contratante.
- [3] Lo dispuesto en los artículos 29 a 33 será aplicable [a las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos que se definen en el presente capítulo, independientemente de los párrafos 1) y 2) del presente artículo] [independientemente de lo dispuesto en el presente capítulo]. Sin embargo, lo dispuesto en los artículos 29 a 31 no será aplicable si un Estado hace una declaración conforme al artículo 42 *bis*.]
- 4) El anexo de la presente Convención será aplicable en todo Estado contratante que haya hecho una declaración conforme al artículo 43.

Artículo 2. *Cesión de créditos*

Para los efectos de la presente Convención:

- a) Por “cesión” se entenderá la transferencia mediante acuerdo efectuada por una parte (“cedente”) a otra (“cesionario”) del derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero (“crédito”) debida por un tercero (“el deudor”). La creación de derechos a créditos como garantía de una deuda u otra obligación se considerará transferencia;
- b) En el caso de que el primer cesionario o cualquier otro cesionario ceda el crédito (“cesión subsiguiente”), la parte que haga la cesión será el cedente y la parte a quien se haga la cesión será el cesionario.

Artículo 3. *Internacionalidad*

Un crédito será internacional si, en el momento en que nace, el cedente y el deudor se encuentran en distintos Estados. Una cesión será internacional si, en el momento de la conclusión del contrato de cesión, el cedente y el cesionario se encuentran en distintos Estados.

Artículo 4. *Exclusiones*

- [1] La presente Convención no será aplicable a la cesión:
 - a) Efectuada para fines personales, familiares o del hogar;
 - b) En la medida en que sea efectuada mediante la entrega de un título negociable, junto con el endoso que sea necesario;
 - c) Que forme parte de la venta, o del cambio de titularidad o de condición jurídica, de la empresa que dio lugar al crédito cedido.
- [2] La presente Convención no será aplicable a las cesiones enumeradas en una declaración hecha conforme al artículo 42 *quater* del proyecto por el Estado en que se encuentre el cedente o, con respecto a las disposiciones de la presente Convención relativas a

los derechos y obligaciones del deudor, por el Estado en que se encuentre el deudor.]

Capítulo II. Disposiciones generales

Artículo 5. *Definiciones y reglas de interpretación*

Para los efectos de la presente Convención:

- a) Por “contrato de origen” se entenderá el contrato entre el cedente y el deudor del que nace el crédito cedido;
- b) Se entenderá que un crédito nace en el momento en que se concerta el contrato de origen;
- c) Por “crédito existente” se entenderá el que nazca al momento de concertarse el contrato de cesión o antes de él; por “crédito futuro” se entenderá el que nazca una vez concertado el contrato de cesión;
- [d] Por “financiación por cesión de créditos” se entenderá la operación en que se suministren fondos en efectivo o en forma de crédito o se presten servicios conexos en contrapartida de los créditos cedidos. La financiación por cesión de créditos incluye prácticas como el facturaje, la venta de créditos documentarios (*forfaiting*), la titulización, la financiación de proyectos y la refinanciación;]
- e) Por “escrito” se entenderá toda forma de declaración que se pueda utilizar posteriormente como referencia. Cuando, con arreglo a la presente Convención, un escrito tenga que ser firmado, ese requisito se entenderá cumplido si, por medios generalmente aceptados o por un procedimiento convenido con quien deba firmar, el escrito lo identifica e indica que aprueba la declaración contenida en él;
- f) Por “notificación de la cesión” se entenderá la comunicación escrita en que se especifiquen en grado suficiente los créditos cedidos y la identidad del cesionario;
- g) Por “administrador de la insolvencia” se entenderá toda persona u órgano, incluso si se ha designado con carácter provisional, autorizada en un procedimiento de insolvencia para administrar la reorganización o la liquidación de los activos o negocios del cedente;
- h) Por “procedimiento de insolvencia” se entenderá todo procedimiento colectivo de carácter judicial o administrativo, inclusive un procedimiento provisional, en el que los activos y los negocios del cedente sean sometidos al control o a la supervisión de un tribunal u otra autoridad competente a efectos de reorganización o liquidación;
- i) Por “prelación” se entenderá el derecho de una parte a ser pagada con preferencia a otra;
- [j] [Para los efectos de los artículos 24 y 25,] se entenderá que una persona se encuentra en el Estado en que tenga su residencia habitual; una sociedad se encuentra en el Estado en que tuvo lugar su constitución; una persona jurídica que no sea una sociedad se encuentra en el Estado en que esté registrado su instrumento constitutivo y, a falta de un instrumento registrado, en el Estado en que tenga su oficina principal;]
- [k] [Para los efectos de los artículos 1 y 3:]
 - i) El cedente se encuentra en el Estado en que tenga el establecimiento que mayor relación tenga con la cesión;
 - ii) El cesionario se encuentra en el Estado en que tenga el establecimiento que mayor relación tenga con la cesión;
 - iii) El deudor se encuentra en el Estado en que tenga el establecimiento que mayor relación tenga con el contrato de origen;
 - iv) Salvo prueba en contrario, se presumirá que el lugar de administración central de una parte es el estableci-

miento que mayor relación tenga con el contrato de que se trate. Si una parte no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual;

- v) Los diversos cedentes o cesionarios se encuentran en el lugar en que se encuentre su respectivo mandatario o fiduciario autorizado.]

Artículo 6. *Autonomía de la voluntad de las partes*

El cedente, el cesionario y el deudor podrán de común acuerdo hacer excepciones a las disposiciones de la presente Convención referentes a sus respectivos derechos y obligaciones o modificarlas. El acuerdo no afectará a los derechos de quien no sea parte en él.

Artículo 7. *Principios de 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 la observancia de la buena fe en el comercio internacional.
- 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención y que no estén expresamente resueltas en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que se inspira la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Capítulo III. Efectos de la cesión

Artículo 8. *Validez de las cesiones de crédito en bloque, las cesiones de créditos futuros y las cesiones parciales*

- 1) La cesión de uno o más créditos existentes o futuros y de partes de créditos o derechos indivisos sobre créditos será válida ya sean los créditos descritos:
 - a) Individualmente como créditos objeto de la cesión; o
 - b) De cualquier otra manera, siempre y cuando puedan identificarse como créditos objeto de la cesión en el momento en que nazcan los créditos.
- 2) A menos que se acuerde otra cosa, la cesión de uno o más créditos futuros será válida sin que se requiera un nuevo acto de transferencia para ceder cada crédito en el momento en que nazca.

Artículo 9. *Momento de la cesión*

Un crédito existente es transferido y se entenderá que un crédito futuro será transferido en el momento de efectuarse la cesión, a menos que el cedente y el cesionario hayan estipulado un momento ulterior.

Artículo 10. *Limitaciones contractuales de la cesión*

- 1) La cesión de un crédito será válida con prescindencia de que el cedente inicial o cualquier cedente ulterior y el deudor o cualquier cesionario subsiguiente lleguen a un acuerdo por el cual se limite de alguna manera el derecho del cedente a ceder sus créditos.
- 2) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad que incumban al cedente por el incumplimiento de tal acuerdo. Quien no sea parte en el acuerdo no será responsable en virtud de él por su incumplimiento.

Artículo 11. *Transferencia de derechos de garantía*

- 1) El derecho personal o real que garantice el pago de un crédito cedido quedará transferido al cesionario sin necesidad de un nuevo

acto de transferencia a menos que, con arreglo a la ley por la cual se rija el derecho, únicamente sea transferible mediante un nuevo acto de transferencia. Si ese derecho, con arreglo a la ley por la cual se rija, únicamente es transferible mediante un nuevo acto de transferencia, el cedente estará obligado a transferir al cesionario el derecho y su producto.

2) El derecho que garantice el pago del crédito cedido quedará transferido en virtud del párrafo 1) del presente artículo a pesar de que exista un acuerdo entre el cedente y el deudor u otra persona por el que se conceda el derecho o se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder el crédito o el derecho que garantice el pago del crédito cedido.

3) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad que incumban al cedente por incumplimiento del acuerdo a que se refiere el párrafo 2) del presente artículo. Quien no sea parte en el acuerdo no será responsable en virtud de él por su incumplimiento.

4) La transferencia de una prenda en virtud del párrafo 1) del presente artículo no afectará a ninguna de las obligaciones del cedente con el deudor o con la persona que conceda el derecho real respecto del bien transferido que se derive de la ley que rige ese derecho real.

5) Lo dispuesto en el párrafo 1) del presente artículo no afectará a los requisitos impuestos por reglas de derecho que no sean las de la presente Convención en lo relativo a la forma o al registro de la transferencia de derechos que garanticen el pago del crédito cedido.

Artículo 12. *Limitaciones relativas a gobiernos y otras entidades públicas*

Lo dispuesto en los artículos 10 y 11 no afectará a los derechos y obligaciones del deudor ni de cualquier otra persona que conceda un derecho real o personal que garantice el pago del crédito cedido si el deudor o la otra persona es un departamento [, organismo, órgano u otra dependencia de gobierno o una subdivisión de ellos, a menos que:

- a) El deudor o la otra persona sea una entidad comercial; o
- b) El crédito o la concesión del derecho sean resultado de actividades mercantiles del deudor o la otra persona.]

Capítulo IV. Derechos, obligaciones y excepciones

Sección I. *Cedente y cesionario*

Artículo 13. *Derechos y obligaciones del cedente y el cesionario*

- 1) Los derechos recíprocos y las obligaciones recíprocas del cedente y del cesionario dimanadas de su acuerdo serán determinados por las condiciones consignadas en ese acuerdo, así como por las normas o condiciones generales a que se haga remisión en él.
- 2) El cedente y el cesionario quedarán obligados por los usos del comercio en que hayan convenido y, salvo acuerdo en contrario, por las prácticas establecidas entre ellos.
- 3) En una cesión internacional, y de no haber convenido ellos en otra cosa, se considerará que el cedente y el cesionario le han hecho implícitamente aplicable todo uso del comercio que sea muy conocido en el comercio internacional y habitualmente observado por las partes en el tipo de práctica [de financiación por cesión de créditos] de que se trate.

Artículo 14. *Garantías implícitas del cedente*

- 1) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido en otra cosa, el cedente garantiza que, en el momento de la conclusión del contrato de cesión:

- a) Tiene derecho a ceder el crédito;
 - b) No ha cedido anteriormente el crédito a otro cesionario; y
 - c) El deudor no puede y no podrá oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación.
- 2) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido en otra cosa, el cedente no garantiza que el deudor tiene o tendrá solvencia financiera para efectuar el pago.

Artículo 15. *Derecho a notificar al deudor*

- 1) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido otra cosa, el cedente, el cesionario o ambos podrán enviar al deudor una notificación de la cesión e instrucciones para el pago; sin embargo, una vez enviada una notificación, únicamente el cesionario podrá enviar instrucciones para el pago.
- 2) La notificación de la cesión o las instrucciones para el pago enviadas sin cumplir el acuerdo a que se hace referencia en el párrafo 1) del presente artículo no carecerán de validez para los efectos del artículo 19 por la mera razón del incumplimiento. Sin embargo, nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla el acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Artículo 16. *Derecho al pago*

- 1) A menos que el cedente y el cesionario hayan convenido en otra cosa, y se haya o no enviado notificación de la cesión:
- a) Si el pago relativo al crédito cedido se hace al cesionario, éste tendrá derecho a conservar lo que perciba;
 - b) Si el pago relativo al crédito cedido se hace al cedente, el cesionario tendrá derecho al pago de lo que haya percibido el cedente.
- 2) Si el pago relativo al crédito cedido se hace a un tercero respecto del cual el cesionario tiene prelación, el cesionario tendrá derecho al pago de lo que haya percibido el tercero.
- 3) El cesionario no podrá conservar un valor superior al que le corresponda en el crédito.

Sección II. *El deudor*

Artículo 17. *Principio de la protección del deudor*

- 1) A menos que se disponga otra cosa en la presente Convención, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones del deudor, incluidas las condiciones de pago fijadas en el contrato de origen, sin su consentimiento.
- 2) En las instrucciones para el pago se podrá cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta a la cual o en la cual el deudor deba hacer el pago; sin embargo, no se podrá cambiar:
- a) La moneda en que se deba hacer el pago según el contrato de origen; o
 - b) El Estado en que se deba hacer el pago según el contrato de origen por otro que no sea aquel en que se encuentre el deudor.

Artículo 18. *Notificación al deudor*

- 1) Tanto la notificación de la cesión como las instrucciones para el pago surtirán efecto una vez recibidas por el deudor si constan en un idioma en el que razonablemente quepa prever que el deudor quedará informado de su contenido. Será suficiente que la notificación de la cesión o las instrucciones para el pago consten en el idioma del contrato de origen.
- 2) La notificación de la cesión y las instrucciones para el pago podrán corresponder a créditos nacidos con posterioridad a la notificación.

- 3) La notificación de una cesión subsiguiente constituye notificación de toda cesión anterior.

Artículo 19. *Pago liberatorio del deudor*

- 1) El deudor, hasta que reciba notificación de la cesión, podrá liberarse de su obligación efectuando el pago de conformidad con el contrato de origen.
- 2) El deudor, una vez que haya recibido notificación de la cesión y a reserva de lo dispuesto en los párrafos 3) a 8) del presente artículo, quedará liberado de su obligación pagando únicamente al cesionario, salvo que existan instrucciones para el pago que indiquen otra cosa.
- 3) El deudor, de serle notificada más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la primera notificación que reciba.
- 4) El deudor, si recibe más de unas instrucciones para el pago relativas a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con las últimas instrucciones para el pago que haya recibido del cesionario antes de hacerlo.
- 5) El deudor, si recibe notificación de una o más cesiones subsiguientes, quedará liberado de su obligación haciendo el pago de conformidad con la notificación de la última de las cesiones subsiguientes.
- 6) El deudor, de serle notificada la cesión por el cesionario, tendrá derecho a pedirle que presente en un plazo razonable prueba suficiente de que la cesión ha tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, quedará liberado de su obligación pagando al cedente. Por prueba suficiente se entenderá, entre otras, cualquier escrito emitido por el cedente en que se indique que la cesión ha tenido lugar.
- 7) Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier otro motivo por el cual el deudor quede liberado de su obligación haciendo el pago a quien tiene derecho a percibirlo, a una autoridad judicial o de otra índole o a una caja pública de depósitos.
- [8] Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier motivo por el cual el deudor pueda liberarse de su obligación pagando a una persona a la que se haya hecho una cesión que no sea válida.]

Artículo 20. *Excepciones y derechos de compensación del deudor*

- 1) El deudor, frente a la acción que interponga el cesionario para reclamarle el pago de los créditos cedidos, podrá oponer o hacer valer las excepciones o los derechos de compensación derivados del contrato de origen, o de una decisión de una autoridad judicial o de otra índole de la que nazca el crédito cedido, que tendría si la acción fuese interpuesta por el cedente.
- 2) El deudor podrá hacer valer contra el cesionario cualquier otro derecho de compensación, siempre que lo tenga en el momento de serle notificada la cesión.
- 3) No obstante lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo, el deudor no podrá oponer ni hacer valer contra el cesionario las excepciones y los derechos de compensación que tenga contra el cedente de conformidad con el artículo 10 en razón del incumplimiento de acuerdos por los que se limite de alguna manera el derecho del cedente a ceder sus créditos.

Artículo 21. *Acuerdo de no oponer excepciones ni hacer valer derechos de compensación*

- 1) Sin perjuicio de la ley que rijan la protección del deudor en operaciones efectuadas primordialmente para fines personales, familia-

res o del hogar en el Estado en que se encuentre el deudor, éste podrá convenir mediante escrito firmado con el cedente en no oponer las excepciones ni hacer valer frente al cesionario los derechos de compensación que tenga con arreglo al artículo 20. En virtud de ese acuerdo, el deudor no podrá oponer esas excepciones ni hacer valer esos derechos contra el cesionario.

2) El deudor no podrá renunciar a oponer:

a) Las excepciones dimanadas de actos fraudulentos imputables al cesionario; o

b) Las excepciones basadas en su incapacidad.

3) Este acuerdo podrá modificarse únicamente mediante otro que conste por escrito y esté firmado. Los efectos de las modificaciones de esta índole respecto del cesionario se regirán por lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 22.

Artículo 22. *Modificación del contrato de origen*

1) El acuerdo concertado antes de la notificación de la cesión entre el cedente y el deudor que afecte a los derechos del cesionario será válido respecto de éste, el cual adquirirá los derechos correspondientes.

2) Una vez notificada la cesión, el acuerdo concertado entre el cedente y el deudor que afecte a los derechos del cesionario no será válido respecto de éste a menos que:

a) Consienta en él; o

b) El crédito no sea exigible por no haberse cumplido plenamente el contrato de origen y éste prevea la posibilidad de una modificación o, en su contexto, un cesionario razonable fuera a consentir en ella.

3) Lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo no afectará a los derechos del cedente o del cesionario en razón del incumplimiento de un acuerdo concertado entre ellos.

Artículo 23. *Reintegro de la suma pagada*

Sin perjuicio de la ley que rija la protección del deudor en operaciones efectuadas primordialmente para fines personales, familiares o del hogar en el Estado en que se encuentre el deudor ni de los derechos reconocidos al deudor en el artículo 20, el incumplimiento por el cedente del contrato de origen no dará derecho al deudor a recuperar del cesionario la suma que hubiese pagado al cedente o al cesionario.

Artículo 24. *Conflicto de derechos entre varios cesionarios*

1) El orden de prelación entre varios cesionarios de los mismos créditos del mismo cedente se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente.

2) El cesionario que tenga prelación podrá renunciar a ella unilateralmente o mediante acuerdo en beneficio de otro u otros cesionarios existentes o futuros.

Artículo 25. *Conflicto de derechos entre el cesionario y los acreedores del cedente o el administrador de la insolvencia*

1) El orden de prelación entre un cesionario y los acreedores del cedente se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente.

2) En un procedimiento de insolvencia, el orden de prelación entre el cesionario y los acreedores del cedente se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente.

3) No obstante lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo, un tribunal u otra autoridad competente podrá denegar la aplicación de una disposición de la ley del Estado en que se encuentre el cedente únicamente si esa disposición es manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro.

4) De iniciarse un proceso de insolvencia en un Estado que no sea aquel en que se encuentre el cedente, y salvo lo dispuesto en el presente artículo, la presente Convención no afectará a los derechos del administrador de la insolvencia ni a los de los acreedores del cedente.

5) De iniciarse un proceso de insolvencia en un Estado que no sea aquel en que se encuentre el cedente, los derechos o intereses [no consensuales] [preferentes] que en virtud de la legislación del Estado del foro tendrán prelación sobre los intereses de un cesionario la tendrán efectivamente no obstante lo dispuesto en el párrafo 2). [El Estado podrá depositar en cualquier momento una declaración en que se consignen los derechos o intereses [no consensuales] [preferentes] que tendrán prelación sobre los intereses de un cesionario no obstante la aplicación de la regla de prelación enunciada en el párrafo 2) del presente artículo.]

6) El cesionario que haga valer derechos de conformidad con el presente artículo no tendrá menos derechos que el cesionario que lo haga de conformidad con otra ley.

[Artículo 26. *Conflicto de derechos con respecto al pago*

1) Si el pago correspondiente a un crédito cedido se hace al cesionario, éste tendrá un derecho real respecto de lo que perciba.

2) Si el pago correspondiente a un crédito cedido se hace al cedente, el cesionario tendrá un derecho real respecto de lo que se perciba si:

a) Consiste en dinero, cheques, transferencias telegráficas, saldos acreedores en cuentas de depósito o activos similares ("fondos recibidos");

b) El cedente ha cobrado esos fondos cumpliendo instrucciones del cesionario de conservarlos en beneficio del cesionario; y

c) El cedente conserva los fondos recibidos en beneficio del cesionario en forma separada de sus propios activos, como en el caso de una cuenta de depósito separada en la que sólo haya fondos recibidos por concepto de créditos cedidos al cesionario.

3) Con respecto a los derechos reales a que se hace referencia en los párrafos 1) y 2) del presente artículo, el cesionario tendrá la misma prelación que tenía en los créditos cedidos.

4) Si el pago correspondiente a un crédito cedido se hace al cedente y no se cumplen los requisitos enunciados en el párrafo 2) del presente artículo, el orden de prelación respecto de lo que se perciba se fijará de la manera siguiente:

a) Si se percibe un crédito, la prelación se regirá por la ley del Estado en que se encuentre el cedente;

b) Si se perciben otros activos, la prelación se regirá por la ley del Estado en que estén situados.

5) Los párrafos 3) a 5) del artículo 25 serán aplicables a los conflictos que se susciten en cuanto a la prelación entre un cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente con respecto a lo que se perciba.]

F. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 30.º período de sesiones: artículos revisados del proyecto de Convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación: observaciones y sugerencias: nota de la Secretaría
(A.CN.9/WG.II/WP.102) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Página</i> |
|---|---------------|
| INTRODUCCIÓN | 142 |
| PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS CON FINES DE FINANCIACIÓN | 143 |
| Preámbulo | 143 |
| Capítulo I. Ámbito de aplicación | 143 |
| Artículo 1. Ámbito de aplicación | 143 |
| Artículo 2. Cesión de créditos | 146 |
| Artículo 3. Internacionalidad | 147 |
| Artículo 4. Exclusiones | 148 |
| Capítulo II. Disposiciones generales | 149 |
| Artículo 5. Definiciones y reglas de interpretación | 149 |
| Artículo 6. Autonomía de la voluntad de las partes | 149 |
| Artículo 7. Protección del deudor | 150 |
| Artículo 8. Principios de interpretación | 150 |
| Capítulo III. Forma y efecto de la cesión | 150 |
| Artículo 9. Forma de la cesión | 150 |
| Artículo 10. Efecto de la cesión | 151 |
| Artículo 11. Momento en que se transfieren los créditos | 152 |
| Artículo 12. Limitaciones contractuales de la cesión | 152 |
| Artículo 13. Transferencia de los derechos de garantía | 153 |
| Capítulo IV. Derechos, obligaciones y excepciones | 154 |
| Sección I. Cedente y cesionario | 154 |
| Artículo 16. Derecho a dar aviso al deudor | 154 |
| Sección II. Deudor | 155 |
| Artículo 17 <i>ter</i> . Principio de la protección del deudor | 155 |
| Artículo 17 <i>quater</i> . Aviso del deudor | 155 |
| Artículo 18. Pago liberatorio del deudor | 155 |
| Artículo 19. Excepciones y derechos de compensación del deudor | 156 |
| Artículo 20. Acuerdo de no oponer excepciones ni derechos de compensación | 156 |
| Artículo 21. Modificación del contrato de origen | 157 |
| Sección III. Otras partes | 157 |
| Artículo 23. Conflicto de derechos entre varios cesionarios | 157 |
| Artículo 24. Conflicto de derechos entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente | 157 |
| Capítulo V. Cesiones subsiguientes | 157 |
| Capítulo VI. Conflictos de leyes | 157 |
| Capítulo VII. Reglas de prelación alternativas | 158 |

| | <i>Página</i> |
|--|---------------|
| Capítulo VIII. Cláusulas finales | 158 |
| Artículo 42. Conflictos con acuerdos internacionales | 158 |
| Artículo 42 bis. Aplicación del capítulo VI | 158 |
| Artículo 42 ter. Cesiones adicionales abarcadas por la Convención ... | 158 |
| Artículo 42 quater. Otras exclusiones | 158 |
| Artículo 43. Aplicación del capítulo VII | 158 |
| Artículo 44. Reglas o procedimientos de insolvencia no afectados por la presente Convención | 158 |
| Artículo 46. Aplicación a las unidades territoriales | 158 |
| Artículo 47. Efecto de las declaraciones | 159 |
| Artículo 48. Reservas | 159 |
| Artículo 50. Denuncia | 159 |

INTRODUCCIÓN

1. En el 32.º período de sesiones el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales prosiguió con la preparación de un régimen uniforme para la cesión de créditos con fines de financiación, de conformidad con la decisión adoptada por la Comisión en su 28.º período de sesiones (Viena, 2 a 26 de mayo de 1995)¹. Éste ha sido el séptimo período de sesiones dedicado a la preparación de ese régimen uniforme, titulado provisionalmente proyecto de Convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación.

2. La decisión de la Comisión de ocuparse del tema de la cesión de créditos con fines de financiación se adoptó atendiendo a las sugerencias que se le formularon concretamente en el Congreso de la CNUDMI titulado “Hacia un derecho mercantil uniforme en el siglo XXI”, celebrado en Nueva York del 17 al 21 de mayo de 1992 simultáneamente con el 25.º período de sesiones. En el Congreso se sugirió también que la Comisión reanudara su labor sobre los derechos reales de garantía en general, que la Comisión en su 13.º período de sesiones (1980) había decidido aplazar hasta una fecha ulterior².

3. En sus períodos de sesiones 26.º a 28.º (1993 a 1995), la Comisión examinó tres informes de la Secretaría sobre determinados problemas jurídicos que planteaba la cesión de créditos (A/CN.9/378/Add.3, A/CN.9/397 y A/CN.9/412). Tras examinar esos informes, la Comisión llegó a la conclusión de que sería conveniente y factible preparar un conjunto de reglas uniformes con objeto de eliminar los obstáculos con que tropieza la financiación por cesión de créditos a causa de la incertidumbre existente en diversos ordenamientos jurídicos en lo relativo a la validez de las cesiones transfronterizas (en las que el cedente, el cesionario y el deudor no se

encuentran en el mismo país) y con respecto a las consecuencias jurídicas de estas cesiones para el deudor y otros terceros³.

4. En su 24.º período de sesiones (Viena, 13 a 24 de noviembre de 1995), el Grupo de Trabajo inició su labor examinando una serie de disposiciones del anteproyecto de régimen uniforme que figuraban en un informe del Secretario General titulado “Examen de un anteproyecto de régimen uniforme” (A/CN.9/412). En ese período de sesiones se instó al Grupo de Trabajo a que se esforzara por preparar un texto jurídico que permitiera mejorar la oferta de crédito a un costo más bajo (A/CN.9/420, párr. 16).

5. En su 29.º período de sesiones (1996), la Comisión tuvo ante sí el informe del 24.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/420). La Comisión manifestó su reconocimiento por la labor realizada y pidió al Grupo de Trabajo que la agilizará⁴.

6. En sus períodos de sesiones 25.º y 26.º (Nueva York, 8 a 19 de julio, y Viena, 11 a 22 de noviembre de 1996), el Grupo de Trabajo continuó su labor examinando distintas versiones del proyecto de régimen uniforme que figuraban en dos notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.87 y A/CN.9/WG.II/WP.89, respectivamente). En esos períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo hizo suya la hipótesis de que el texto que se preparaba adoptaría la forma de convención (A/CN.9/432, párr. 28) e incluiría disposiciones de derecho internacional privado (A/CN.9/434, párr. 262).

7. En su 30.º período de sesiones (1997), la Comisión tuvo ante sí los informes de los períodos de sesiones 25.º y 26.º del Grupo de Trabajo (A/CN.9/432 y A/CN.9/434). La Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había llegado a

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17), párrs. 374 a 381.

²Ibíd., trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/35/17), párrs. 26 a 28.

³Ibíd., cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/48/17), párrs. 297 a 301; ibíd., cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/49/17), párrs. 208 a 214, e ibíd., quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17), párrs. 374 a 381.

⁴Ibíd., quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), párr. 234.

un acuerdo sobre una serie de cuestiones y que entre las principales cuestiones pendientes figuraban la validez de la cesión frente a terceros como los acreedores del cedente y el administrador de la insolvencia del cedente⁵. Además, la Comisión tomó nota de que el proyecto de Convención había despertado el interés de los medios financieros en los que se practicaba la financiación por cesión de créditos y de los gobiernos, ya que brindaba la posibilidad de aumentar los créditos disponibles a tipos de interés más favorables⁶.

8. En sus períodos de sesiones 27.º y 28.º (Viena, 20 a 31 de octubre de 1997, y Nueva York, 2 a 13 de marzo de 1998), el Grupo de Trabajo examinó dos notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.93 y A/CN.9/WG.II/WP.96, respectivamente). En su 28.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó los textos de los proyectos de artículo 14 a 16 y 18 a 22 y pidió a la Secretaría que revisara el proyecto de artículo 17 (A/CN.9/447, párrs. 161 a 164 y 68, respectivamente).

9. En su 31.º período de sesiones (1998), la Comisión tuvo ante sí los informes de los períodos de sesiones 27.º y 28.º del Grupo de Trabajo (A/CN.9/445 y A/CN.9/447). La Comisión expresó su reconocimiento por la labor realizada y pidió al Grupo de Trabajo que continuase su labor con celeridad a fin de concluirlo en 1999 y que presentara el proyecto de Convención a la Comisión en su 33.º período de sesiones (2000) para su aprobación⁷.

10. En su 29.º período de sesiones (Viena, 5 a 16 de octubre de 1998), el Grupo de Trabajo examinó dos notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.96 y A/CN.9/WG.II/WP.98), así como una nota que contenía el informe de un grupo de expertos preparado por la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (A/CN.9/WG.II/WP.99). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó el texto del preámbulo y de los artículos 1 1) y 2), 5 g) a j), 18 5 bis), 23 a 33 y 41 a 50 del proyecto (A/CN.9/455, párr. 17).

11. A fin de facilitar las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en la presente nota se presentan observaciones sobre diversos artículos del proyecto. Cuando es necesario, se sugieren disposiciones en sustitución o como complemento de las existentes con objeto de que el Grupo de Trabajo las examine. Las observaciones relativas a los artículos 1 a 13 del proyecto se refieren a las disposiciones que figuran en el documento A/CN.9/WG.II/WP.96 (que habrían de leerse teniendo en cuenta las observaciones que figuran en este texto y también en el documento A/CN.9/WG.II/WP.98); las observaciones relativas a los artículos 14 a 16 y 18 a 22 del proyecto se refieren a las que figuran en el anexo del documento A/CN.9/447; las observaciones relativas a los artículos 17 y 17 bis del proyecto guardan relación con las disposiciones que aparecen en el documento A/CN.9/WG.II/WP.98, y las observaciones relativas a los artículos 5 g) a j), 18 5 bis), 23 a 33 y 41 a 50 del proyecto guardan relación con las disposiciones que figuran en el anexo del documento A/CN.9/455.

⁵Ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/52/17), párr. 254.

⁶Ibíd., párr. 256.

⁷Ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/53/17), párr. 230.

PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS CON FINES DE FINANCIACIÓN

Preámbulo

El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de incluir en el preámbulo una referencia al principio de la protección del deudor. De este modo, el preámbulo haría referencia a los dos principios más importantes de una ley moderna de cesión de créditos: al principio en virtud del cual se facilita la financiación de créditos y al principio de la protección del deudor. Cabría pues agregar al texto una frase como la siguiente: “*Deseosos asimismo* de asegurar la adecuada protección de los intereses del deudor en caso de cesión de créditos”. (Con respecto al lugar en que deberá figurar el proyecto de artículo 7, véanse las observaciones relativas a ese artículo.)

Capítulo I. Ámbito de aplicación

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. Está aún pendiente de decisión la cuestión del significado del concepto de “ubicación” en el proyecto de artículo 1. El Grupo de Trabajo ha examinado hasta la fecha diversas sugerencias, como las de hacer referencia al lugar de constitución o al establecimiento con el que la cesión esté más estrechamente vinculada (A/CN.455, párr. 165; en cuanto a la ubicación del deudor, habría que hacer referencia al establecimiento que estuviera más estrechamente vinculado con el contrato de origen entre el cedente y el deudor).

2. Suponiendo que el concepto de “ubicación” tuviera el mismo significado para los fines de los artículos 1 y 3 del proyecto, si se combinaran el lugar de constitución y el establecimiento pertinente, lo cual sólo tendría relevancia en los casos en que ambos lugares coincidieran, el proyecto de Convención podría abarcar también las operaciones de ámbito puramente nacional (por ejemplo, una cesión de créditos en que el cedente, el cesionario y el deudor tuvieran sus establecimientos en el mismo Estado, mientras que la empresa matriz del cesionario estuviera constituida en otro Estado).

3. El principal argumento a favor del criterio del lugar de constitución es que, al implicar que se haría referencia a una jurisdicción única y fácilmente determinable, ofrecería certeza en cuanto a la aplicación del proyecto de Convención, lo cual redundaría en una mayor oferta de crédito con un costo más asequible (A/CN.9/455, párr. 27). Si bien este criterio fue considerado aceptable en el contexto de los artículos 23 y 24 del proyecto, ha sido criticado en relación con las disposiciones sobre el ámbito de aplicación por considerarse que el lugar de constitución es un lugar ficticio y al invocarlo en este contexto se correría el riesgo de que el proyecto de Convención resultara aplicable también a operaciones de ámbito puramente nacional (A/CN.9/455, párr. 164). El criterio del lugar de constitución también podría provocar una situación en que el proyecto de Convención no sería aplicable a una operación a todas luces internacional (por ejemplo, una cesión de créditos de una sucursal en el país A a la empresa matriz constituida en el país B, donde se encontrarán también el cedente y el deudor).

4. Además, cabe argumentar que con el concepto de “lugar de constitución” es posible que no se logre el objetivo decla-

rado de promover la certeza, dado que dicho concepto no se entiende en todas partes del mismo modo y, a diferencia del establecimiento, que suele figurar en el encabezamiento de las cartas de las empresas, no es de fácil averiguación para los terceros. Además, ese criterio puede tener la consecuencia imprevista de que el proyecto de Convención no sea aplicable a casos en que una empresa tenga de hecho su establecimiento en uno o más lugares pero se haya constituido en un paraíso fiscal que, como suele ocurrir, no sea un Estado contratante. Una referencia al lugar de constitución, es decir, a la nacionalidad de la empresa, estaría además en contradicción con el criterio normal de referirse a la residencia de las personas y no a su nacionalidad (A/CN.9/WG.II/WP.99, sección 3; véase también el párrafo 6, *infra*).

5. En favor del criterio de establecimiento se ha sostenido que proporcionaría una certeza suficiente, dado que es un término bien conocido, utilizado en diversas leyes uniformes y suficientemente explicado en la jurisprudencia existente (A/CN.9/455, párr. 164). Ese criterio también supondría flexibilidad, ya que en cada caso se haría hincapié en el establecimiento pertinente, es decir, en el establecimiento más estrechamente vinculado con la operación pertinente (la cesión para el cedente y el cesionario, y el contrato de origen para el deudor). La principal crítica que se ha formulado hasta la fecha contra ese criterio es que resultaría muy difícil, en particular para terceros, determinar en cada caso dónde se encuentra el establecimiento pertinente, y esa dificultad repercutiría negativamente en la oferta de crédito y en su costo. Además, se ha argumentado que, a fin de evitar resultados incoherentes, convendría que el concepto de “ubicación”, que se había definido para los fines de los artículos 23 y 24 del proyecto con referencia al establecimiento, no se definiera de otro modo para los fines de otras disposiciones del proyecto de Convención (A/CN.9/455, párr. 163). Además, cabe sostener que en diversas operaciones relacionadas con servicios en las que los servicios fueran prestados por diversas filiales de una empresa, sería difícil e innecesario hacer referencia al establecimiento de las filiales que intervinieran en la operación, mientras que resultaría más fácil y más razonable desde un punto de vista práctico aludir al establecimiento de la empresa matriz. Al hacerse referencia al establecimiento más estrechamente vinculado con la cesión se corre también el riesgo de generar una situación en que las diversas cesiones de los mismos créditos por parte del cedente pueden quedar sujetas a regímenes jurídicos diferentes por la simple razón de que cada una de las cesiones puede tener sus vínculos más estrechos con jurisdicciones distintas.

6. Al tratar de formular una solución de aceptación general, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que, en algunos ordenamientos jurídicos, la empresa tiene la nacionalidad del Estado en que se ha constituido, que sólo puede ser uno. En esos ordenamientos jurídicos, la residencia de la empresa se determina en función del lugar en que tiene su sede y su administración central, que puede ser más de uno según el fin por el que deba determinarse la residencia. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta también que, en otros ordenamientos jurídicos, se hace referencia a la sede de una empresa más que a su nacionalidad, es decir, al lugar desde el que ejerce sus funciones centrales de administración y gestión. En esos ordenamientos jurídicos, la empresa que no se haya constituido conforme a la legislación de la jurisdicción en que tiene su administración central no existe como empresa y sus socios son personalmente responsables

(en cualquier caso, las operaciones locales de una filial no adquieren carácter internacional por el mero hecho de que la empresa matriz sea extranjera).

7. Así, al tratar de llegar a una solución de transacción que tenga una aceptación general, el Grupo de Trabajo tal vez desee concentrarse en el lugar de la administración central. De hecho, el lugar de la administración central (en otras palabras, la principal oficina ejecutiva o el centro de los principales intereses) ha servido como principal punto de referencia en diversas leyes uniformes. Por ejemplo, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza se hace referencia al centro de los principales intereses [del deudor insolvente], al tiempo que se crea una presunción rebatible en favor de la sede estatutaria del deudor, o de la residencia habitual en el caso de las personas (artículo 16 3)). El Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma, 1980; en adelante denominado “el Convenio de Roma”) hace referencia al lugar más estrechamente vinculado con el contrato, al tiempo que crea una presunción en favor del lugar en que la parte pertinente tiene su administración central, en el caso de empresas o personas jurídicas, o su residencia habitual en el caso de personas (artículo 4 2)).

8. El Grupo de Trabajo tal vez desee atenerse al siguiente criterio: a efectos de determinar la ubicación del cedente y del cesionario, cabría hacer referencia al establecimiento más estrechamente vinculado con la cesión; a efectos de determinar la ubicación del deudor, cabría hacer referencia al establecimiento más estrechamente vinculado con el contrato de origen; y cabría crear una presunción rebatible en favor del lugar en que el cedente tenga su administración central (véase el proyecto de artículo 5 *k*), *infra*).

9. Una disposición de esta índole ofrecería a la vez certeza y flexibilidad al crear una presunción sobre el significado del principal punto de referencia (es decir, el establecimiento pertinente), permitiendo al mismo tiempo a las partes rebatir la presunción demostrando que la operación está principalmente vinculada con otro Estado. Si la disposición propuesta resultara aceptable, el Grupo de Trabajo tal vez desearía hacer extensible su aplicación a todo el proyecto de Convención, es decir, a los artículos 9, 17 *bis*, 19 2) (si se hace referencia a la ley del lugar en que se encuentra el deudor; véanse, *infra*, las observaciones sobre los proyectos de artículo 19), 20 1), 22 a 24, 29 a 33 y 46 3).

10. El Grupo de Trabajo tal vez desee también plantearse si las partes en la cesión deben tener derecho a adherirse al proyecto de Convención. Esta adhesión, que sería conforme al principio de la autonomía de las partes (A/CN.9/WG.II/WP.98, proyecto de artículo 1, observación 2), tal vez no sea apropiada cuando están en juego los derechos de terceros. Conforme a este criterio, el proyecto de artículo 29 permite al cedente y al cesionario elegir el derecho aplicable a la relación entre ambos. El proyecto de artículo 30 se basa también en la presunción de que, al menos en el caso de los créditos contractuales, el cedente y el deudor pueden elegir el derecho que debe regir la relación entre ambos (que puede afectar al cesionario como nuevo acreedor). A diferencia de los artículos 29 y 30, el proyecto de artículo 31 no permite elegir el derecho en cuestiones de prelación, ya que no sería apropiado que el cedente y el cesionario acordaran medidas que afectaran a los derechos de terceros. Además, en la práctica, tal vez no resulte fácil a los terceros averiguar si el ce-

dente ha optado por adherirse al proyecto de Convención o por no quedar vinculado a él. Además, el criterio de la adhesión o la no vinculación podría dar resultados incongruentes en el caso de una cadena de cesiones cuando algunas de ellas estuvieran sujetas al proyecto de Convención mientras que otras estuvieran reguladas por leyes distintas. Así pues, si se diera al cedente y al cesionario el derecho a adherirse al proyecto de Convención o a no quedar vinculado a él, ambas opciones sólo podrían repercutir en las relaciones entre ambos. Éste es el propósito del proyecto de artículo 6.

11. Una forma de permitir a las partes la adhesión o la no vinculación al proyecto de Convención podría ser una disposición que definiera el concepto de ubicación como el lugar elegido por las partes. Sin embargo, este enfoque aún podría afectar a los derechos de terceros. Con respecto al cedente, ello es obvio ya que la ubicación del cedente es de importancia decisiva para la aplicación del proyecto de Convención y para la determinación del derecho que rige las cuestiones de prelación. El resultado sería el mismo aun en el caso de adhesión o no vinculación del cesionario y del deudor por cuanto, habida cuenta del proyecto de artículo 3, la elección del lugar por parte del cesionario puede dar carácter internacional a una operación puramente nacional, y la elección del lugar por parte del deudor podría dar carácter nacional a una operación internacional.

12. El Grupo de Trabajo podría lograr una solución que ofreciera cierta flexibilidad sin perjuicio de la certeza sobre la aplicación del proyecto de Convención, concretamente permitiendo que los Estados aplicaran el proyecto de Convención a prácticas adicionales (o excluyeran en el proyecto de artículo 4 algunas de las prácticas abarcadas por el proyecto de artículo 2; véanse, *infra*, el proyecto de artículo 1 7) y el proyecto de artículo 4, observación 4). No obstante, el criterio basado en declaraciones de los Estados tal vez no resulte el más apropiado para la unificación del derecho, dado que el proyecto de Convención tendría un alcance distinto para los diferentes Estados. Además, este criterio tal vez no promueva la certeza sobre la aplicación del proyecto de Convención si las declaraciones se formulan en términos ambiguos (sin embargo, actualmente se prevén declaraciones en los siguientes artículos: 42; 1 4) y 42 *bis*; 1 7) y 42 *ter*; 4 2) y 42 *quater*; 1 5) y 43, y 24 5) y 44; véanse también el proyecto de artículo 9, observación 6, y el proyecto de artículo 12, observación 11).

13. El Grupo de Trabajo tal vez desee abordar la cuestión de si para que el proyecto de Convención sea aplicable en el caso de múltiples cedentes o múltiples deudores es preciso que todos ellos se encuentren en un Estado contratante (A/CN.9/WG.II/WP.98, proyecto de artículo 3, observación 5).

14. Cabe la posibilidad de que existan múltiples cedentes, por ejemplo, en una cesión realizada por un consorcio de contratistas en el contexto de la financiación de proyectos, o en una cesión en el marco de una asociación limitada en que los socios actúen a título individual. Es posible que estas situaciones puedan regularse mejor con una disposición que haga referencia al lugar en que se encuentra el mandatario o fiduciario que actúa en nombre de los múltiples cedentes (A/CN.9/WG.II/WP.98, proyecto de artículo 3, observación 6). La disposición sólo sería aplicable si, en virtud de la ley aplicable a la autoridad del mandatario o fiduciario, el mandatario o fiduciario estuviera debidamente autorizado a actuar en nombre de los múltiples cedentes (por ejemplo, si el manda-

tario o el fiduciario estuvieran autorizados a hacer algo más que prestar servicios administrativos). Sería útil aclarar este punto en el comentario sobre el proyecto de Convención.

15. También puede haber múltiples cedentes cuando hay un crédito del que son propietarias parcial o conjuntamente y por separado varias personas. No obstante, en este caso no se requerirá una norma especial si el Grupo de Trabajo accede a que cada cesión de una parte de un crédito o de un crédito entero del que sean propietarias conjuntamente varias personas sea una cesión distinta que deba cumplir los requisitos del proyecto de artículo 1 1) y 2).

16. Puede haber múltiples deudores cuando hay más de un crédito adeudado por varios deudores, así como en el caso de un crédito adeudado parcial o conjuntamente y por separado por varios deudores. No es preciso formular una regla especial para los casos con varios deudores de un único crédito, ya que la parte de un crédito o el crédito entero adeudado conjuntamente y por separado por varios deudores constituirían un crédito en sí que estaría debidamente regulado por el proyecto de artículo 1 2), con el resultado de que sería necesario que cada deudor se encontrara en un Estado contratante (dado que la cuestión de las partes múltiples se plantea también en el contexto del artículo 3, podría ser regulada por una disposición que fuera aplicable también al proyecto de artículo 3; véanse, *infra*, las observaciones referentes al proyecto de artículo 3).

17. La cuestión del alcance o la finalidad de las reglas de derecho internacional privado que figuran en el proyecto de Convención (capítulo VI) y la cuestión de la relación entre las disposiciones sobre prelación en el derecho internacional privado (artículos 23 y 24 del proyecto) y las disposiciones sobre prelación en el derecho sustantivo (capítulo VII) están también pendientes de examen.

18. Según el párrafo 3), si se suprimen las palabras entre corchetes, las reglas de derecho internacional privado que figuran en el proyecto de Convención serían aplicables independientemente de si el cedente o el deudor se encontraran en un Estado contratante o de si el derecho aplicable al crédito fuera el derecho de un Estado contratante. Además, si se suprimen las palabras que figuran entre corchetes, las disposiciones de derecho internacional privado del proyecto de Convención habrían de ser aplicables independientemente de las demás disposiciones del capítulo I sobre el ámbito de aplicación, en particular de la definición de internacionalidad que figura en el proyecto de artículo 3 (véase el texto del segundo corchete del proyecto de artículo 1 4), *infra*). El Grupo de Trabajo tal vez desee también estudiar la posibilidad de trasladar esta disposición al capítulo VI y tratar el tema más a fondo en el comentario sobre el proyecto de Convención.

19. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de que los Estados puedan adoptar únicamente el capítulo VI. Se observa que el capítulo VI sería en gran medida compatible con los instrumentos internacionales existentes que regulan cuestiones conexas y, además, podría verse como una oportunidad idónea para resolver cuestiones no tratadas o no del todo reguladas en esos otros instrumentos. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la cuestión de la jerarquía entre las disposiciones de derecho sustantivo y de derecho internacional privado del proyecto de Convención en el caso de un Estado contratante que no haya

formulado reservas respecto del capítulo VI. El Grupo de Trabajo tal vez desee asegurar que se examine la aplicación de las disposiciones de derecho sustantivo del proyecto de Convención antes de que un Estado contratante recurra a la aplicación de las disposiciones de derecho internacional privado del proyecto de Convención.

20. En su 29.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que los Estados pudieran formular una reserva respecto del capítulo VI (A/CN.9/455, párr. 72, y proyecto de artículo 1 4), *infra*). Sin embargo, tal vez esta opción de no vinculación debería limitarse a los artículos 29 a 31 del proyecto, dado que los artículos 32 y 33, por razones de coherencia, deberían ser aplicables a las disposiciones de derecho internacional privado que no entren en el ámbito del capítulo VI (es decir, los artículos 1 2), 9, 17 *bis*, 19 2) y 23 a 24 del proyecto; véanse también las observaciones sobre los artículos 24 3), 32 a 33 y 42 *bis* del proyecto). A fin de evitar que este criterio se pueda interpretar en el sentido de que las disposiciones de derecho sustantivo del proyecto de Convención quedan sujetas a reglas de derecho imperativas o reglas que reflejan el orden público del Estado del foro, minando así la certeza lograda por el proyecto de Convención, convendría explicar más detalladamente esta cuestión en el comentario (a este respecto, véase también el documento A/CN.9/WG.II/WP.98, proyecto de artículo 22).

21. En el párrafo 4) debería hacerse referencia al derecho de los Estados contratantes a adherirse al capítulo VII (A/CN.9/445, párrs. 26 y 27, y A/CN.9/455, párr. 120). La segunda frase del párrafo 4) puede suprimirse. Los Estados contratantes que se adhieran al capítulo VII aún podrían beneficiarse de las disposiciones de derecho internacional privado en materia de prelación que figuran en los artículos 23 y 24 del proyecto. Además, una vez estudiado su contenido, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión del lugar del texto del proyecto de Convención en que convendría insertar el capítulo VII (véanse, *infra*, las observaciones sobre el capítulo VII).

22. El Grupo de Trabajo tal vez desee también estudiar la cuestión de si el proyecto de artículo 25, relativo al ámbito de aplicación del proyecto de Convención con respecto a las cesiones subsiguientes, debería figurar en el contexto del proyecto de artículo 1 (A/CN.9/455, párr. 54). Tal vez convendría revisar el párrafo 2) del proyecto de artículo 25 a fin de asegurar que el cesionario subsiguiente, que ceda los créditos que le han sido cedidos, sea tratado como cedente inicial, mientras que el cesionario subsiguiente que reciba los créditos cedidos anteriormente sea tratado como cesionario inicial.

23. Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el siguiente texto modificado del proyecto de artículo 1):

“1) La presente Convención será aplicable a:

“a) Las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos como se definen en el presente capítulo cuando, en el momento de la cesión, el cedente se encuentre en un Estado contratante;

“b) Las cesiones de créditos efectuadas por el cesionario inicial o por otro cesionario en beneficio de cesionarios subsiguientes (‘cesiones subsiguientes’), siempre y cuando toda cesión anterior se rija por la presente Convención; y

“c) Las cesiones subsiguientes que se rijan por la presente Convención en virtud del inciso a) de este párrafo, a pesar de que toda cesión anterior no se rija por la presente Convención.

“2) La presente Convención será aplicable a las *cesiones subsiguientes* como si *el cesionario subsiguiente que ejerce su derecho a ceder fuera el cedente inicial y como si el cesionario subsiguiente a quien se hace la cesión fuera el cesionario inicial.*

“3) La presente Convención no afectará a los derechos y obligaciones del deudor, a menos que éste se encuentre en un Estado contratante o que la ley que rija el crédito sea la ley de un Estado contratante.

“[4] Las disposiciones de los artículos 29 a 33 serán aplicables [a las cesiones de créditos internacionales y a las cesiones internacionales de créditos como se definen en el presente capítulo, independientemente de los párrafos 1) y 3) del presente artículo] [*independientemente de las disposiciones del presente capítulo*]. Sin embargo, las disposiciones de los artículos 29 a 31 no serán aplicables si un Estado hace una declaración en virtud del artículo 42 bis.]

“5) El capítulo VII será aplicable en todo Estado contratante que haya hecho una declaración en virtud del artículo 43.

“6) [*En el caso de una cesión de más de un crédito realizada por más de un cedente, la presente Convención será aplicable si uno de los cedentes se encuentra en un Estado contratante*⁸.] *En el caso de una cesión de más de un crédito adeudado por más de un deudor, la presente Convención no afectará a los derechos y obligaciones de ningún deudor, a menos que uno de ellos se encuentre en un Estado contratante o que la ley que rija el crédito adeudado por ese deudor sea la ley de un Estado contratante.*

“7) *La presente Convención será aplicable a las prácticas adicionales que se enumeren en toda declaración efectuada por un Estado en virtud del proyecto de artículo 42 ter.*”

Artículo 2. Cesión de créditos

1. Además de las cuestiones especificadas en las observaciones sobre el proyecto de artículo 2 que figuran en el documento A/CN.9/WG.II/WP.98, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar lo siguiente: si la definición del término “cesión” abarca también el acuerdo de cesión, y si debe mantenerse en la definición la referencia a la contrapartida.

2. Cabe recordar que, en su 27.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo estimó que la formulación del párrafo 1) “aclaraba suficientemente que tanto el contrato de cesión como la consiguiente cesión de crédito entraban en la definición de ‘cesión’” (A/CN.9/445, párr. 149). Al llegar a esa conclusión, el Grupo de Trabajo había tenido en cuenta que, si bien en algunos ordenamientos jurídicos la invalidez del acuerdo de cesión podía entrañar la invalidez del traspaso, en otros ordenamientos jurídicos, en cambio, la invalidez del acuerdo de cesión podía dar pie a una demanda contra el

⁸En el proyecto de artículo 5 k), *infra*, figura otro posible enunciado.

cesionario fundada en los principios de enriquecimiento injusto (A/CN.9/WG.II/WP.93, proyecto de artículo 2, observación 2).

3. Si el Grupo de Trabajo confirmara que la definición del párrafo 1) abarca tanto la cesión como el acuerdo de cesión, habría que revisar diversas disposiciones del proyecto de Convención a fin de lograr que con su aplicación se obtuvieran los resultados deseados en caso de que el acuerdo de cesión y la cesión no tuvieran lugar al mismo tiempo. Por ejemplo, en su enunciado actual, el proyecto de artículo 10 tal vez no especifique con suficiente claridad que no es el acuerdo de cesión sino la cesión propiamente dicha la que produce los resultados prescritos, es decir, el traspaso de los derechos de propiedad de los créditos. El texto del proyecto de Convención no tendría que revisarse si el Grupo de Trabajo conviniera en que con la referencia a “transferencia mediante acuerdo”, cuya finalidad es que sólo queden abarcadas las cesiones voluntarias (y no las cesiones por efecto jurídico), quedaba suficientemente claro que la cesión era el principal aspecto del proyecto de Convención. En el comentario podría explicarse que el proyecto de Convención no es aplicable a los acuerdos de cesión, salvo cuando se dispone expresamente otra cosa (por ejemplo, en los artículos 14 a 17 del proyecto).

4. La referencia a la contrapartida tenía inicialmente la finalidad de que el proyecto de Convención no fuera aplicable a las cesiones gratuitas. Ahora bien, en vista de que el proyecto de Convención sólo regula en casos excepcionales el contrato de financiación o el acuerdo de cesión, es posible que en la definición de “cesión” no sea necesario hacer referencia a la contrapartida. De suprimirse dicha referencia, de conformidad con los objetivos enunciados en el preámbulo del proyecto de Convención, cabría excluir las cesiones gratuitas en el proyecto de artículo 4.

5. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si el proyecto de Convención debe ser aplicable no sólo a la cesión de derechos de cobro de dinero sino también a la cesión de otros derechos contractuales o incluso a la cesión de contratos (es decir, la cesión de derechos y la delegación de obligaciones). En la práctica se ceden a menudo todos los derechos que se derivan de un contrato, aun cuando al cesionario le puedan interesar más los derechos de cobro, incluido el cobro de indemnizaciones por incumplimiento del contrato, que otros derechos. La inclusión de la cesión de otros derechos, además de los de cobro, no menoscabaría el derecho del cesionario a excluir esos derechos de la cesión a fin de evitar mayores riesgos y costos (por ejemplo, el derecho a recibir bienes puede entrañar responsabilidad por los productos y gastos de mantenimiento y seguro). Además, ese criterio daría lugar a un régimen jurídico mucho más amplio de la cesión. Por otra parte, al ampliarse su ámbito de aplicación, el proyecto de Convención puede resultar menos aceptable para los Estados. En cualquier caso, las cesiones de derechos contractuales deben distinguirse claramente de las cesiones de contratos que prevean no sólo la cesión de derechos sino también la delegación de obligaciones. La delegación de obligaciones puede verse como una transacción diferenciada, y si se deja al margen del proyecto de Convención es posible que no haya repercusiones negativas en las prácticas de financiación (por ejemplo, en el caso de cesiones de préstamos, parece que normalmente sólo se cede el derecho del cedente a cobrar la

cantidad prestada al deudor, y no se cede ninguna obligación del cedente de conceder más crédito).

6. Cabría estudiar la siguiente modificación del texto del proyecto de artículo 2:

“Para los fines de la presente Convención, por ‘cesión’ se entenderá la transferencia mediante acuerdo efectuada por una parte (‘cedente’) a otra (‘cesionario’) del derecho *contractual del cedente* a percibir una suma de dinero (‘crédito’) debida por *un tercero* (‘el deudor’), incluida la creación de derechos a créditos a título de garantía de una deuda u otra obligación.”

7. El Grupo de Trabajo tal vez desee abordar la cuestión de si en el proyecto de artículo 2 debe figurar una referencia explícita a las transferencias condicionales de créditos. Normalmente, una transferencia condicional se consideraría una venta o un mecanismo de garantía según si, por ejemplo, los créditos se retransfieren automáticamente al vendedor en caso de impago del deudor. No obstante, en algunos ordenamientos jurídicos las transferencias condicionales son invalidadas. Así pues, su reconocimiento expreso en el proyecto de Convención puede repercutir positivamente en las prácticas que revisten la forma de transferencia condicional de créditos.

Artículo 3. *Internacionalidad*

1. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la cuestión de la posible incertidumbre sobre la aplicabilidad del proyecto de Convención en el caso de una cesión de futuros créditos. La incertidumbre se derivaba del hecho de que la internacionalidad de esos créditos sólo podría determinarse, en virtud del proyecto de artículo 3, en el momento en que nacieran (A/CN.9/455, párr. 162).

2. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de la multiplicidad de cedentes, cesionarios o deudores en el contexto del proyecto de artículo 3 (A/CN.9/WG.II/WP.98, proyecto de artículo 3, observaciones 2 a 4) sobre la base de la siguiente disposición:

“2) [En caso de una cesión de más de un crédito efectuada por más de un cedente, la cesión será internacional cuando uno de los cedentes y el cesionario se encuentren en distintos Estados. En caso de una cesión de más de un crédito a más de un cesionario, la cesión será internacional cuando el cedente y uno de los cesionarios se encuentren en distintos Estados.

“3) En caso de una cesión de más de un crédito adeudado a más de un acreedor, el crédito será internacional cuando uno de los cedentes y el deudor se encuentren en Estados diferentes⁹.] En caso de una cesión de más de un crédito adeudado por más de un deudor, sólo será internacional el crédito cuyo cedente y deudor se encuentren en Estados diferentes.”

3. Otra posibilidad consistiría en que la cuestión de la ubicación de múltiples cedentes y cesionarios fuera regulada por una disposición que hiciera referencia a la ubicación de

⁹En el proyecto de artículo 5 k), *infra*, puede verse otro posible enunciado del texto que figura entre corchetes en el artículo 3 2) y 3) del proyecto.

sus respectivos mandatarios o fiduciarios autorizados y que regulara en general la cuestión de la ubicación en términos como los siguientes (esa disposición sustituiría únicamente el texto entre corchetes de los artículos 1 7) y 3 2) y 3) expuesto *supra*; por el momento se formula como inciso *k*) del proyecto de artículo 5):

“*k*) Para los fines de los artículos 1 y 3:

- “*i*) El cedente se encuentra en el Estado en que tenga su establecimiento más estrechamente vinculado con la cesión;
- “*ii*) El cesionario se encuentra en el Estado en que tenga su establecimiento más estrechamente vinculado con la cesión;
- “*iii*) El deudor se encuentra en el Estado en que tenga su establecimiento más estrechamente vinculado con el contrato de origen;
- “*iv*) A falta de prueba en contrario, se presumirá que el lugar de administración central de una parte es el establecimiento que tenga la vinculación más estrecha con el contrato pertinente. Si una parte no tiene establecimiento, se hará referencia a su residencia actual;
- “*v*) Los diversos cedentes o cesionarios se encuentran en el lugar en que se encuentre su respectivo mandatario o fiduciario autorizado.”

4. Conviene señalar que esta disposición sólo será aplicable en caso de una cesión de más de un crédito. En el comentario se puede explicar que toda cesión de una parte de un crédito o de un crédito del que sean propietarias conjuntamente y por separado varias personas será una cesión diferenciada (véase también, *supra*, el proyecto de artículo 1, observaciones 15 y 16).

5. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si sería preferible adoptar una única definición del concepto de ubicación en vez de introducir en el texto una definición para los fines de los artículos 23 y 24 y otra para los fines de los artículos 1 y 3 del proyecto (los argumentos en favor de una única definición figuran en el documento A/CN.9/455, párr. 163). También habría que examinar el significado del concepto de ubicación en el contexto de los artículos 9, 17 *bis*, 19 2), 20 1), 22, 29 a 31 y 46 3). En cualquier caso, el Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si debe hacerse referencia a la “oficina ejecutiva principal” (como en el proyecto de artículo 5 *j*)), o al “principal centro de administración” (como en el nuevo proyecto de artículo 5 *k*)).

Artículo 4. Exclusiones

1. Según lo que decida el Grupo de Trabajo sobre la supresión de la referencia a la contrapartida en el proyecto de artículo 2, es posible que deban añadirse a la enumeración del proyecto de artículo 4 las cesiones efectuadas “sin contrapartida de fondos, crédito o servicios conexos que el cesionario proporciona o promete”. Además, tal vez deba revisarse el inciso *c*) para que diga: “en la medida en que sea efectuada mediante el endoso y la entrega o únicamente la entrega de un título negociable”. Con esta enmienda se ten-

dría en cuenta el hecho de que, con excepción de los documentos al portador, que se transfieren mediante entrega, los títulos negociables se transfieren por endoso y entrega (no endoso “o” entrega, como dice el inciso *c*)).

2. El comentario puede hacer referencia al propósito de esta exclusión, que es evitar conflictos con la ley aplicable a los títulos negociables, como las letras de cambio, los pagarés y los cheques, y en particular evitar que se afecte al sistema de prelación vigente tanto en el derecho nacional como en el derecho internacional que rige los títulos negociables. Por la misma razón, otros documentos que pueden considerarse como instrumentos de pago pueden tener que quedar excluidos también (por ejemplo, las obligaciones o las acciones preferentes en que existe una obligación de pago regular de dividendos). Las garantías independientes y las cartas de crédito contingente (“promesas independientes”; véase el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, en adelante denominada “la Convención sobre Garantías y Cartas de Crédito Contingente”) tal vez no deban ser excluidas por completo, mientras esté asegurado que el garante-emisor, el contragarante o el confirmante no tienen que pagar al cesionario a menos que haya dado su consentimiento. Así pues, tal vez sería más apropiado regular esa cuestión con una disposición en el proyecto de artículo 12, relativo a la transferibilidad contractual de créditos, que permitiera al garante-emisor de una promesa independiente cumplir su obligación pagando al beneficiario (cedente). Esa regla no interferiría en la intransferibilidad legislativa de una promesa independiente, ya que la transferibilidad legislativa no está regulada por las disposiciones de derecho sustantivo del proyecto de Convención. Sólo el proyecto de artículo 30 prevé el derecho aplicable a la transferibilidad contractual y legislativa, en el entendimiento de que los tribunales podrán denegar la aplicación de la ley que rige al crédito si dicha ley es contraria a reglas imperativas o a reglas que reflejan el orden público del Estado del foro.

3. Con respecto a la cuestión de si se excluye o no la cesión de créditos efectuada por el comprador de una empresa a la institución que financia la venta (A/CN.9/WG.II/WP.98, proyecto de artículo 4, observación 3), puede ser suficiente aclarar en el comentario que, en el caso de la venta de una empresa, únicamente se excluye la cesión del antiguo al nuevo propietario, pero no la cesión efectuada por el nuevo propietario a la institución que financia la venta. Además, cabe especificar en el comentario que sólo quedan abarcadas las cesiones de *créditos* (por ejemplo, el derecho al pago por una obligación) pero no las cesiones de otros derechos (por ejemplo, los derechos de voto derivados de una obligación).

4. Según lo que decida el Grupo de Trabajo sobre el alcance del proyecto de Convención en el contexto del proyecto de artículo 2, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de que los Estados puedan excluir o incluir prácticas adicionales (véase, *supra*, el proyecto de artículo 17 e, *infra*, el proyecto de artículo 4 2)). Si bien, como ya se ha dicho, este criterio no sería tal vez el más apropiado para fomentar la unificación del derecho, podría ayudar a que el proyecto de Convención resultara más aceptable para los Estados y facilitar al Grupo de Trabajo la decisión de abarcar únicamente los créditos contractuales, con lo que se simplificaría el texto de proyecto de Convención (diversas disposi-

ciones, como los artículos 15 y 20 del proyecto, no podrían aplicarse a las cesiones de créditos extracontractuales). Convendría estudiar un enunciado como el siguiente:

“2) *La Convención no será aplicable a las cesiones que un Estado enumere en una declaración hecha en virtud del proyecto de artículo 42 quater.*”

Capítulo II. Disposiciones generales

Artículo 5. *Definiciones y reglas de interpretación*

1. Habida cuenta de las divergencias que existen entre los diversos ordenamientos jurídicos, el inciso *b)* tiene la finalidad de introducir una regla uniforme con respecto al momento en que debe considerarse que un crédito nace. Este criterio temporal es importante, en particular para los artículos 10 y 11 del proyecto, que regulan el efecto de la cesión y el momento de transferencia de los créditos. La ventaja del inciso *b)* puede quedar limitada por el hecho de que no especifica ni puede especificar el momento en que debe darse por concertado el contrato de origen.

2. Con su enunciado actual, el inciso *c)* puede dar pie a que los créditos que existan en el momento de la celebración del contrato de cesión (es decir, los derivados de contratos existentes en ese momento) sean considerados futuros créditos. Este resultado podría evitarse formulando el inciso *c)* en términos como los siguientes: “Por ‘futuro crédito’ se entenderá todo crédito que pueda nacer después del momento de la cesión”.

3. El Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si el inciso *d)* es necesario, habida cuenta de que en él se definen unos términos que no figuran en el texto del proyecto de Convención (sólo aparecen en el título, en el preámbulo, e indirectamente, en el proyecto de artículo 14 3)).

4. En el inciso *e)* se define el término “escrito” combinando las definiciones de “escrito” y “firma” que figuran en los artículos 6 y 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. El proyecto de Convención requiere un escrito firmado para la cesión y para el aviso de la cesión.

5. Debido al texto que figura entre corchetes en los artículos 19 2) y 21 4) del proyecto aún no está claro si un aviso en que no se especificara el beneficiario del pago podría dejar en suspenso los derechos de compensación del deudor (proyecto de artículo 19) o limitar el derecho del deudor a modificar el contrato de origen sin el consentimiento del cesionario (proyecto de artículo 21). Este tema se trata en el documento A/CN.9/WG.II/WP.100, donde se examina en el contexto de las observaciones referentes al proyecto de artículo 16 que figuran *infra*. No obstante, si un aviso debe carecer de validez a menos que cumpla los requisitos del proyecto de Convención (sean cuales fueren), convendría insertar el proyecto de artículo 16 3) en la definición de aviso que figura en el inciso *f)*. Así, el texto del inciso *f)* diría lo siguiente:

“*f)* Por ‘aviso de la cesión’ se entenderá toda comunicación escrita en la que se especifiquen razonablemente los créditos cedidos y la identidad del cesionario y de la persona a la que, o por cuya cuenta o a cuya dirección, el deudor esté obligado a efectuar el pago.”

6. Convendría señalar que, habida cuenta del proyecto de artículo 18 5), el hecho de que un aviso no tenga validez en virtud del proyecto de Convención no es óbice para que surta efecto en virtud de otra ley, con lo cual el deudor pueda quedar liberado de su obligación pagando a la persona especificada en dicho aviso (siempre y cuando el deudor pague a la persona adecuada).

7. El inciso *g)*, que proviene del inciso *d)* del artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, regula la reorganización o liquidación tanto voluntaria como obligatoria de los activos del cedente. Cabe señalar que, en algunos sistemas, en el caso de una reorganización voluntaria de sus activos, el deudor insolvente puede seguir controlando los activos sin que haya un administrador de la insolvencia. Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de revisar el proyecto de artículo 24 2) a fin de abarcar las situaciones en que puedan surgir conflictos de prelación en el contexto de un procedimiento de insolvencia en que no haya administrador (véase el proyecto de artículo 24, observación 1).

8. Tal vez convenga revisar la referencia a “toda otra persona” al final del inciso *j)*, ya que la referencia a personas, sociedades y personas jurídicas que no sean sociedades puede englobar a cualquier persona. Con el fin de abarcar las personas jurídicas que no sean sociedades sin documento constitutivo registrado (por ejemplo, asociaciones), cabría incorporar al texto palabras como las siguientes:

“...una persona jurídica que no sea una sociedad se encuentra en el Estado en que figuren inscritos sus documentos constitutivos y, a falta de documentos registrados, en el Estado en que tenga su principal centro de administración.”

9. Como ya se ha mencionado, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la adopción de una definición del concepto de “ubicación” para los fines de todo el proyecto de Convención (véase el proyecto de artículo 3, observación 4, *supra*).

10. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la siguiente versión modificada del inciso *k)* que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.96:

“*l)* Se entenderá por ‘momento de la cesión’ el momento especificado en un acuerdo entre el cedente y el cesionario y, en ausencia de tal acuerdo, el momento de celebración del contrato.”

11. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la cuestión de si debe limitarse la libertad de las partes para especificar mediante acuerdo el momento de la cesión (en el párrafo 30 del documento A/CN.9/447 figura un breve análisis de una anterior versión de este inciso). La expresión “momento de la cesión” aparece en los artículos 1 1), 9 1), 11 1) y 34 del proyecto.

Artículo 6. *Autonomía de la voluntad de las partes*

1. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la siguiente versión modificada del proyecto de artículo 6:

“*El cedente, el cesionario y el deudor podrán decidir mediante acuerdo modificar o apartarse de las disposiciones de la presente Convención referentes a sus respec-*

tivos derechos y obligaciones. Tal acuerdo no afectará a los derechos de ninguna persona que no sea parte en el acuerdo.”

2. En el contexto de un acuerdo entre el cedente y el cesionario, son “terceros” el deudor, los acreedores del cedente y el administrador de la insolvencia. En el contexto de un acuerdo entre el cedente y el deudor, son “terceros” el cesionario, los acreedores del cedente y el administrador de la insolvencia. Los acuerdos entre el cesionario y el deudor no entran en el ámbito del proyecto de Convención.

Artículo 7. *Protección del deudor*

1. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de incluir en el preámbulo una referencia general a la protección del deudor e insertar el proyecto de artículo 7 al principio de la sección II del capítulo III relativa a la protección del deudor (véase, *infra*, el nuevo proyecto de artículo 17 *ter*).

2. La finalidad del párrafo 1) es que, con excepción de ciertas cuestiones relacionadas con el deudor expresamente reguladas en el proyecto de Convención (concretamente los artículos 9 a 12 y 16 a 22), los derechos y obligaciones del deudor estén en función del contrato entre el cedente y el deudor y de la ley que rija dicho contrato.

3. A fin de ajustar el párrafo 2) al proyecto de artículo 16 3) y de evitar una interpretación *a contrario* del párrafo 2) en virtud de la cual, con excepción del país y la moneda de pago, el cesionario pueda modificar cualquier otra condición de pago que figure en el contrato de origen, el Grupo de Trabajo tal vez desee revisar el párrafo 2) (véase, *infra*, el nuevo proyecto de artículo 17 *ter*).

4. En el comentario puede aclararse también que ninguna disposición del proyecto de Convención tiene la finalidad de regular la cuestión de si el deudor tiene obligación de pagar (capital o interés). En el comentario podría mencionarse, por ejemplo, que el aviso en sí no obliga al deudor a pagar si según el contrato de origen aún no corresponde efectuar el pago. Esta cuestión sigue siendo un problema del contrato de origen, incluso después del aviso de la cesión. El deudor podrá convenir con el cesionario en modificar la obligación de pago, pero esta cuestión no está abarcada por el proyecto de Convención.

Artículo 8. *Principios de interpretación*

1. El párrafo 1) hace referencia al principio de la buena fe como elemento que debe tenerse en cuenta al interpretar el proyecto de Convención, pero no las relaciones contractuales de las partes en la cesión. Si bien sería apropiado aplicar el principio de la autonomía de las partes a la relación contractual entre el cedente y el cesionario o el cedente y el deudor, su aplicación a la relación entre el cesionario y el deudor o el cesionario y un tercero podría poner en peligro la certeza lograda por el proyecto de Convención. Por ejemplo, si el principio de buena fe vigente en el Estado del foro fuera aplicable a la relación entre el cesionario y el deudor o el cesionario y un tercero: el deudor que hubiera pagado al cesionario tras el aviso podría tener que pagar de nuevo si, por ejemplo, el deudor tuviera conocimiento de una cesión anterior, y podría no tenerse en cuenta el derecho aplicable en

virtud del proyecto de artículo 24 si en ese derecho no se respetara el principio de la buena fe según se entendiera en el Estado del foro.

2. Con respecto a la cuestión de si la referencia a los principios generales en que se inspira el proyecto de Convención debe entenderse como una referencia a principios de derecho sustantivo o de derecho internacional privado, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la eventualidad de que esa cuestión pueda resolverse mediante una explicación en el comentario. Por ejemplo, en el comentario podría especificarse que el proyecto de artículo 8 es sólo aplicable a las disposiciones sustantivas del proyecto de Convención y que, por consiguiente, la referencia a los principios generales debe entenderse como una referencia a los principios de derecho sustantivo en que se inspira el proyecto de Convención. A fin de evitar toda incertidumbre, podría hacerse referencia, en el proyecto de artículo 8 o en el comentario, a los principios generales enunciados en el preámbulo.

3. Si el proyecto de artículo 8 hubiera de servir para llenar las lagunas de las disposiciones de derecho internacional privado del proyecto de Convención, cabría agregar al proyecto de artículo 8 un texto como el siguiente:

“2) ... en virtud de las *disposiciones de la presente Convención* en materia de derecho internacional privado.

“3) *Las cuestiones relativas a los asuntos regidos por los artículos 9, 17 bis, 19 2), 23 a 24 y 29 a 33 que no estén expresamente reguladas en esos artículos deberán dirimirse de conformidad con los principios generales en que se basen o, a falta de tales principios, de conformidad con el derecho aplicable en virtud de las reglas de derecho internacional privado del Estado del foro.”*

4. En el comentario cabría hacer referencia a algunos principios en que se inspiran las disposiciones de derecho internacional privado del proyecto de Convención, como el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en la relación entre el cedente y el cesionario (proyecto de artículo 29), el principio de la protección del deudor en la relación entre el cesionario y el deudor (proyecto de artículo 30) y el principio de la certeza en lo referente a los derechos de los terceros (proyecto de artículo 31).

Capítulo III. *Forma y efecto de la cesión*

Artículo 9. *Forma de la cesión*

1. En el documento A/CN.9/WG.II/WP.96 figuran tres versiones diferentes del párrafo 1). La variante A tiene la ventaja de que protege adecuadamente a los terceros del riesgo de connivencia entre el cedente y el cesionario o cualquier otra persona y de que ello afecte al orden de prelación. Otra ventaja de la variante A es que requiere un escrito para el acuerdo principal, y no para la cesión propiamente dicha, con lo cual se evita la cuestión de los derechos de póliza, que normalmente se imponen por la cesión y no por el acuerdo principal.

2. Otra ventaja de la variante A, así como de la variante B, es que está formulada de forma negativa, ya que pretende regular únicamente las situaciones en que haya menos que una cesión escrita, es decir, una cesión verbal. De haberse formulado de forma positiva (con palabras como “la cesión será

válida...”), podría suplantar al derecho nacional que exigiera más que una cesión escrita (por ejemplo, una cesión notarial, la notificación del deudor o la inscripción en un registro público). En tal caso, es probable que hubiera que preservar los derechos de los terceros, en virtud del derecho nacional que exigiera más que una cesión escrita, incluyendo en el proyecto de artículo 9 un texto similar a las palabras iniciales de los artículos 10 y 11 del proyecto (“a reserva de lo dispuesto en los artículos 23 y 24 del proyecto”). El único inconveniente de la variante A es que puede invalidar las prácticas nacionales en que no es necesario un escrito para que sea válida la cesión. Este inconveniente puede eludirse con una regla similar a la de la variante B.

3. La variante C tiene un alcance diferente, ya que regula la forma de manera general (por ejemplo, forma escrita, forma notarial, notificación del deudor o registro), dejando que la ley del lugar en que se encuentre el cedente disponga si hace falta más o menos que una cesión escrita para que una cesión sea válida. Al regular la validez de una cesión frente a terceros, la variante C parece superponerse a los artículos 23 y 24 del proyecto (aunque se ajusta a esas disposiciones).

4. Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el siguiente enunciado del proyecto de artículo 9 en que se combinan las variantes A y B:

“1) De no estar consignada por escrito, la cesión no será válida [frente a terceros], a menos que:

“a) La cesión sea efectuada de conformidad con un contrato entre el cedente y el cesionario que esté documentado por un escrito en el que se describan los créditos cedidos; o que

“b) La ley del Estado en que se encuentre el cedente en el momento de la cesión disponga otra cosa.

“2) A menos que se acuerde otra cosa, toda cesión de uno o más futuros créditos tendrá validez sin que se requiera un nuevo escrito cada vez que nazca un crédito.”

5. Así pues, las cesiones verbales tendrían validez si estuvieran previstas por un acuerdo principal por escrito o, a falta de tal acuerdo escrito, si fueran válidas en virtud de la ley del lugar en que se encontrara el cedente. Las palabras entre corchetes que figuran al principio del párrafo 1) tienen la finalidad de plantear la cuestión del propósito de los requisitos de que la cesión figure por escrito. La forma escrita puede no ser necesaria para proteger los intereses del cedente y del cesionario, ya que éstos pueden velar por sus propios intereses. La forma escrita tampoco tiene por qué ser necesaria para proteger al deudor, ya que el proyecto de Convención dispone que, a falta de notificación escrita, los derechos del deudor (es decir, la forma en que el deudor puede quedar liberado de su obligación, sus excepciones y derechos de compensación y su derecho a modificar el contrato de origen) no se verán afectados. Sin embargo, la forma escrita sería necesaria para proteger los intereses de terceros en la medida en que evitaría situaciones en que el cedente actuara en connivencia con el cesionario o con cualquier otra parte y que ello afectara al orden de prelación.

6. Las variantes B y C, así como la versión mencionada *supra*, tienen la finalidad de evitar el problema de que una regla como la de la variante A invalidaría ciertas prácticas para las que la ley nacional no requiere escrito. La forma de-

finitiva de resolver este problema podría consistir en adoptar una regla similar a la variante A y en permitir que los Estados formularan reservas a fin de preservar prácticas basadas en cesiones verbales (véase, no obstante, el proyecto de artículo 1, observación 13).

Artículo 10. *Efecto de la cesión*

1. Las palabras iniciales de los artículos 10 y 11 del proyecto tienen la finalidad de evitar que las reglas sobre la validez de una cesión y sobre el momento de transferencia de los créditos afecten indebidamente a los derechos de terceros (habría que añadir una referencia a la disposición relativa a la prelación en el cobro). Sin esas palabras, el proyecto de artículo 10 podría dar a entender que se daba validez a la primera cesión y se invalidaba toda cesión ulterior de los mismos créditos por parte del mismo cedente, y podría entenderse que el proyecto de artículo 11 creaba una norma para la validez de la cesión frente a terceros, incluido el administrador de la insolvencia del cedente (por ejemplo, los créditos nacidos después de la apertura de un procedimiento de insolvencia podrían retirarse de la masa de la quiebra o quedar sujetos a un derecho de garantía, si la cesión hubiera tenido lugar antes de abrirse el procedimiento de insolvencia).

2. Sin embargo, las palabras iniciales podrían tener como consecuencia imprevista que la validez de la cesión de futuros créditos o de créditos globales quedara totalmente en manos de la ley aplicable en virtud de los artículos 23 y 24 del proyecto. A fin de evitar tal resultado, el Grupo de Trabajo tal vez desee incluir en el contexto de los artículos 23 y 24 una disposición como la siguiente: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención invalidará una cesión por la mera razón de que sea una cesión de futuros créditos o de créditos no especificados individualmente o partes de derechos indivisos a créditos” (sobre este punto, véase también el proyecto de artículo 12, observación 8). De este modo, el proyecto de Convención validaría esas cesiones, como cuestiones de derecho civil o mercantil, dejando que otra ley regulase los problemas concretos que se plantearan sobre su validez (por ejemplo, la invalidación de una cesión efectuada durante el período sospechoso que precede a la apertura de un proceso de insolvencia por considerarse una transferencia fraudulenta o preferencial). Otra posibilidad sería sustituir las palabras “a reserva de lo dispuesto en los artículos 23 y 24”, que figuran en los artículos 10 y 11 del proyecto, por palabras que indicaran detalladamente su efecto deseado, o explicar esas palabras en el comentario. En el comentario cabría mencionar en particular que, a causa de esas palabras, una primera cesión válida no invalidaba una cesión ulterior.

3. Si se da por sentado que la definición de “cesión” del proyecto de artículo 2 abarca únicamente la cesión (y no el acuerdo de cesión), no es necesario revisar el proyecto de artículo 10 para asegurar que sólo la cesión tenga el efecto de transferir derechos de propiedad de créditos (a este respecto, véase el proyecto de artículo 2, observación 3). Se ha sustituido la palabra “transferir” por la palabra “ceder” a fin de asegurar que, además de las verdaderas transferencias, el proyecto de artículo 10 abarque la creación de derechos de garantía en créditos (la definición de “cesión” incluye las cesiones mediante garantías). No obstante, a fin de evitar la

tautología (“cesión ... ceder”), el Grupo de Trabajo tal vez desee suprimir las palabras “para ceder los créditos a los que se refiere”, en el entendimiento de que la definición de cesión es suficiente para aclarar las consecuencias jurídicas de una cesión válida (es decir, la transferencia efectiva y la creación de derechos de garantía en créditos). En el comentario podría aludirse explícitamente a este entendimiento.

4. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de invertir el orden de los párrafos 1) y 2) a fin de regular en primer lugar la validez de las cesiones de futuros créditos y, en segundo lugar, la de las cesiones globales.

5. Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el siguiente enunciado modificado del proyecto de artículo 10:

“A reserva de lo dispuesto en los artículos 23 y 24, una cesión de uno o más créditos existentes o futuros y de partes de créditos o derechos indivisos sobre créditos será válida si

“a) Los créditos son especificados individualmente como créditos objeto de la cesión; o si

“b) Los créditos pueden identificarse como créditos objeto de la cesión, en el momento acordado por el cedente y el cesionario y, en ausencia de tal acuerdo, en el momento en que nazcan los créditos.”

Artículo 11. *Momento en que se transfieren los créditos*

1. Habida cuenta de que sólo se hace referencia a la autonomía de las partes en el párrafo 1) b), cabe interpretar el párrafo 1) a) en el sentido de que impide que el cedente y el cesionario especifiquen el momento de transferencia de créditos existentes. Esta interpretación no sería compatible con el proyecto de artículo 6 y con el párrafo 1) b). El proyecto de artículo 6 puede ser suficiente para asegurar que las partes puedan fijar el momento de transferencia de los créditos mientras no afecten a los derechos de terceros, y es posible que no haga falta limitar la autonomía de las partes a este respecto. Así pues, tal vez no resulte necesario hacer referencia a la autonomía de las partes en el proyecto de artículo 11.

2. Si se mantiene en el texto el nuevo inciso l) del proyecto de artículo 5 (véase, *supra*, el proyecto de artículo 5, observación 10) y se limita a la aplicabilidad del proyecto de Convención a los créditos contractuales, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el siguiente enunciado modificado del párrafo 1) del proyecto de artículo 11:

“1) A reserva de lo dispuesto en los artículos 23 y 24,

“a) Todo crédito *que no sea un futuro crédito* será transferido en el momento de efectuarse la cesión;

“b) Se entenderá que todo futuro crédito se transfiere en el momento de efectuarse la cesión.”

3. Si se suprime el inciso l) del proyecto de artículo 5, en el proyecto de artículo 11 habría que hacer referencia al momento de celebración del contrato de cesión.

Artículo 12. *Limitaciones contractuales de la cesión*

1. El proyecto de artículo 12 deja sin efecto las cláusulas de intransferibilidad y permite al cesionario cobrar directa-

mente del deudor. Este criterio obedece a que resulta más beneficioso para todos reducir el costo de transacción del examen de contratos para asegurar que no contengan cláusulas de intransferibilidad que proteger al deudor para evitar que pague a otra persona.

2. Sin embargo, en ciertos casos puede ser necesario preservar otras políticas o prácticas, como la política de los gobiernos de no tratar con ciertas partes o de no renunciar a los derechos de compensación que puedan tener frente a sus proveedores de bienes o servicios. Asimismo, una regla generalmente aceptada en las prácticas de garantías independientes y cartas de crédito contingente es que el garante-emisor de una promesa independiente no debe tener que pagar contra su voluntad a una persona que no sea el beneficiario (véanse, por ejemplo, los artículos 10 y 11 de la Convención sobre Garantías y Cartas de Crédito Contingente). Además, en las prácticas de créditos sindicados sólo es posible efectuar una cesión si el acuerdo de préstamo lo permite. Asimismo, en el caso de la bursatilización de préstamos de hipotecas, toda cesión frente al consumidor-deudor puede incrementar materialmente la carga del riesgo impuesto al consumidor-deudor (si, por ejemplo, el préstamo de hipoteca es cedido por un banco nacional de crédito y ahorro con actitud favorable a un prestamista extranjero que puede resultar más agresivo a la hora de cobrar los saldos pendientes del préstamo o de fijar los tipos de interés variables).

3. Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la introducción de ciertas excepciones a la regla del proyecto de artículo 12 sobre las cesiones de créditos derivados de cuentas de depósito, garantías independientes o cartas de crédito contingente, operaciones efectuadas con fines personales, domésticos o familiares, acuerdos sobre préstamos o contratos de compras públicas (véase también el documento A/CN.9/WG.II/WP.98, proyecto de artículo 12, observación 1).

4. Esas excepciones tendrían como consecuencia, en el caso de una cesión efectuada en violación de una cláusula de intransferibilidad, que ciertas categorías de deudores podrían quedar liberados de sus obligaciones pagando al cedente, al tiempo que un aviso no eliminaría sus derechos de compensación y no limitaría su capacidad para modificar el contrato de origen sin el consentimiento del cesionario. En tal caso, si el cedente es solvente, el cesionario podrá cobrar del cedente en caso de incumplimiento del deudor, mientras que, si el cedente se declara insolvente, el cesionario tendrá prioridad frente al administrador de la insolvencia y a los acreedores del cedente (este enfoque del problema con los consumidores-deudores se examina someramente en el documento A/CN.9/445, párr. 229, y en el documento A/CN.9/432, párr.125).

5. Por otra parte, si bien un enfoque basado en una regla que previera ciertas excepciones haría que el proyecto de Convención resultara más aceptable para los Estados, una vez que se aceptara el criterio del proyecto de artículo 12, no habría ninguna razón de fondo que justificara que los deudores poderosos, como los gobiernos y los bancos, quedaran exonerados. La otra posibilidad consistiría en mantener la regla enunciada en el proyecto de artículo 12 sin hacer excepciones, al menos para los deudores poderosos, o en considerar que una cesión hecha en violación de una cláusula de intransferibilidad carece de validez frente a cualquier deudor y sólo tiene validez frente al cedente y a terceros que no sean el deudor. Este último criterio tal vez permita compen-

adecuadamente la necesidad de facilitar la financiación por cesión de créditos y la necesidad de proteger los intereses del deudor.

6. Sin embargo, de adoptarse ese criterio, se privaría al cesionario del derecho a reclamar el pago al deudor. Ese criterio, si bien es adecuado para ciertas prácticas de financiación, sería inapropiado para otras prácticas como el facturaje (*factoring*) y los préstamos basados en activos, en que el proveedor de fondos puede estructurar toda la financiación en función del cobro de los deudores. Además, en muchos ordenamientos jurídicos, si se paga al cedente, el cesionario no siempre tendría derecho a ser pagado antes que los acreedores no asegurados. Por ejemplo, si el deudor paga al cedente antes de que se abra el proceso de insolvencia, el cesionario sólo tendría un derecho *ad personam*. El cesionario sólo tendría derecho a ser pagado antes que los acreedores no asegurados cuando el pago fuera efectuado después de la apertura del proceso de insolvencia.

7. Por otra parte, ese criterio puede tomarse en consideración a efectos de validación de una cesión que aparentemente sea objeto de prohibiciones legales o, al menos, de prohibiciones legales que no constituyan derecho imperativo (por ejemplo, la *loi de police*). La autorización del cedente a ceder el pago efectuado por el deudor al cedente no iría en contra de la política de protección del deudor. Sin embargo, esa opción podría ir en contra no de las prohibiciones legales encaminadas a proteger al deudor (por ejemplo, las prohibiciones relativas a créditos adeudados por un gobierno) sino de las prohibiciones legales encaminadas a proteger al cedente (por ejemplo, la prohibición de ceder sueldos o pensiones). A efectos de incluir una regla en el proyecto de Convención, tal vez no haya una forma de determinar si una prohibición legal está encaminada a proteger al deudor o al cedente.

8. A diferencia de los artículos 10 y 11, el proyecto de artículo 12 no está sujeto a los artículos 23 y 24. Por consiguiente, toda cesión efectuada a pesar de una cláusula de intransferibilidad tendrá validez frente a otros cesionarios, frente a los acreedores del cedente y frente al administrador de la insolvencia del cedente. El hecho de que la ley que rige la prelación en virtud de los artículos 23 y 24 del proyecto no puede invalidar una cesión efectuada en violación de una cláusula de intransferibilidad puede requerir una aclaración en el comentario o en el contexto de los artículos 23 y 24 mediante una disposición como la siguiente: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención invalidará una cesión por la mera razón de que se haya efectuado a pesar de un acuerdo entre el cedente y el deudor por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos” (sobre esta cuestión véase también el proyecto de artículo 10, observación 2).

9. El Grupo de Trabajo tal vez desee también estudiar si sería conveniente que el proyecto de artículo 26, que regula los acuerdos por los que se limitan las cesiones en el contexto de cesiones subsiguientes, se insertara en el contexto del proyecto de artículo 12 (A/CN.9/455, párr. 54).

10. Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el siguiente enunciado modificado del proyecto de artículo 12:

“1) La transferencia de un crédito al cesionario tendrá lugar pese a todo acuerdo entre el cedente y el deudor, o,

en el caso de una cesión subsiguiente, entre el cedente inicial o cualquier cedente ulterior y el deudor o cualquier cesionario subsiguiente, por el que se limite de alguna manera el derecho del cedente a ceder sus créditos.

“2) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la obligación o responsabilidad eventual del cedente por incumplimiento de tal acuerdo. La persona que no sea parte en el acuerdo no será responsable en virtud del mismo por su incumplimiento¹⁰.

“3) *El presente artículo no será aplicable a las cesiones de créditos nacidos de acuerdos de préstamos, cuentas de depósito, garantías independientes y cartas de crédito contingente, contratos celebrados con fines personales, domésticos o familiares, y contratos de compras públicas.*”

11. En vez del párrafo 3), el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la posibilidad de no hacer excepciones a la regla enunciada en el proyecto de artículo 12 y permitir a los Estados formular reservas. Conforme a ese criterio, cada Estado determinaría si deseaba proteger a los deudores en general o sólo a ciertas categorías de deudores y la forma en que habría que protegerlos.

12. En cualquier caso, el proyecto de artículo 12 en su enunciado actual no contempla lo siguiente: el riesgo de que el deudor cancele el contrato de origen porque el cedente haya incumplido una cláusula de intransferibilidad; el riesgo de que el cesionario quede expuesto a responsabilidad extracontractual, y el riesgo de que se eludiera la cesión si, en virtud del derecho nacional, la cesión “modificara materialmente la obligación de la otra parte [del deudor], o incrementara materialmente la carga o el riesgo que le impusiera su contrato, o menoscabara materialmente su posibilidad de obtener contraprestación” (artículo 2-210 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos). Si bien una regla que invalidara las cláusulas de intransferibilidad podría resolver esos problemas, limitaría también de forma inaceptable la autonomía de las partes con respecto al deudor.

Artículo 13. *Transferencia de los derechos de garantía*

1. Esta disposición asegura en lo esencial que los derechos de garantía accesorios, tanto personales como de propiedad, siguen al crédito que garantizan. Se trata de un principio de aceptación general que reviste a menudo una notable importancia, pues puede ocurrir que el valor con el que más cuenta el proveedor de fondos al otorgar créditos al cedente no sea el crédito en sí sino el derecho que garantiza el crédito.

2. Con las palabras “de no disponer otra cosa alguna ley o algún acuerdo entre el cedente y el cesionario” se pretende asegurar lo siguiente: si un derecho de garantía es independiente por ley, no seguirá a los créditos cedidos, y las partes pueden convenir en que un derecho de garantía accesorio no siga automáticamente al crédito cedido y quede extinguido (por ejemplo, una retención de un título de bienes o una hipoteca no seguiría a los créditos, ya que el cesionario tal vez no desee quedar expuesto a responsabilidad, en el caso de productos, o al costo de seguro y conservación del edificio, en el caso de una hipoteca). Sin embargo, es posible que esas

¹⁰El proyecto de artículo 12 2) se ha armonizado con el proyecto de artículo 26 2) (A/CN.9/455, párr. 51).

palabras no reflejen totalmente esa finalidad. Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el enunciado expuesto *infra*, que trata de hacer más explícito el significado del párrafo 1).

3. La referencia a la autonomía de las partes puede suprimirse en el entendimiento de que esta cuestión ya está suficientemente tratada en el proyecto de artículo 6. No obstante, convendría mantener en el texto alguna referencia a otras leyes a fin de prever las promesas independientes. En relación con estas promesas, el proyecto de Convención podría introducir la obligación del cedente a transferir su producto al cesionario siempre y cuando ese producto sea transferible sin el consentimiento de la persona obligada a pagar. El valor de una disposición de esa índole radicaría en la causa de acción que el cesionario de otro modo no tendría contra el cedente. En el comentario podría explicarse que, de conformidad con el proyecto de artículo 6, el cedente y el cesionario podrían acordar otra cosa. Esa obligación no podría imponerse al cedente en relación con el derecho a reclamar el pago en virtud de una promesa independiente, ya que normalmente la transferencia de tal derecho estaría sujeta al consentimiento de la persona obligada a efectuar el pago.

4. De conformidad con el proyecto de artículo 12, los párrafos 2) y 3) tienen la finalidad de asegurar que un acuerdo que limite el derecho del cedente a transferir un derecho de garantía no invalide su transferencia. Ese acuerdo tendría, de hecho, como consecuencia, en el caso de un derecho de garantía accesorio, que el derecho quedaría extinguido, mientras que, en el caso de un derecho de garantía independiente, el derecho no resultaría transferible. Los párrafos 2) y 3) revisten importancia, dado que, como ya se ha mencionado, en algunas prácticas el proveedor de fondos cuenta más con el derecho de garantía que con el crédito en sí.

5. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el siguiente enunciado del proyecto de artículo 13:

“1) Todo derecho personal o real que garantice el pago de un crédito cedido quedará transferido al cesionario sin necesidad de un nuevo acto de transferencia, *a menos que por ley sea [independiente] [sólo transferible mediante un nuevo acto de transferencia]. Si ese derecho es por ley [independiente] [sólo transferible mediante un nuevo acto de transferencia], el cedente estará obligado a transferir al cesionario el producto de este derecho.*

“2) *Todo derecho que garantice el pago del crédito cedido quedará transferido en virtud del párrafo 1) a pesar de que exista un acuerdo entre el cedente y el deudor u otra persona por el que se conceda el derecho, se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder el crédito o el derecho que garantice el pago del crédito cedido.*

“3) *Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a eventuales obligaciones o responsabilidades del cedente por incumplimiento de un acuerdo como el previsto en el párrafo 2). Toda persona que no sea parte en tal acuerdo no será responsable en virtud del mismo por su incumplimiento.*

“4) *El párrafo 1) del presente artículo no afectará a ningún requisito impuesto por reglas de derecho que no sean las de la presente Convención en lo relativo a la forma o al registro de la transferencia de derechos que garanticen el pago del crédito cedido.*”

Capítulo IV. Derechos, obligaciones y excepciones

Sección I. Cedente y cesionario

Artículo 16. Derecho a dar aviso al deudor

1. El párrafo 1) dispone que el cedente o el cesionario, o ambos, pueden dar aviso al deudor y solicitar el pago. Sin embargo, una vez dado el aviso, el cedente deja de ser propietario de los créditos, aun cuando siga siendo el beneficiario del pago. Por esta razón, después de que el deudor ha recibido el aviso, el cesionario es el único que puede dar aviso al deudor y modificar o corregir las instrucciones dadas al deudor en el primer aviso. Con una regla similar, insertada en el proyecto de artículo 16 1) (véase, *infra*, el proyecto de artículo 16), se complementaría adecuadamente la regla propuesta para el proyecto de artículo 18 4) (véase, *infra*, el proyecto de artículo 18, observación 3), en virtud de la cual en caso de varios avisos para la misma cesión, el deudor queda liberado de su obligación pagando a la persona o a la dirección especificada en el último aviso.

2. En su 28.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de artículo 16 sin hacer distinciones entre un aviso y una solicitud de pago. Si bien en ese período de sesiones hubo cierto apoyo para que se hiciera tal distinción, la idea fue criticada por varios motivos, concretamente porque formalizaba innecesariamente una distinción que en definitiva sólo tenía importancia práctica en situaciones excepcionales, ya que los cesionarios que daban aviso a los deudores no podían permitirse dejar ningún tipo de incertidumbre sobre la persona a la que el deudor debía pagar; porque con ello se podía producir un aumento del costo del crédito si se consideraba que se animaba a las partes a dar “dos avisos”, uno con instrucciones de pago y otro sin ellas, y porque se complicaría la obligación del deudor, puesto que tendría que saber las consecuencias jurídicas de cada tipo de aviso (A/CN.9/447, párrs. 75 a 78).

3. No obstante, la cuestión volvió a plantearse en el contexto de los artículos 18 3) (en el marco de un debate sobre si el cesionario podía modificar o corregir las instrucciones de pago dadas al deudor con el aviso), 19 2) y 21 4) (en el contexto de un debate sobre si un aviso en el que no se especifica el beneficiario del pago debe entrañar las consecuencias jurídicas descritas en esos artículos). Al no llegarse a un consenso sobre la cuestión de si debía hacerse una distinción entre distintos tipos de avisos (o, en otras palabras, entre un aviso y una solicitud de pago) con miras a definir las distintas consecuencias jurídicas que cada uno de estos tipos de avisos podía tener, se añadieron palabras entre corchetes a los artículos 19 2) y 21 4) del proyecto (A/CN.9/447, párrs. 46, 74 a 76, 82 a 83, 99 a 100 y 135).

4. En la “propuesta de los Estados Unidos de América” (A/CN.9/WG.II/WP.100, en adelante denominada “la propuesta estadounidense”) se aborda esta cuestión haciendo una distinción entre diferentes tipos de comunicaciones (por ejemplo, un aviso y una solicitud de pago) y atribuyendo consecuencias jurídicas distintas a cada una de esas comunicaciones. Según la propuesta estadounidense, contrariamente a lo dispuesto en el proyecto de artículo 16 3) (que se ha trasladado al proyecto de artículo 5 f)), en un aviso no es necesario especificar el beneficiario del pago. A consecuencia de ello, el aviso no supondría ningún cambio en la forma en que el deudor podía quedar liberado de su obligación (proyecto de

artículo 18, en la forma revisada en la propuesta estadounidense). Lo que, en cambio, sí produciría es la congelación de los derechos de compensación del deudor y la limitación del derecho del deudor a modificar el contrato de origen (de adoptarse la propuesta estadounidense, el texto entre corchetes de los artículos 19 2) y 21 4) no sería necesario para lograr ese resultado). Conforme al criterio de la propuesta estadounidense de prever distintas consecuencias jurídicas, el proyecto de artículo 16 2) de dicha propuesta dispone que todo aviso o toda instrucción de pago que se dé al deudor en violación de un acuerdo entre el cedente y el cesionario “no carecerán de validez a efectos del artículo 18 en razón de tal violación”, lo cual significa, *a contrario*, que carecen de validez a efectos de los artículos 19 y 21.

5. Al decidir si debe hacerse una distinción entre un aviso y unas instrucciones de pago con miras a atribuir distintas consecuencias jurídicas a cada una de esas comunicaciones, el Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si las prácticas en que se da un simple aviso sin ningún tipo de instrucciones de pago son suficientemente importantes para dictar la norma para todos los casos. Si el Grupo de Trabajo determina que en la mayoría de las prácticas se da algún tipo de instrucciones de pago al deudor (de pagar al cesionario o a un tercero o de continuar pagando al cedente), que serían un elemento esencial de todo aviso, el Grupo de Trabajo tal vez desee determinar si debe incorporarse al proyecto de Convención una regla especial (esencialmente similar al texto que figura entre corchetes en los artículos 19 2) y 21 4) del proyecto) a fin de dar cabida a ciertas prácticas excepcionales en que el aviso no contiene instrucciones de pago, o si esas prácticas pueden dejarse al margen del ámbito de aplicación del proyecto de Convención.

6. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee dividir el proyecto de artículo 16 en dos disposiciones: una que comprenda los párrafos 1) y 2) y que regule el derecho a dar aviso al deudor, con lo cual sería apropiado mantenerla en la sección I (derechos y obligaciones del cedente y del cesionario), y otra que comprenda los párrafos 4) y 5) y que regule los derechos del deudor y se inserte en la sección II (derechos y obligaciones del deudor). El Grupo de Trabajo tal vez desee también examinar la cuestión de si el proyecto de artículo 28, referente al aviso de cesiones subsiguientes, debe insertarse en el contexto del proyecto de artículo 16 (A/CN.9/455, párr. 54). Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar una versión modificada del proyecto de artículo 16 y un nuevo artículo 17 *quater*, cuyo tenor sería el siguiente:

“1) A menos que el cedente y el cesionario acuerden otra cosa, el cedente o el cesionario, o ambos, podrán enviar al deudor un aviso de la cesión y solicitar que se pague a la persona o a la dirección especificada en el aviso. No obstante, una vez recibido el aviso por el deudor sólo el cesionario podrá dar aviso al deudor y pedirle que pague a otra persona o dirección.

“2) El aviso de la cesión o la solicitud de pago que comunique el cedente o el cesionario *no carecerá de validez por la mera razón* de que represente una violación de un acuerdo con arreglo al párrafo 1) del presente artículo. Sin embargo, nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones o a la responsabilidad de la parte que incumpla el acuerdo en lo que respecta a los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.”

Sección II. Deudor

Artículo 17 *ter*. Principio de la protección del deudor

El párrafo 1) proviene del párrafo 1) del proyecto de artículo 7, mientras que el párrafo 2) es una nueva disposición (véanse las observaciones relativas al preámbulo y al proyecto de artículo 7).

“1) Salvo que otra cosa se disponga en la presente Convención, la cesión no tendrá otro efecto sobre los derechos y obligaciones del deudor.

“2) *Salvo si cambia la persona a la cual, por cuya cuenta o en cuya dirección el deudor deba efectuar el pago, que puede realizarse mediante notificación de la cesión, nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las condiciones de pago enunciadas en el contrato de origen sin el consentimiento del deudor.*”

Artículo 17 *quater*. Aviso del deudor

A fin de que no quede ninguna duda sobre el momento en que el aviso surte efecto, en el párrafo 1) se reafirma la “regla de la recepción”, que ya figura en otras disposiciones del proyecto de Convención (por ejemplo, en el proyecto de artículo 18).

“1) *El aviso de la cesión surtirá efecto una vez recibido por el deudor*, si figura en un idioma razonablemente idóneo para informar al deudor del contenido del aviso. Será suficiente si el aviso de la cesión figura en el idioma del contrato de origen.

“2) Todo aviso de la cesión podrá ser dado respecto de créditos nacidos con posterioridad al aviso.

“3) Todo aviso dado respecto de una cesión subsiguiente constituye un aviso respecto de toda cesión anterior.”

Artículo 18. Pago liberatorio del deudor

1. En el párrafo 1), deberían sustituirse las palabras “al cedente” por las palabras “de conformidad con el contrato de origen”, dado que en el contrato de origen puede especificarse que el pago debe efectuarse a un tercero, a una cuenta bancaria o a una casilla postal sin especificar la identidad del titular de la cuenta bancaria o de la casilla postal.

2. A fin de ajustar el párrafo 3), que regula el supuesto de varios avisos relativos a distintas cesiones, al proyecto de artículo 16 3) (trasladado al proyecto de artículo 5 *f*)), deberían suprimirse las palabras “en la cuenta”. En el comentario podría explicarse que por “dirección” cabe entender una dirección de calle, una cuenta, una casilla postal o una indicación semejante (A/CN.9/434, párrs. 184 y 185).

3. Dado que el párrafo 3) no hace referencia a las modificaciones o correcciones del aviso (por ejemplo, cuando hay varios avisos para una única cesión), haría falta una nueva disposición. En el entendimiento de que después de que el deudor reciba el primer aviso, sólo el cesionario podrá dar un segundo aviso (proyecto de artículo 16 1), segunda frase), esa disposición debería decir que el deudor sólo podría quedar liberado de su obligación pagando a la persona especificada en el último aviso antes del pago (véase el proyecto de artículo 18 4), *infra*).

4. Con respecto a la cuestión de cómo sabría el deudor que recibiera varios avisos si habría de pagar a la persona especificada en el primer aviso o en el último, conviene señalar que, en caso de duda, los deudores razonables pedirían normalmente a cualquier cesionario una prueba suficiente de la cesión (véase el proyecto de artículo 18 6), *infra*). En cualquier caso, todo cesionario razonable proporcionaría información suficiente al deudor. De no facilitarse tal prueba, el deudor podría quedar liberado de su obligación pagando al cedente (véase el análisis de esta cuestión en el documento A/CN.9/455, párrs. 63 a 66).

5. Cabe señalar que el resultado que propugna la propuesta estadounidense también podría lograrse manteniendo el texto añadido al nuevo proyecto de artículo 16 1), agregando el nuevo párrafo 4) al proyecto de artículo 18 y manteniendo el texto que figura entre corchetes en los artículos 19 2) y 21 4).

6. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si debe mantenerse el párrafo 8), que figura entre corchetes. La finalidad del párrafo 8) es aclarar que el proyecto de Convención no regula la cuestión de si el deudor puede quedar liberado de su obligación pagando a una persona que haya recibido una cesión inválida (A/CN.9/455, párrs. 55 a 58). Si el Grupo de Trabajo decide mantener el párrafo 8), tal vez desee estudiar si es suficiente regular la situación en que la cesión inválida no sea la efectuada en beneficio del último cesionario sino una cesión anterior.

7. El Grupo de Trabajo tal vez desee también examinar la cuestión de si el proyecto de artículo 27, relativo a los avisos múltiples en cesiones subsiguientes, debe insertarse en el contexto del proyecto de artículo 18 (véase el proyecto de artículo 18 5), *infra*). Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el siguiente enunciado del proyecto de artículo 18:

“1) Hasta no haber recibido aviso de la cesión, el deudor podrá liberarse de su obligación efectuando el pago *de conformidad con el contrato de origen*.

“2) Una vez que el deudor haya recibido aviso de la cesión, a reserva de lo dispuesto en los párrafos 3) a 8) del presente artículo, el deudor podrá liberarse de su obligación sólo efectuando el pago a la persona o la dirección especificada en dicho aviso.

“3) De serle notificada al deudor más de una cesión efectuada por el mismo cedente de unos mismos créditos, el deudor podrá liberarse de su obligación pagando a la persona o la dirección especificada en el primer aviso recibido.

“4) *Si el deudor recibe más de un aviso referente a una única cesión de los mismos créditos efectuada por el mismo cedente, el deudor podrá liberarse de su obligación pagando a la persona o la dirección especificada en el último aviso recibido antes del pago.*

“5) Si el deudor recibe aviso de una o más cesiones subsiguientes, el deudor podrá liberarse de su obligación sólo pagando a la persona o la dirección especificada en el aviso de la última de las cesiones subsiguientes *recibido antes del pago.*

“6) De serle notificada la cesión al deudor por el cesionario, el deudor tendrá derecho a solicitar al cesionario que presente en un plazo razonable prueba suficiente de

que la cesión ha tenido lugar y, de no hacerlo el cesionario, el deudor podrá liberarse de su obligación pagando al cedente. Por prueba suficiente se entenderá, entre otras, cualquier escrito emitido por el cedente en que se indique que la cesión ha tenido lugar.

“7) El presente artículo no afectará a ningún otro motivo por el que el deudor pueda liberarse de su obligación efectuando el pago a la parte con derecho a recibirlo o a una autoridad judicial o de otra índole o a una caja pública de depósitos.

“[8) *El presente artículo no afectará a ningún motivo por el que el deudor pueda liberarse de su obligación pagando a una persona a la que se haya efectuado una cesión inválida.*]”

Artículo 19. *Excepciones y derechos de compensación del deudor*

1. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la ley aplicable a la cuestión cuando un derecho de compensación se considera “disponible” (esta cuestión quedó pendiente de solución en los dos anteriores períodos de sesiones del Grupo de Trabajo; véanse A/CN.9/447, párrs. 97 y 98, y A/CN.9/455, párrs. 98 a 100). La principal dificultad en la determinación de la ley aplicable a las cuestiones relativas a la compensación radica en que esas cuestiones pueden considerarse de procedimiento y quedar sujetas a la ley del foro. Esa dificultad podría obviarse en gran medida si se hiciera referencia a la ley del Estado en que se encuentra el deudor, ya que normalmente el cedente o el cesionario entablarían procedimientos contra el deudor en ese Estado. No obstante, si la disputa se plantea ante un tribunal de un Estado que no sea el Estado en que se encuentra el deudor (por ejemplo, el Estado en que el deudor pueda tener activos), la referencia a la ley del Estado en que se encuentra el deudor no sería de utilidad, dado que el tribunal podría considerar que la cuestión es de procedimiento y aplicar su propia ley.

2. El Grupo de Trabajo tal vez desee también plantearse si conviene mantener el texto que figura entre corchetes en el párrafo 2). La finalidad de las palabras entre corchetes es asegurar que un aviso en que no se especifique el beneficiario del pago entrañe la congelación de los derechos de compensación del deudor (A/CN.9/447, párr. 100). Como ya se ha mencionado, si el Grupo de Trabajo adoptara el proyecto de artículo 16 3) de la propuesta estadounidense, podría suprimirse el texto entre corchetes, ya que todo aviso sería un “aviso” en virtud del proyecto de Convención, aun cuando en él no se especificara el beneficiario del pago.

Artículo 20. *Acuerdo de no oponer excepciones ni derechos de compensación*

A fin de evitar la incertidumbre que pudiera producirse con la utilización del término “consumidor” en los artículos 20 y 22 del proyecto, cabría hacer referencia a “la ley que rige la protección del deudor en las operaciones efectuadas con fines personales, familiares o domésticos”. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si conviene mantener en el texto el párrafo 2) c), que se ha extraído del artículo 30 1) de la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales y que figura

entre corchetes (esta cuestión se examina en el documento A/CN.9/447, párrs. 110 a 199).

Artículo 21. *Modificación del contrato de origen*

El Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si conviene mantener en el texto el párrafo 4), que figura entre corchetes. Las palabras entre corchetes tienen la finalidad de asegurar que todo aviso en que no se especifique el beneficiario del pago pueda limitar el derecho del deudor a modificar el contrato de origen sin el consentimiento del cesionario. Al igual que en el proyecto de artículo 19 2), este texto entre corchetes no sería necesario si el Grupo de Trabajo adoptara la propuesta estadounidense sobre el contenido mínimo de un aviso, ya que en tal caso todo aviso en que no se especificara el beneficiario del pago sería un aviso válido a efectos de los artículos 19 y 21 del proyecto.

Sección III. *Otras partes*

Tal vez convenga modificar el título de esta sección denominándola “otros terceros” u “otras partes”, dado que el deudor es también un tercero en la cesión (el deudor es parte en el contrato de origen con el cedente, pero el proyecto de Convención no pretende abarcar ese contrato).

Artículo 23. *Conflicto de derechos entre varios cesionarios*

El Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si es conveniente mantener en el texto las palabras que figuran entre corchetes en el párrafo 2). De suprimirse esas palabras, convendría aclarar en el comentario que la renuncia puede revestir la forma de acto unilateral o de un acuerdo.

Artículo 24. *Conflicto de derechos entre el cesionario y el administrador de la insolvencia o los acreedores del cedente*

1. El párrafo 2) regula el orden de prelación entre un cesionario y el administrador de la insolvencia. Si bien esta formulación es conocida en los ordenamientos jurídicos en que el administrador de la insolvencia se convierte en titular de los derechos de los acreedores, puede resultar menos apropiada para los ordenamientos jurídicos en que el administrador de la insolvencia se limita a ejercer los derechos de los acreedores. Además, en algunos procesos de reorganización es posible que no haya administrador de la insolvencia. Así pues, cabría modificar el párrafo 2) formulándolo del modo siguiente: “En un proceso de insolvencia que afecte a los activos del cedente, el orden de prelación entre el cesionario y los acreedores del cedente se regirá por la legislación del Estado en que se encuentre el cedente”. También en el párrafo 4) se hace referencia a los derechos del administrador de la insolvencia. Sin embargo, en este contexto es muy posible que se considere que el administrador de la insolvencia tiene derechos de procedimiento independientemente de los derechos sustantivos de los acreedores del cedente.

2. El proyecto de artículo 24 3) no sería necesario si los artículos 32 y 33 fueran aplicables a las disposiciones de de-

recho internacional privado del proyecto de Convención que no entran en el ámbito del capítulo VI (por ejemplo, los artículos 1 2), 9, 17 *bis*, 19 2) y 23 a 24; véanse también el proyecto de artículo 1, observación 20; el capítulo VI, observación 2, y el proyecto de artículo 42 *bis*, *infra*).

3. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si, a fin de asegurar que el proyecto de artículo 24 2) no esté por encima de las reglas nacionales que crean derechos extraordinarios de prelación, por ejemplo, en favor del Estado en cuestiones fiscales, es necesario adoptar otra disposición similar al párrafo 5), o si la cuestión ya está regulada en los párrafos 3) y 4) o si puede abordarse mejor en el contexto del proyecto de artículo 44.

4. En cualquier caso, el requisito de que los Estados enumeren en una declaración los derechos no consensuales que tendrían prioridad sobre los derechos de un cesionario podría reducir la aceptabilidad del proyecto de Convención para los Estados, ya que cualquier descuido o error en la declaración subordinaría esos derechos a los derechos de un cesionario. Además, contrariamente a las expectativas en que se basa el párrafo 5) no se fomentaría la certeza y la seguridad si las declaraciones no fueran suficientemente claras. Así pues, de mantenerse el párrafo 5), el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la supresión de las palabras “pero sólo a condición de que el Estado del foro haya especificado dicha prioridad en un instrumento que se haya depositado en poder del depositario antes de efectuarse la cesión”. En el comentario se podría explicar que el párrafo 5) tiene la finalidad de preservar los derechos no consensuales o los derechos que tienen prioridad en la ley del Estado del foro.

Capítulo V. *Cesiones subsiguientes*

En caso de que el Grupo de Trabajo decidiera incorporar los artículos 25 a 28 a las disposiciones del proyecto de Convención que se refieren a las cuestiones pertinentes en el contexto de una cesión inicial (es decir, los artículos 1, 12, 18 y 17 *quater* del proyecto, respectivamente), podrían suprimirse los artículos 25 a 28 del proyecto.

Capítulo VI. *Conflictos de leyes*

1. Si el capítulo VI fuera aplicable a las operaciones a las que el proyecto de Convención es aplicable en virtud del capítulo I, podría servir únicamente para complementar las disposiciones de fondo del proyecto de Convención abordando las cuestiones reguladas pero no expresamente resueltas en el proyecto de Convención. En tal caso, habría que suprimir el proyecto de artículo 31, ya que sería una repetición de los artículos 23 y 24. Por otra parte, si el propósito del capítulo VI fuera ofrecer un segundo nivel de armonización con respecto a las operaciones regidas por la ley aplicable al margen del proyecto de Convención, habría que suprimir las palabras iniciales de los artículos 29 y 30, en tanto que habría que mantener el proyecto de artículo 31 sin las palabras iniciales (véase también el proyecto de artículo 1 3), observaciones 17 a 19).

2. Habría que incorporar a los artículos 32 y 33 del proyecto una referencia a las disposiciones de derecho internacional privado que contiene el proyecto de Convención y que no

figuran en el capítulo VI (es decir, los artículos 1 2), 9, 17 *bis*, 19 2) y 23 a 24; véanse, *supra*, el proyecto de artículo 1, observación 20; el proyecto de artículo 24, observación 2, e, *infra*, el proyecto de artículo 42 *bis*).

Capítulo VII. Reglas de prelación alternativas

El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el contenido del capítulo VII, así como el lugar en que deberá insertarse en el proyecto de Convención. Si el capítulo VII tiene la finalidad de hacer las veces de una ley modelo autónoma, que los Estados podrían incorporar a su legislación interna, tal vez sea más apropiado que figure en un anexo del proyecto de Convención. No obstante, en tal caso convendría tal vez ampliar el capítulo VII. En cambio, si la finalidad del capítulo VII es complementar o enmendar el proyecto de Convención, tal vez sería más conveniente que quedara recogido en un protocolo del proyecto de Convención. Por otra parte, si simplemente contiene una disposición en que se describe el procedimiento de enmienda del proyecto de Convención, podría insertarse en el capítulo de las cláusulas finales (en relación con el propósito del capítulo VII, véanse, *infra*, las observaciones sobre el proyecto de artículo 43).

Capítulo VIII. Cláusulas finales

Artículo 42. Conflictos con acuerdos internacionales

En el proyecto de artículo 42 se sigue un criterio distinto del adoptado en otras convenciones preparadas por la CNUDMI; concretamente, en vez de dar preeminencia a otras convenciones relativas a cuestiones tratadas en el proyecto de Convención, el proyecto de artículo 42 permite a los Estados decidir cuál convención prevalecerá. En ausencia de declaración, prevalece el proyecto de Convención. Este criterio tiene la finalidad de evitar las situaciones de conflicto negativas, es decir, las situaciones en que varias convenciones que regulan las mismas cuestiones se ceden mutuamente la prioridad y, a consecuencia de ello, se crea incertidumbre sobre cuál de los textos es aplicable. Entre los instrumentos que tratan cuestiones reguladas por el proyecto de Convención figuran el Convenio de Ottawa y el Convenio de Roma.

Artículo 42 *bis*. Aplicación del capítulo VI

Por las razones ya especificadas (véanse, *supra*, el proyecto de artículo 1, observación 20; el proyecto de artículo 24, observación 2, y el capítulo VI, observación 2), convendría revisar el proyecto de artículo 42 *bis* para que dijera lo siguiente: “Un Estado podrá declarar en cualquier momento que no estará vinculado por los artículos 29 a 31”.

Artículo 42 *ter*. Cesiones adicionales abarcadas por la Convención

Si el Grupo de Trabajo considera que los Estados tal vez deseen aplicar el proyecto de Convención a prácticas adicionales o excluir algunas de ellas (véanse los artículos 1 7) y 4 2) y las observaciones relativas a esas disposiciones), habría que estudiar la incorporación al texto de palabras como las

siguientes: “Un Estado podrá declarar en cualquier momento que aplicará la presente Convención a prácticas adicionales enumeradas en una declaración”.

Artículo 42 *quater*. Otras exclusiones

“Un Estado podrá declarar en cualquier momento que no aplicará la Convención a ciertas prácticas enumeradas en una declaración.”

Artículo 43. Aplicación del capítulo VII

El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la cuestión de la finalidad del capítulo VII. Cabe señalar que el capítulo VII puede utilizarse de los modos siguientes: un Estado podría aplicar sus reglas nacionales de prelación basadas en el registro, pero recurrir al sistema de registro previsto por el proyecto de Convención; un Estado podría aplicar las reglas de prelación de la sección I, pero utilizar su propio sistema de registro; un Estado podría adherirse a las secciones I y II, pero sólo en lo relativo a las cesiones que entraran en el ámbito del proyecto de Convención, y un Estado podría introducir reglas nacionales basadas en las secciones I y II, a las que se referían los artículos 23 ó 24 del proyecto, y aplicarlas con respecto a todas las cesiones, independientemente de si entraran o no en el ámbito del proyecto de Convención (A/CN.9/455, párr.122).

Artículo 44. Reglas o procedimientos de insolvencia no afectados por la presente Convención

1. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la conveniencia de mantener en el texto el proyecto de artículo 44. Es posible que, para regular esa cuestión, sea suficiente el proyecto de artículo 24 3). De acuerdo con el proyecto de artículo 24 3), un tribunal u otra autoridad competente podrá denegar la aplicación de la ley aplicable a las cuestiones de prelación si es manifiestamente contraria al orden público del Estado del foro (A/CN.9/455, párrs.136 a 140).

2. Además, si bien una declaración formulada en términos generales no ofrecería el grado de certeza deseado respecto de la aplicación del proyecto de Convención, si se exige una declaración específica en que se enumeren las reglas de fondo o de procedimiento de la legislación nacional en materia de insolvencia que no estén afectadas por el proyecto de Convención, el proyecto de Convención puede resultar menos aceptable para los Estados (A/CN.9/455, párr. 135).

Artículo 46. Aplicación a las unidades territoriales

El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la cuestión del significado del concepto de “lugar” en el contexto del párrafo 3). Si se diera a ese concepto el mismo significado que en los artículos 23 y 24, el proyecto de Convención podría ser aplicable en el caso de empresas constituidas en régimen federal, independientemente de si tuvieran vínculos (por ejemplo, su establecimiento) con una unidad territorial a la que el proyecto de Convención fuera aplicable. Por consiguiente, tal vez fuera más apropiado hacer referencia al establecimiento, a fin de que el proyecto de Convención fuera aplica-

ble a las empresas constituidas en régimen federal con su establecimiento en una unidad territorial a la que el proyecto de Convención fuera aplicable.

Artículo 47. *Efecto de las declaraciones*

Las declaraciones pueden repercutir negativamente en los derechos de los terceros que otorguen crédito sobre la base de un determinado régimen jurídico, particularmente en el caso de las cesiones de futuros créditos. A fin de proteger las expectativas razonables de los terceros, debería agregarse al texto un párrafo 5) que dijera: “Una declaración o su retirada no afectarán a los derechos de las partes con respecto a cesiones efectuadas antes de la fecha en que la declaración o su retirada surtan efecto”.

Artículo 48. *Reservas*

El proyecto de artículo 48 no figura entre corchetes, dado que su enunciado no variaría ni en el caso de que el proyecto de Convención permitiera reservas adicionales.

Artículo 50. *Denuncia*

Por las mismas razones mencionadas en relación con el proyecto de artículo 47, debería agregarse al texto un párrafo 3) con un tenor similar al artículo 90 de la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales: “La Convención continuará aplicándose a las cesiones efectuadas antes de la fecha en que surta efecto la denuncia”.



II. COMERCIO ELECTRÓNICO

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor de su 33.º período de sesiones (Nueva York, 29 de junio a 10 de julio de 1998) (A/CN.9/454) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> |
|---|-----------------|
| INTRODUCCIÓN | 1-16 |
| I. DELIBERACIONES Y DECISIONES | 17 |
| II. PROYECTO DE RÉGIMEN UNIFORME PARA LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS | 18-172 |
| Capítulo I. Esfera de aplicación y disposiciones generales | 19 |
| Capítulo II. Firmas electrónicas | 20-138 |
| Sección I. Firmas electrónicas en general | 20-27 |
| Artículo 1. Definiciones | 20 |
| Artículo 2. Efectos de la firma electrónica | 21-27 |
| Sección II. Firmas electrónicas [seguras] [refrendadas] | 28-88 |
| Artículo 3. Presunción de firma | 28-39 |
| Artículo 4. Presunción de autoría | 40-53 |
| Artículo 5. Presunción de integridad | 54-63 |
| Artículo 6. Determinación previa de la firma electrónica [segura] [refrendada] | 64-75 |
| Artículo 7. Responsabilidad por una firma electrónica [segura] [refrendada] | 76-88 |
| Sección III. Firmas numéricas respaldadas por certificados | 89-138 |
| Artículo 8. Contenido de un certificado [refrendado] [seguro] ... | 89-116 |
| Artículo 9. Efectos de las firmas numéricas respaldadas por certificados | 117-138 |
| Capítulo III. Entidades certificadoras y cuestiones conexas | 139-172 |
| Artículo 10. Declaración al emitir un certificado | 139-144 |
| Artículo 11. Responsabilidad contractual | 145-157 |
| Artículo 12. Responsabilidad de la entidad certificadora ante toda parte que confíe en un certificado | 158-163 |
| Artículos 13 a 15. | 164-169 |
| Artículo 16. Relaciones entre las partes que se fían de los certificados y las entidades certificadoras | 170-172 |
| Capítulo IV. Firmas electrónicas extranjeras | 173 |
| Artículos 17 a 19. | 173 |
| III. PROPUESTA PARA LA LABOR FUTURA EN LA ESFERA DEL COMERCIO ELECTRÓNICO | 174-179 |

INTRODUCCIÓN

1. En su 29.º período de sesiones (1996), la Comisión decidió incluir en su programa las cuestiones de las firmas numéricas y de las entidades certificadoras. Se pidió al Grupo de Trabajo sobre comercio electrónico que estudiara la conveniencia y la viabilidad de preparar una normativa uniforme relativa a estos temas. Se convino en que la labor del Grupo de Trabajo se centrara, en su 31.º período de sesiones, en la preparación de un régimen uniforme relativo a determinados aspectos de los mencionados temas. Se pidió al Grupo de Trabajo que presentara a la Comisión elementos suficientes para que ésta adoptara una decisión informada sobre el ámbito del régimen uniforme que habría de elaborarse. Precizando algo más el mandato del Grupo de Trabajo, se convino asimismo en que dicho régimen uniforme se refiriera a cuestiones tales como el fundamento jurídico de los procedimientos de certificación, así como de la nueva tecnología de autenticación y certificación digitales; la aplicabilidad de esos procedimientos de certificación; la asignación del riesgo y de la responsabilidad imputables a los usuarios, proveedores y terceros en el contexto del empleo de esas nuevas técnicas de certificación; las cuestiones concretas de certificación mediante el empleo de registros, y la incorporación por remisión¹.

2. En su 30.º período de sesiones (celebrado en 1997), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de su 31.º período de sesiones (A/CN.9/437). En cuanto a la conveniencia y viabilidad de preparar un régimen uniforme relativo a las firmas numéricas y a las entidades certificadoras, el Grupo de Trabajo indicó a la Comisión que había llegado a un consenso sobre la importancia y la necesidad de la tarea de armonizar el derecho aplicable en esa esfera. Si bien no había adoptado una decisión definitiva sobre la forma y el contenido de esa labor, el Grupo de Trabajo había llegado a la conclusión preliminar de que era viable emprender la preparación de un proyecto de régimen uniforme al menos sobre las cuestiones relacionadas con las firmas numéricas y las entidades certificadoras, así como posiblemente sobre otras cuestiones conexas. El Grupo de Trabajo recordó que, junto a las firmas numéricas y las entidades certificadoras, la futura labor en el campo del comercio electrónico debería incluir: cuestiones sobre alternativas técnicas a la criptografía de clave pública; cuestiones generales sobre las funciones prestadas por los terceros proveedores de servicios, y la contratación electrónica (A/CN.9/437, párrs. 156 y 157).

3. La Comisión expresó su reconocimiento por la labor ya efectuada por el Grupo de Trabajo en su 31.º período de sesiones, hizo suyas las conclusiones del Grupo de Trabajo y le encomendó la preparación de un régimen uniforme sobre los aspectos jurídicos de las firmas numéricas y las entidades certificadoras (en adelante denominado “el Régimen Uniforme”).

4. Con respecto al alcance exacto y la forma de ese Régimen Uniforme, la Comisión convino, en general, en que no era posible adoptar una decisión al respecto en una etapa tan temprana del proceso. Se opinó que, si bien el Grupo de Trabajo podría concentrar su atención en las cuestiones relativas

a las firmas numéricas, en vista de la función predominante aparentemente desempeñada por la criptografía de clave pública en la práctica más reciente del comercio electrónico, el Régimen Uniforme que se preparara debería atenerse al criterio de la neutralidad respecto de los medios técnicos utilizables adoptado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Por ello, el Régimen Uniforme no debería desalentar el recurso a otras técnicas de autenticación. Además, al ocuparse de la criptografía de clave pública, tal vez fuera preciso que el Régimen Uniforme acomodara diversos grados de seguridad y reconociera diversos efectos jurídicos y grados de responsabilidad en función de los servicios prestados en el contexto de las firmas numéricas. Respecto de las entidades certificadoras, si bien la Comisión reconoció el valor de las normas de fiabilidad fijadas por el mercado, predominó el parecer de que el Grupo de Trabajo podría considerar el establecimiento de un conjunto de normas mínimas que las entidades certificadoras habrían de cumplir, particularmente en casos en que se solicitara una certificación de validez transfronteriza².

5. El Grupo de Trabajo inició su labor de preparación del Régimen Uniforme en su 32.º período de sesiones, sobre la base de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.73). Se pidió a la Secretaría que preparase, tomando como base las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, un juego de disposiciones revisadas, con posibles variantes, para que lo examinase el Grupo de Trabajo en un período de sesiones futuro.

6. En su 31.º período de sesiones (celebrado en 1998), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de su 32.º período de sesiones (A/CN.9/446). La Comisión expresó su reconocimiento por la labor efectuada por el Grupo de Trabajo en la preparación del proyecto de Régimen Uniforme. Se tomó nota de las dificultades evidentes con que había tropezado el Grupo de Trabajo, en sus períodos de sesiones 31.º y 32.º, para llegar a un entendimiento común de las nuevas cuestiones jurídicas que dimanaban del uso cada vez mayor de las firmas numéricas y otras firmas electrónicas. También se tomó nota de que aún no se había logrado un consenso respecto de la forma en que cabría resolver esas cuestiones en un marco jurídico internacionalmente aceptable.

7. La Comisión reafirmó la decisión que había adoptado en su 31.º período de sesiones en cuanto a la viabilidad de preparar ese Régimen Uniforme. La Comisión estimó, en general, que los progresos que se habían hecho hasta ese momento indicaban que el proyecto de Régimen Uniforme para las Firmas Electrónicas se estaba transformando, de manera progresiva, en una estructura viable, y que el Grupo de Trabajo podría hacer nuevos progresos en su 33.º período de sesiones sobre la base del proyecto revisado que había preparado la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.76). La Comisión tomó nota, asimismo, de que el Grupo de Trabajo era generalmente reconocido como un foro internacional de particular importancia para el intercambio de ideas sobre las cuestiones jurídicas relativas al comercio electrónico y la búsqueda de soluciones para esas cuestiones.

8. La Comisión tomó nota de que, al término del 32.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se había hecho una

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), párrs. 223 a 224.

²Ibíd., quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/52/17), párrs. 249 a 251.

propuesta en el sentido de que el Grupo de Trabajo tal vez desearía examinar de forma preliminar la posibilidad de iniciar los preparativos de una convención internacional sobre la base de las disposiciones de la Ley Modelo y del Régimen Uniforme. El Grupo de Trabajo había acordado que bien podría ser necesario incluir esa cuestión como tema del programa de su próximo período de sesiones, tomando como base las propuestas más detalladas que pudieran hacer las delegaciones interesadas. No obstante, la conclusión preliminar del Grupo de Trabajo fue que los preparativos de una convención deberían considerarse en cualquier caso como un proyecto independiente tanto de la preparación del Régimen Uniforme como de cualquier otro texto que pudiera agregarse a la Ley Modelo. Hasta que se adoptara una decisión definitiva acerca de la forma del Régimen Uniforme, la sugerencia de preparar una convención en una etapa posterior no debería apartar al Grupo de Trabajo de su labor actual, que era ante todo la preparación de un proyecto de Régimen Uniforme, ni de su hipótesis de trabajo actual de que el Régimen Uniforme revestiría la forma de un proyecto de disposiciones de rango legal. El Grupo de Trabajo había considerado en general que la posible preparación de un proyecto de convención no debería utilizarse como medio para volver a plantear cuestiones ya resueltas en la Ley Modelo, lo cual podría frenar la creciente utilización de tan fructífero instrumento (A/CN.9/446, párr. 212).

9. La Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había recibido una propuesta de una delegación relativa a la preparación de una convención (A/CN.9/WG.IV/WP.77). Se expresaron opiniones divergentes al respecto. De acuerdo con una tesis, era necesario contar con una convención basada en las disposiciones de la Ley Modelo, porque la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico también podría ser insuficiente para establecer el marco jurídico universal del comercio electrónico. Dada la naturaleza del instrumento, las disposiciones de la Ley Modelo estaban sujetas a las variaciones que pudieran introducir los órganos legislativos que la incorporaran al derecho interno, circunstancia que iría en detrimento de la armonización deseada de las normas jurídicas aplicables al comercio electrónico. El parecer contrario fue que, debido a la rápida evolución técnica del comercio electrónico, la cuestión no se prestaba fácilmente al enfoque rígido que sugería una convención internacional. Se señaló que la Ley Modelo revestía un valor especial en su calidad de colección de principios, que se podrían incorporar a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante diversas formulaciones para acomodar el creciente uso del comercio electrónico.

10. Predominó en la Comisión la opinión de que sería prematuro emprender la preparación de la convención que se había sugerido. Las delegaciones de varios países indicaron que actualmente estaban en curso en esos países diversos proyectos de reforma jurídica basados en las disposiciones de la Ley Modelo. Se expresó la inquietud de que la preparación de una convención internacional basada en la Ley Modelo podría obrar en detrimento de la adopción general de la Ley Modelo propiamente dicha que, a sólo dos años de haber sido aprobada por la Comisión, ya había sido incorporada al derecho de un número importante de países. Además, se estimó en general que el Grupo de Trabajo no debía apartarse del cometido que tenía ante sí, esto es, la preparación de un proyecto de Régimen Uniforme, conforme a lo convenido por la Comisión. Al concluir ese cometido, se vería con

beneplácito que, en el contexto de su función consultiva general respecto de las cuestiones del comercio electrónico, el Grupo de Trabajo formulara propuestas a la Comisión de futuros trabajos en esa esfera. Los partidarios de una convención sugirieron que tal vez convendría examinar más a fondo esta cuestión en un futuro período de sesiones de la Comisión y en el marco del Grupo de Trabajo, posiblemente a través de consultas oficiosas. Se recordó que, aun cuando la futura labor podría referirse a la preparación de una convención, se habían sugerido también otros temas como las cuestiones de competencia y de determinación de la ley aplicable y la solución de las controversias surgidas en el marco de las relaciones por Internet³.

11. El Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 33.º período de sesiones en Nueva York, del 29 de junio al 10 de julio de 1998. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Australia, Austria, Brasil, Camerún, Colombia, China, Egipto, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Honduras, Hungría, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Lituania, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Democrática del Congo, Rumania, Singapur, Tailandia y Uganda.

12. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Canadá, Dinamarca, Gabón, Indonesia, Irlanda, Madagascar, Países Bajos, Panamá, Polonia, Portugal, República Checa, República de Corea, República Democrática del Congo, Suecia, Suiza, Túnez y Turquía.

13. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Banco Africano de Desarrollo, Comisión Europea, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), Comité Marítimo Internacional (CMI), Asociación Internacional de Estudiantes Europeos, Grupo Latinoamericano de Abogados para el Comercio Internacional (GRULACI), Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (INIDIE), Asociación Internacional de Puertos (AIP), Asociación Internacional de Abogados, Cámara de Comercio Internacional (CCI), Internet Law and Policy Forum (ILPF), Sociedad para las Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales (S.W.I.F.T.) y Unión Internacional de Abogados (UIA).

14. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

| | |
|------------------------|---|
| <i>Presidente:</i> | Sr. Mads Bryde Andersen (Dinamarca) |
| <i>Vicepresidente:</i> | Sr. Pang Khang Chau (Singapur) |
| <i>Relator:</i> | Sr. Jair Fernando Imbachi Cerón (Colombia) |

15. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: programa provisional (A/CN.9/WG.IV/WP.75); una nota preparada por la Secretaría que contenía el proyecto de régimen uniforme para las firmas numéricas, otras firmas

³Ibíd., quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17), párrs. 209 a 211.

electrónicas, las entidades certificadoras y cuestiones conexas (A/CN.9/WG.IV/WP.76), y una nota que reproducía el texto de una propuesta de los Estados Unidos de América respecto de un proyecto de convención internacional sobre las operaciones electrónicas (A/CN.9/WG.IV/WP.77).

16. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Aspectos jurídicos del comercio electrónico: proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

I. DELIBERACIONES Y DECISIONES

17. El Grupo de Trabajo debatió el tema de las firmas numéricas, otras firmas electrónicas, las entidades certificadoras y cuestiones jurídicas conexas sobre la base de la nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.76). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo sobre esos temas se consignan en la sección II, *infra*. Se pidió a la Secretaría que preparase, basándose en dichas deliberaciones y conclusiones, un conjunto de disposiciones revisadas, con posibles variantes, para que el Grupo lo examinase en un futuro período de sesiones. Una delegación propuso que se trabajara en la preparación de una convención sobre un régimen jurídico para las operaciones electrónicas y esa propuesta fue objeto de un examen informal, como se menciona, *infra*, en la sección III.

II. PROYECTO DE RÉGIMEN UNIFORME PARA LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS

Observaciones generales

18. El Grupo de Trabajo comenzó por mostrarse, en general, de acuerdo en que la actual estructura del Régimen Uniforme constituía una base aceptable para las deliberaciones, aun cuando se expresó el parecer de que combinar una parte general sobre la firma electrónica con una parte especial en la que se enunciaran reglas muy detalladas sobre la firma numérica podría suscitar problemas en la articulación orgánica y funcional de ambas partes entre sí. Se señaló que el Régimen Uniforme serviría para acomodar, en gran medida, los diversos tipos de firmas electrónicas que iban apareciendo en el mercado. El Régimen Uniforme jugaría un papel importante al dar curso legal al empleo de las técnicas de firma electrónica en un entorno abierto, crear un clima de confianza en el empleo de estas técnicas y evitar la introducción de discriminaciones entre ellas. Se destacó, sin embargo, que quizás fuera preciso elucidar en algunas cuestiones, por ejemplo: el grado en que el Régimen Uniforme reconocía la autonomía de las partes en el contexto de redes cerradas o semicerradas; la latitud del Régimen Uniforme para acomodar tanto los sistemas en los que las entidades certificadoras funcionaban a título de proveedores independientes de servicios como los sistemas en los que las partes se fiaban de un

certificado emitido por una de ellas; la adaptabilidad del Régimen Uniforme a otras técnicas que no sean la de la firma numérica, y la compatibilidad del Régimen Uniforme con prácticas comerciales que requieran diversos grados de seguridad.

Capítulo I. Esfera de aplicación y disposiciones generales

19. El Grupo de Trabajo decidió aplazar su deliberación sobre el capítulo I hasta que hubiera concluido el examen de las disposiciones sustantivas del Régimen Uniforme.

Capítulo II. Firmas electrónicas

Sección I. Firmas electrónicas en general

Artículo 1. Definiciones

20. El Grupo de Trabajo decidió aplazar su deliberación sobre el proyecto de artículo 1 hasta que hubiera concluido su examen de las disposiciones sustantivas del Régimen Uniforme.

Artículo 2. Efectos de la firma electrónica

21. El texto del proyecto de artículo 2 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) En lo que concierne a todo mensaje de datos autenticado mediante una firma electrónica [que no sea una firma electrónica segura], esa firma satisfará toda exigencia jurídica de que se consigne una firma si es tan fiable como procede para la finalidad para la cual se consigné, a la luz de todas las circunstancias, incluido cualquier acuerdo que pueda existir al respecto.

“2) El párrafo 1) será aplicable tanto si la exigencia jurídica que en él se menciona está en forma de una obligación como si la ley se limita a prescribir ciertas consecuencias para el supuesto de que falte una firma.

“3) De no disponerse expresamente otra cosa en [el presente Régimen], toda firma electrónica que no sea una firma electrónica [refrendada] [segura] no estará sujeta al reglamento, las normas o los procedimientos para la concesión de licencias establecidos por ... [los órganos o las entidades designados por el Estado en el artículo] ni a las presunciones establecidas por los artículos 4, 5 y 6.

“4) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...]”

Título

22. Se opinó que la mención en el título de los “efectos de la firma electrónica” podía ser equívoca. Se señaló que, en lugar de hacer hincapié en los efectos de las firmas electrónicas, el proyecto de artículo 2 se refería a las circunstancias en las cuales una firma electrónica satisfará los requisitos legales, que se mencionaban en el artículo 7 de la Ley Modelo. Tras una deliberación, se convino en que el título del proyecto de artículo dijera algo así como “Observancia de los requisitos legales”.

Párrafo 1)

23. Se dijo que la redacción del párrafo 1) debía ser exactamente paralela a la redacción utilizada en el artículo 7 de la Ley Modelo. En consecuencia, se sugirió que el párrafo 1) se redactara como sigue:

“1) Por lo que se refiere a un mensaje de datos autenticado mediante una firma electrónica [que no sea una firma electrónica segura], la firma electrónica satisfará todo requisito legal o regla de la prueba concerniente a una firma si el método utilizado es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.”

24. Aunque se expresó apoyo en favor de la redacción sugerida, se hizo ver que la referencia a “todo requisito legal o regla de la prueba” no concordaba con la redacción utilizada en la Ley Modelo. El artículo 7 de la Ley Modelo usaba las palabras “cuando la ley requiera la firma”, frase que atendía tanto a los requisitos legales como a los propiamente probatorios. Toda falta de concordancia entre la Ley Modelo y el Régimen Uniforme a ese respecto podría suscitar dificultades en la interpretación de ambos instrumentos. El Grupo de Trabajo aprobó la redacción propuesta, a reserva de que se suprimieran las palabras “o regla de la prueba”.

Párrafo 2)

25. En general se consideró aceptable el contenido del párrafo 2). Por razones de concordancia con la terminología empleada en la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera la palabra “jurídicos”.

Párrafo 3)

26. Se expresó la opinión de que el párrafo 3) hacía una declaración obvia y debía suprimirse. Predominó el parecer, sin embargo, de que, como cabía esperar que la vasta mayoría de las firmas electrónicas utilizadas en la práctica no cayeran dentro de la estrecha categoría de firmas electrónicas “refrendadas” o “seguras” (que eran objeto de reglamentación en algunos países), el Régimen Uniforme debería dejar absolutamente en claro que la normativa reglamentaria aplicable a la categoría más estricta de las firmas electrónicas “refrendadas” o “seguras” no sería, por lo general, aplicable a todo tipo de “firmas electrónicas”. Tras una deliberación, se convino en retener el párrafo 3) en el Régimen Uniforme ya que daba claridad a su texto.

Párrafo 4)

27. El Grupo de Trabajo consideró que el contenido del párrafo 4) era en general aceptable.

Sección II. Firmas electrónicas [seguras] [refrendadas]

Artículo 3. Presunción de firma

28. El texto del proyecto de artículo 3 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Se presumirá que un mensaje de datos ha sido firmado [si][a partir del momento en que] una firma electrónica [refrendada] [segura] haya sido consignada en el mensaje de datos.

“2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...]”

Párrafo 1)

29. Se convino en general en que era conveniente que el Régimen Uniforme delimitara una restringida gama de técnicas que pudieran dar a las “firmas electrónicas” en general un alto grado de fiabilidad. No obstante, como cuestión de forma, se expresaron dudas en cuanto a si eran aceptables los calificativos de firma electrónica “refrendada” o “segura”. Aunque se reconoció que la calificación de “segura” era familiar en el contexto de las firmas electrónicas, se la criticó por considerarse que introducía un criterio subjetivo y daba a entender que las firmas que no entraban dentro de la categoría de “seguras” eran de por sí inseguras. También se dijo que se podía interpretar el término “segura”, inserto en el proyecto de artículo 3, como requiriendo una “seguridad excesiva” de la firma. Se dijo que era posible que la calificación de “refrendada” podía referirse a prácticamente cualquier atributo de la firma y era en general muy imprecisa, especialmente en relación con el concepto de la seguridad de la firma. Si bien se dijo que el término “refrendada” prácticamente no tenía sentido, la opinión predominante fue que, a falta de un término más apropiado, que se buscaría más adelante, se utilizara ese término. Por otra parte, se sugirió que se utilizaran las palabras “calificada” y “certificada”, aunque esta sugerencia no obtuvo respaldo.

30. También como cuestión de forma se observó que el artículo 3 se centraba en la “consignación” de la firma en el mensaje de datos, mientras que la definición de firma electrónica del inciso a) del artículo 1 englobaba también la noción más amplia de “datos en forma electrónica ... lógicamente asociados [al mensaje]”. Se sugirió alinear el texto del artículo 3 con el del proyecto de artículo 1.

31. Se expresó la opinión de que deberían suprimirse las palabras “[a partir del momento en que]”. En apoyo de esa opinión, se manifestó que el momento en que se firmaba el mensaje de datos no era esencial para el proyecto de artículo 3, por lo que la inclusión de esa referencia daría tal vez lugar a incertidumbre. En respuesta, se dijo que el momento en que se firmaba el mensaje tenía importantes consecuencias jurídicas, especialmente para los terceros, por lo que debería mantenerse ese texto en el proyecto de artículo. Después de los debates, el Grupo de Trabajo consideró que en el contexto del proyecto de artículo 3 no debería encararse el momento en que se hubiese firmado el mensaje de datos, pero que quizás se lo podría seguir examinando en una etapa posterior de la preparación del Régimen Uniforme.

32. Se expresó el parecer de que las cuestiones tratadas en los proyectos de artículo 3 y 4 estaban demasiado vinculadas para ser tratadas en artículos separados. Se observó que, en algunos ordenamientos, esas dos cuestiones eran indisolubles ya que no cabía considerar un mensaje de datos como firmado si la firma en él consignada no podía ser atribuida al signatario. Se sugirió resolver esta dificultad subsumiendo los artículos 3 y 4 en uno solo. Se replicó que en otros

ordenamientos jurídicos, la cuestión de si un mensaje había sido o no firmado, podía ser importante con independencia de cuál fuera la identidad del signatario, en todos aquellos casos en los que la ley requiriera una firma sin interesarse por la identidad del signatario o sin que se cuestionara esa identidad.

33. El debate se centró en la cuestión de si debería suprimirse el proyecto de artículo 3 o si convendría retenerlo en forma de una presunción o reformularlo en términos de una regla de derecho sustantivo. Se observó que una presunción debería ser refutable pero que parecía difícil que el hecho de la firma admitiera prueba en contra. Se replicó que esta presunción se basaba en ciertos supuestos que admitían prueba en contra, como sería la intención del signatario o la fiabilidad o regularidad del método utilizado para firmar el mensaje de datos. Al hacer recaer la presunción sobre la firma electrónica refrendada, se pretendía distinguir la forma “refrendada” de la firma electrónica de la forma más genérica de firma electrónica regulada en el proyecto de artículo 2. Se dijo que, para adquirir este rango especial de firma electrónica refrendada, una firma habría sido objeto de ciertos controles, por lo que no estaría sujeta al mismo grado de verificación que la forma genérica de firma electrónica.

34. Como alternativa, se invitó al Grupo de Trabajo a examinar una nueva propuesta de párrafo 1), a saber:

“De requerir la ley una firma, ese requisito quedará satisfecho por una firma electrónica refrendada.”

35. El debate prosiguió sobre la base de esa propuesta. Se dijo que el texto propuesto evitaba los problemas que plantearía el establecimiento de una presunción y reconocía el principio de no discriminación enunciado en el artículo 5 de la Ley Modelo. El objetivo de la propuesta era consagrar la regla de que una firma electrónica refrendada satisfacía el requisito del artículo 7 de la Ley Modelo de que la autenticación debe ser “tan fiable como sea apropiado”.

36. Esta propuesta recibió cierto apoyo, pero se señaló que sólo sería posible pronunciarse a su respecto una vez conocida la definición de lo que constituía una firma electrónica “refrendada”. Se sugirió mantener la propuesta entre corchetes en tanto que no se hubiera examinado esa definición. Ciertos miembros apoyaron la sugerencia de que la propuesta se redactara en términos más próximos a los del artículo 7 de la Ley Modelo y que se dispusiera claramente que una firma electrónica refrendada cumplía con los requisitos de la Ley Modelo sobre fiabilidad e idoneidad de la firma, por lo que debía ser considerada como un equivalente funcional de una firma manuscrita.

37. Se observó también que el artículo 7 de la Ley Modelo, al insistir en la idoneidad del método a la luz de las circunstancias para las que se utilizaba, ofrecía un criterio que daba cierta flexibilidad a la regla sustantiva enunciada en ese artículo. El nuevo texto propuesto establecía, en cambio, un criterio rígido. Se sugirió insertar un texto adicional que dijera “salvo que se pruebe que la firma electrónica refrendada no cumple con los requisitos del artículo 7 de la Ley Modelo” al final del texto propuesto para darle cierta flexibilidad. Se replicó que la finalidad de la propuesta era ir más allá del criterio del artículo 7 de la Ley Modelo a fin de disponer que, en todo supuesto en que la ley exija una firma, la firma electrónica refrendada satisfacía esa exigencia, cualesquiera

fueran las circunstancias del caso. La inserción del texto adicional sugerido introduciría un cierto factor de duda sobre si la firma electrónica refrendada satisfacía todos los requisitos de una firma, por lo que no debía insertarse ese texto.

38. Tras haberlo debatido, el Grupo de Trabajo consideró aceptable el contenido del texto propuesto, pero decidió mantenerlo entre corchetes hasta que se examinase la definición de firma electrónica [refrendada]. También se decidió que se agregara entre corchetes un texto que dijera “a menos que se demuestre que la firma electrónica refrendada no cumple con los requisitos del artículo 7 de la Ley Modelo” para que fuera debatido en un futuro período de sesiones.

Párrafo 2)

39. El Grupo de Trabajo consideró en general aceptable el contenido del párrafo 2).

Artículo 4. *Presunción de autoría*

40. El texto del proyecto de artículo 4 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Una firma electrónica [refrendada] [segura] se presumirá que es la de la persona que la haya, o en cuyo nombre se haya, al parecer utilizado,

“*Variante A:*

“salvo que el supuesto signatario establezca que la firma electrónica [refrendada] [segura] se consignó sin su autorización.

“*Variante B:*

“con tal de que la persona que haya confiado en la firma establezca que el procedimiento de seguridad o la combinación de procedimientos de seguridad utilizados para verificar la firma:

“a) Era comercialmente razonable en las circunstancias del caso;

“b) Fue aplicado por ella de manera fiable; y

“c) Que ella obró razonablemente y de buena fe al confiar en la firma.

“2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable en los siguientes supuestos: [...]”

Observaciones generales

41. Se expresaron dudas en relación con la utilidad y conveniencia de incluir en el proyecto de Régimen Uniforme una presunción de autoría en el sentido del proyecto de artículo 4. Se manifestó que la cuestión que se abordaba en el proyecto de artículo 4 era de la competencia del derecho procesal civil general y que, por ello, no se prestaba fácilmente a la armonización por medio de un instrumento internacional. Se sugirió dejar la cuestión de la autoría de las firmas electrónicas al arbitrio del derecho interno aplicable.

42. No obstante, predominó el parecer de que era necesario contar con un artículo como el del proyecto de artículo 4. Si bien se expresaron algunas objeciones en cuanto a las dis-

tintas variantes del proyecto de artículo 4, se consideró en general que la determinación de la autoría de la firma podía ser esencial para determinar los efectos jurídicos de la firma y que era importante contar con un artículo de esa naturaleza a fin de generar confianza y certidumbre en el uso de las firmas electrónicas.

Párrafo 1)

43. Se opinó en favor de mantener la variante A. También se expresaron preferencias por un proyecto de artículo que incluyera la variante A y la variante B. Se señaló que era difícil examinar las variantes como textos alternativos porque no eran verdaderas alternativas y se referían a distintos aspectos de la presunción de autoría. La variante A se refería directamente al hecho de la firma y a las cuestiones de autoría y autorización de la firma, mientras que la variante B establecía las circunstancias en que la persona que confiaba en la firma podría acogerse a la presunción, aun cuando la firma pudiese haber sido consignada sin autorización.

44. Se opinó que debía mantenerse sólo la variante A, ya que imponía, como procede, la carga de la prueba a la persona que mejor podía probar el hecho de la firma, a saber, el signatario, en tanto que las reglas de la variante B se basaban en varios criterios subjetivos que, en la práctica, serían difíciles de aplicar. Además, se señaló que la variante B hacía recaer injustamente una posible responsabilidad sobre el signatario, aun cuando éste pudiera demostrar, de conformidad con la variante A, que la firma no estaba autorizada. En ese contexto, se expresó enérgicamente la opinión de que una disposición que se ajustara a la variante B no sería adecuada para operaciones en que participaran consumidores. Si bien el Grupo de Trabajo decidió que por el momento no abriría un debate general para determinar si el proyecto de Régimen Uniforme sería aplicable a las operaciones en que participarían consumidores, se convino en general en que, al preparar el Régimen Uniforme, el Grupo de Trabajo debería concentrarse en las operaciones entre los usuarios comerciales de técnicas electrónicas de comunicación.

45. En apoyo del mantenimiento de algunos elementos de la variante B en el Régimen Uniforme, se señaló que, en el contexto de la determinación de los efectos jurídicos, era importante que cualquier parte que confiara en la firma electrónica tuviera que probar los puntos enunciados en los incisos *a)* a *c)* antes de que esa parte pudiera acogerse a cualquier presunción. Se expresó la opinión de que los requisitos de la variante B no estaban en su lugar en una disposición que establecía una presunción. Al respecto, se indicó que quizá fuera necesario reconsiderar la ubicación de la variante B, no sólo en cuanto al lugar que ocupaba dentro del artículo 4, sino también en cuanto a la relación del artículo 4 con las definiciones del proyecto de artículo 1 y los artículos sustantivos del Régimen Uniforme. Por ejemplo, se observó que el inciso *c)* de la variante B guardaba relación con el proyecto de artículo 7, que se ocupaba de la responsabilidad. Esa sugerencia contó con algún apoyo y se consideró conveniente volver a examinar las cuestiones planteadas por la variante B en el contexto de la definición de la firma electrónica [segura] [refrendada] y de las disposiciones sustantivas relativas a la responsabilidad.

46. Al igual que en el caso del artículo 3, se cuestionó que el artículo se hubiese redactado en forma de una presunción,

y se preguntó en particular si se trataba de una presunción *juris tantum* y cuáles serían los medios con que se podría refutar esa presunción. Se expresó la opinión de que ello debería aclararse en el texto del propio artículo. Se dijo que quizás sería difícil establecer una presunción general aplicable a todos los tipos de operaciones, porque, para ser eficaz, esa presunción dependía de distintas variables como: la fiabilidad técnica de algunas firmas; la expectativa de las partes sobre la manera en que debían tratarse algunos aspectos técnicos de la firma, y la naturaleza misma de la operación. Por ejemplo, para algunos tipos de operación, como las financieras, quizás fuera conveniente que el uso de la firma sin autorización entrañara un elevado grado de responsabilidad, mientras que para operaciones de menos importancia, quizás no procediera imponer un grado tan elevado de responsabilidad.

47. Se expresó también inquietud sobre si se debería estructurar la presunción de forma que se pudiera refutar simplemente negando haber consignado la firma en el mensaje o si se debería exigir también que se probara la ausencia de toda autorización.

48. Se consideró que el artículo adoptaba un enfoque demasiado restrictivo al pormenorizar ciertos actos que una de las partes debería efectuar. La exigencia de que sea la parte que haya confiado en la firma la que ha de probar los pormenores enunciados en los incisos *a)* a *c)* de la variante B es demasiado restrictiva. Se juzga igualmente demasiado restrictiva la exigencia, enunciada en el inciso *b)*, de que sea la parte que haya confiado en la firma la que deba aplicar el procedimiento de seguridad previsto. El proyecto de artículo debería centrarse en la cuestión de saber si se aplicó un procedimiento de seguridad razonable (con independencia de quién lo aplicó), o en determinar qué es lo que se había de probar. Se hizo la misma crítica a la variante A respecto de la exigencia de que el presunto signatario probara que no había habido autorización. Se convino en general en que conveniría despersonalizar el texto del proyecto de artículo 4 en respuesta a las inquietudes expresadas al respecto.

49. Se criticó también que el proyecto de artículo tratara a la vez de la autorización y de la autoría, dos conceptos distintos que debían ser tratados por separado. Se propuso que el proyecto de artículo 4 se ocupara más de la autorización que de la autoría. En respuesta, se observó que el párrafo 2) del artículo 13 de la Ley Modelo trataba la cuestión relativa a la autorización en las disposiciones relativas a la atribución o autoría del mensaje.

50. La redacción del artículo 4 dio lugar a varias observaciones. Una de ellas fue que el proyecto de Régimen Uniforme debería respetar el principio de la neutralidad respecto de la tecnología empleada, cosa que no hacía el texto de la variante B. En particular, se señaló que la expresión “parte que haya confiado en” era entendida en general como referida concretamente a la tecnología de las firmas numéricas. Como la expresión no se definía en el contexto del Régimen Uniforme, era necesario aclarar en el proyecto de artículo 4 que la expresión “parte que haya confiado en” no se limitaba a la parte que se fía en una situación de firmas digitales certificadas, sino que podría incluir una aplicación más amplia. Habida cuenta de la decisión de suprimir la variante B, no se siguió examinando esa propuesta.

51. Se formularon otras propuestas para mejorar el texto del proyecto de artículo 4. Se sugirió concretamente sustituir

la palabra “utilizada” (referida a la firma), por términos como los de “consignada”, “creada” o “generada”. Se estimó además que la expresión “combinación de procedimientos de seguridad” hubiera estado de más en la variante B suprimida, ya que el término “procedimiento de seguridad” podía de hecho englobar diversos procedimientos de seguridad. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que convendría examinar más en detalle esa sugerencia en el contexto de otros proyectos de artículo en los que se empleaba esa misma expresión.

52. A fin de reflejar la sugerencia de despersonalizar el texto del proyecto de artículo 4 y de ampliar la categoría de personas que podrían realizar los actos requeridos, se sugirió sustituir el párrafo 1) por el siguiente texto:

“Una firma electrónica [refrendada] se presumirá que es la de la persona que la haya, o en cuyo nombre se haya, al parecer consignado, salvo que se establezca que la firma electrónica [refrendada] no fue consignada ni por el supuesto signatario ni por una persona autorizada para actuar en su nombre.”

Tras haberla discutido, el Grupo de Trabajo aprobó la nueva redacción del párrafo 1).

Párrafo 2)

53. El Grupo de Trabajo consideró que el contenido del párrafo 2) era aceptable en líneas generales.

Artículo 5. Presunción de integridad

54. El texto del proyecto de artículo 5 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) De haber utilizado el supuesto signatario un procedimiento de seguridad que permita probar [de modo fidedigno] que un mensaje de datos, o toda firma [electrónica] [electrónica [refrendada] [segura]] en él consignada, no ha sido modificado desde el momento en que el procedimiento de seguridad se aplicó al mensaje de datos o a la firma, se presumirá [, salvo prueba en contrario,] que ese mensaje de datos o esa firma no ha sido modificado.

“2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...]”

Párrafo 1)

55. Desde el comienzo se estimó en general que una disposición a tenor de la del párrafo 1) sería útil para aclarar la forma en que se podrían cumplir los requisitos establecidos en el artículo 8 de la Ley Modelo. Se expresaron diversas opiniones y se hicieron sugerencias sobre posibles mejoras del párrafo 1).

56. El Grupo de Trabajo consideró la cuestión de si el proyecto de artículo 5 debería tratar tanto de la integridad de la firma como de la integridad del mensaje de datos. Hubo acuerdo general en que el texto actual del párrafo 1), que se refiere a la integridad de un mensaje de datos “o de toda firma”, no era claro y podía dar lugar a interpretaciones erróneas, por ejemplo, sobre si bastaría la verificación de la integridad de la firma para establecer una presunción de la integridad del mensaje. Se sugirió que el proyecto de artículo

5 tratase de la integridad de la firma y de la integridad del mensaje de datos en disposiciones separadas. Por otro lado, se sugirió que el proyecto de artículo 5 se refiriese sólo a los procedimientos de seguridad que permitieran la integridad tanto de la firma como del mensaje. Tras las deliberaciones, sin embargo, se acordó en general que el Régimen Uniforme se ocupara solamente de la integridad del mensaje.

57. Con respecto a la noción de “procedimiento de seguridad”, se expresó preocupación por el hecho de que podría necesitarse una definición para aclarar la relación entre un procedimiento de seguridad y una firma electrónica o una firma electrónica “refrendada”. Se expresó la opinión de que podría ser necesario introducir la noción de “procedimiento de seguridad refrendado” en relación con la integridad del mensaje, en contraposición a “procedimiento de seguridad” no calificado, que podría ser apropiado para resolver la cuestión de la identidad del signatario. Se convino en general en que las cuestiones relativas a la definición de “procedimiento de seguridad” y al nivel de seguridad que se necesitaría para dar lugar a una presunción podrían resolverse mediante la aplicación del proyecto de artículo 6, en virtud del cual la determinación de lo que constituye un “procedimiento de seguridad” aceptable se basaría en una declaración de una autoridad competente o en el acuerdo de las partes.

58. En cuanto a la cuestión de si el procedimiento de seguridad debía ser aplicado sólo por el signatario, se consideró que el texto del párrafo 1) debía despersonalizarse. Se convino en que un nuevo texto de ese tipo sería más apropiado para reflejar situaciones (que supuestamente serían de considerable importancia práctica) en que el procedimiento de seguridad no sólo sería “aplicado” por el signatario sino que supondría la adopción de medidas por parte tanto del signatario como de la parte confiante.

59. Con respecto a las palabras “que permita”, se expresó la opinión de que el párrafo 1) no reflejaba suficientemente la necesidad de que el procedimiento de seguridad se aplicase correcta y satisfactoriamente para que pudiese dar lugar a una presunción de la integridad del mensaje de datos. A tal efecto, se propuso que las palabras que “permita probar de modo fidedigno” se sustituyesen por las palabras “que asegure”, “que pruebe de modo fidedigno” o palabras similares. Estas palabras sugeridas fueron impugnadas con el argumento de que carecía de sentido prescribir que la prueba de la integridad se proporcionase para dar lugar a una presunción de integridad. El objetivo del proyecto de artículo 5 era, precisamente, establecer que el uso de ciertos procedimientos de seguridad (que podrían ser reconocidos en una etapa temprana en virtud del proyecto de artículo 6, o más adelante por un tribunal en virtud del artículo 8 de la Ley Modelo) entrañaría una presunción de integridad basada en el reconocimiento de que esos procedimientos “permiten” verificar la integridad del mensaje. No obstante, se acordó en general que el proyecto de artículo 5 debía aclarar que la presunción de integridad resultaría sólo si el proceso de seguridad se hubiese aplicado en forma correcta y satisfactoria.

60. En cuanto a las palabras “salvo prueba en contrario” incluidas entre corchetes, se expresó preocupación por el hecho de que, si bien el proyecto de artículo 5 estaba formulado como una presunción impugnada, no contenía indicación alguna sobre la forma en que se podía impugnar la presunción. Se opinó que sería necesario incluir un texto adicional a tal efecto en el proyecto de artículo 5. La opinión

prevaliente, sin embargo, fue que si bien era apropiado que el proyecto de artículo 5 enunciase una regla de la prueba, sería difícil armonizar con más detalle el grado de presunción y los medios por los que se podría impugnar. Se opinó en general que sería preferible resolver estas cuestiones en el derecho interno por lo demás aplicable, al margen del Régimen Uniforme.

61. A fin de reflejar las opiniones y preocupaciones expresadas *supra*, se propusieron las siguientes variantes del párrafo 1):

“*Variante A:*

“Cuando [un procedimiento de seguridad fiable] [una firma electrónica refrendada] sea correctamente aplicado[a] a una parte designada de un mensaje de datos e indique que esa parte del mensaje no ha sido modificada desde determinado momento, se presumirá que la parte designada del mensaje de datos no ha sido modificada desde ese momento.

“*Variante B:*

“Cuando un procedimiento de seguridad permita demostrar [de modo fidedigno] [con un notable grado de certidumbre] que no se ha alterado un mensaje de datos desde determinado momento, se presumirá que el mensaje de datos [se ha conservado en su integridad] [no se ha alterado] desde ese momento.”

62. Aunque se expresó considerable apoyo en favor de la variante B, el Grupo de Trabajo decidió mantener ambas en el proyecto revisado de Régimen Uniforme que prepararía la Secretaría con miras a proseguir las deliberaciones al respecto en un período ulterior de sesiones. Se dijo que cabría reconsiderar la colocación de proyecto de artículo 5 una vez se conociese la decisión definitiva sobre el contenido del párrafo 1). De no hacer el texto del párrafo 1) referencia alguna a la noción de “firma electrónica refrendada”, sería mayor el alcance del proyecto de artículo 5 por lo que cabría colocar esa disposición en la sección I, que trata de las firmas electrónicas en general, o en una sección separada del Régimen Uniforme.

Párrafo 2)

63. Se consideró que el contenido del párrafo 2) era en general aceptable.

Artículo 6. *Determinación previa de la firma electrónica [segura] [refrendada]*

64. El texto del proyecto de artículo 6 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Un procedimiento de seguridad o una combinación de procedimientos de seguridad cumplirá con los requisitos de una firma electrónica [refrendada] [segura] si así lo declara ... [el órgano o la entidad que el Estado promulgador designe como competente para formular esa declaración ...].

“2) En lo que concierne a la persona que firme un mensaje de datos y a toda persona que confíe en el mensaje firmado, se considerará que un procedimiento de seguridad o una combinación de procedimientos de seguridad cum-

ple con los requisitos de una firma electrónica [segura] [refrendada] si las partes así lo acuerdan expresamente.

“3) Lo dispuesto en el párrafo 2) no será aplicable a: [...]”

Observaciones generales

65. Hubo apoyo general en favor de que se incluyera un artículo de tenor similar al del proyecto de artículo 6, en razón de que la determinación previa de los procedimientos de seguridad reconocidos contribuiría a la certidumbre y fiabilidad de las firmas electrónicas y del comercio electrónico en general. Respecto de la cuestión de la autonomía contractual de las partes prevista en el párrafo 2), si bien hubo amplio apoyo en favor del principio de la libertad de contratación, predominó la opinión de que la cuestión se debía examinar en relación con el texto en su conjunto, a fin de determinar qué disposiciones se podrían (y qué disposiciones no se podrían) modificar por acuerdo entre las partes. Se señaló que, si el Grupo de Trabajo decidía que el Régimen Uniforme formara parte de la Ley Modelo, habría que considerar la relación entre el Régimen Uniforme y el artículo 4 y proceder entonces a enmendar ese último artículo. El Grupo de Trabajo convino en aplazar su debate sobre cuáles de las disposiciones serían de derecho imperativo y cuáles no hasta que hubiera concluido su examen de las disposiciones sustantivas del Régimen Uniforme.

Párrafo 1)

66. En general, se estimó que el párrafo 1) era un medio aceptable de facilitar la determinación previa de lo que constituía una firma electrónica [segura] [refrendada]. Se formularon diversas sugerencias con la mira de aclarar la disposición y de mejorar su redacción.

67. El Grupo de Trabajo recordó que, en el contexto del debate del proyecto de artículo 4, se había convenido en que las palabras “un procedimiento de seguridad” se reemplazaran por las palabras “un procedimiento de seguridad o una combinación de procedimientos de seguridad”.

68. Se observó que de no definirse los parámetros de toda declaración hecha conforme al párrafo 1) se menoscabaría la confianza en el comercio electrónico, por lo que debería exigirse su conformidad con ciertas normas internacionales en la medida en que éstas existieran y fueran pertinentes. Tras el debate de la propuesta, se pidió a la Secretaría que preparara un texto del siguiente tenor: “La declaración debiera estar en consonancia con las normas técnicas internacionales reconocidas en la medida en que éstas existan”, que se añadiría al párrafo 1).

69. Hubo amplio acuerdo en que, dado el potencial de gran alcance de una predeterminación de la firma electrónica [refrendada], toda declaración que se hiciera conforme al párrafo 1) debía dimanar únicamente de un órgano o autoridad que a todas luces estuviera en condiciones de efectuar esa declaración o que estuviera autorizado a hacerla, con prescindencia de que se tratara de una autoridad pública o de una entidad privada con nombramiento público. A fin de que el proyecto de artículo precisase más claramente la forma en que se predeterminaría la firma electrónica [refrendada], se propuso que se modificara la redacción del párrafo 1) a fin

de armonizarla con su título, para lo cual la palabra “declaración” debería sustituirse por la palabra “determinación” y hacerse referencia a la autoridad que hiciera la determinación al principio de la disposición, de la manera siguiente: “[El órgano o la autoridad que haya designado el Estado promulgador como competente] podrá determinar cuándo un procedimiento de seguridad satisface los requisitos que se exigen de una firma electrónica [segura] [refrendada]”. Hubo amplio apoyo en favor de esa propuesta.

Párrafo 2)

70. Hubo apoyo general en favor de que se incluyera una disposición a tenor de la del párrafo 2) respecto de la voluntad de las partes. Se señaló que el párrafo 2) permitía dar un enfoque flexible a la cuestión de la determinación previa de las firmas electrónicas [refrendadas] y reflejaba, también, la importancia de la autonomía contractual de las partes en el contexto de sistemas cerrados. Se manifestaron, sin embargo, algunas inquietudes de que el párrafo 2) permitiera a las partes convenir en apartarse de los requisitos obligatorios de forma y se dijo que la disposición debía limitarse a autorizar la autonomía de las partes dentro de los límites del derecho interno. A ese respecto, se propuso, por un lado que al fin del párrafo se añadieran las palabras “en la medida en que la ley lo autorice” y, por el otro, que se suprimiera el párrafo 3). En apoyo de esa propuesta, se señaló que el párrafo 3) exigía que el Estado promulgador examinara cuidadosamente las posibles exclusiones, en tanto que en la redacción que se proponía se reconocían las restricciones existentes y se podían acomodar futuras restricciones en el derecho general. Tras un debate, el Grupo de Trabajo aprobó esa propuesta.

71. Desde el punto de vista de la redacción, se manifestó inquietud por que las palabras “persona que confíe en el mensaje” en el párrafo 2) pudieran ser malentendidas en el sentido de que incluían a una parte ajena al acuerdo que determinara el régimen de la firma [refrendada]. Ese malentendido tendría el resultado indeseable de que los terceros podrían verse lesionados por ese acuerdo. En general, se convino en que, entre ellas y para su propio uso, las partes podían convenir en que el procedimiento de seguridad que usaban era una firma electrónica [refrendada], pero que era necesario aclarar en la redacción del párrafo que ese acuerdo no podía afectar a personas que no fueran partes en él. Se señaló que la disposición no tenía por objeto permitir que un tercero fuera lesionado en sus intereses por un acuerdo entre el signatario y el destinatario del mensaje de datos firmado. Otra opinión fue que había que indicar con más claridad que la disposición se aplicaba solamente en un contexto mercantil y que debía hacerse hincapié en las partes que expresarían su consentimiento y no simplemente en las partes contratantes.

72. Se señaló una inquietud conexa respecto de la relación entre el artículo 7 de la Ley Modelo, que no se podía derogar en modo alguno por acuerdo de las partes, y el proyecto de artículo 6. Se dijo que el efecto de los párrafos 1) y 2) podría hacer creer a las partes que, al definir contractualmente qué era lo que constituía una firma electrónica [refrendada], podrían sustraerse a los requisitos del artículo 7 respecto de qué constituía el equivalente funcional de una firma. Se señaló que el efecto del párrafo 2) debía ser que, una vez que un procedimiento de seguridad hubiera satisfecho los requisitos

de una firma conforme al artículo 7 de la Ley Modelo, las partes podrían convenir lo que constituiría una firma electrónica [refrendada]. Se observó también que, además de las situaciones contempladas en los párrafos 1) y 2), podía existir una tercera posibilidad, a saber, que un procedimiento que no estuviera comprendido ni en el párrafo 1) ni en el párrafo 2) pudiera, no obstante, conformarse a la definición de firma [refrendada], por ejemplo, cuando así lo reconociera un tribunal. El tema no fue objeto de ulterior deliberación.

Propuesta de revisión del proyecto de artículo 6

73. Se propuso que se revisara el proyecto de artículo 6 teniendo en cuenta la nueva redacción que se había examinado y convenido para el párrafo 1). De acuerdo con esa propuesta, el párrafo 1) se dividiría en dos partes: la primera parte se referiría a las determinaciones de los procedimientos de seguridad que satisfacerían los requisitos de una firma electrónica y la segunda parte estatuiría los procedimientos de seguridad que satisfacerían los requisitos de integridad del artículo 5. Un nuevo párrafo 2) autorizaría a las partes a determinar el efecto jurídico de sus firmas. Se propuso un texto del siguiente tenor:

“1) [El órgano o la entidad que el Estado promulgador haya designado como competente] podrá determinar:

“a) Que una firma electrónica satisface los [requisitos] del artículo 1 b); o

“b) Que un procedimiento de seguridad satisface los requisitos del artículo 5.

“2) En lo que concierne a la persona que firme un mensaje de datos y a toda persona que confíe en el mensaje firmado, las partes podrán determinar el efecto de una firma o de un procedimiento de seguridad por acuerdo expreso entre ellas, pero con sujeción al presente Régimen y al derecho por lo demás aplicable.”

74. El Grupo de Trabajo convino, en general, en el texto propuesto, a reserva de algunos cambios de forma. Una de las propuestas fue que las palabras “al presente Régimen y” se incluyeran entre corchetes, hasta que se decidiera cuáles de las disposiciones del Régimen Uniforme serían de derecho imperativo. Se aceptó esa propuesta y el Grupo de Trabajo convino en que el debate sobre el tema de las disposiciones del Régimen Uniforme que serían imperativas se aplazaría, junto con las cuestiones tocantes al derecho de protección del consumidor.

75. Se expresó alguna preocupación respecto del significado de la referencia a que las partes determinarían “el efecto” de la firma. Una objeción que se manifestó fue que las partes no podían convenir en el efecto jurídico que tendrían las firmas y sólo podían pactar la forma en que deberían firmar un mensaje de datos. De acuerdo con otra opinión, las partes no podían definir la conceptualización jurídica de una forma determinada de firma, pero sí podían convenir en cuanto al efecto jurídico que tendría una determinada forma de firma. Según otra opinión, sin embargo, la disposición del párrafo 2) debía limitarse al caso de una firma determinada. Tras un debate, se convino en que las palabras “el efecto” se pondrían entre corchetes hasta tanto se debatiera con más detalle el significado que podría tener esa frase. Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de artículo 6 que reflejara las deliberaciones respectivas.

Artículo 7. *Responsabilidad por una firma electrónica [segura] [refrendada]*

76. El texto del proyecto de artículo 7 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“*Variante A:*

“Caso de que la utilización de una firma electrónica [refrendada] [segura] no haya sido autorizada y de que el supuesto signatario no haya obrado con razonable diligencia para impedir la utilización no autorizada de su firma y para evitar que el destinatario confíe en ella, el supuesto signatario responderá de los daños causados [y deberá abonar una indemnización a la parte que confió en la firma] salvo que la parte que haya confiado en la firma supiera o hubiera debido saber que la firma no era la del supuesto signatario.

“*Variante B:*

“Caso de que la utilización de la firma electrónica [refrendada] [segura] no haya sido autorizada y de que el supuesto signatario no haya obrado con razonable diligencia para impedir la utilización no autorizada de su firma y para evitar que el destinatario confíe en ella, se considerará no obstante que la firma es la del supuesto signatario, salvo que la parte que haya confiado en ella supiera o hubiera debido saber que la firma no era la del supuesto signatario.”

77. Se sugirió que bien podría ser necesario revisar la redacción del título del proyecto de artículo para indicar que el objeto principal de la disposición era la utilización no autorizada de la firma. Se propuso una redacción del siguiente tenor: “Responsabilidad en caso de utilización no autorizada de una firma electrónica [refrendada] [segura]”.

78. En cuanto al ámbito de aplicación del proyecto de artículo, se sugirió que la regla de la responsabilidad por la utilización no autorizada de una firma refrendada, que en él se enunciaba, debía ampliarse de modo que se aplicara también a las firmas electrónicas ordinarias. Se sugirió, además, que se reestructurara el proyecto de artículo 7 con miras a distinguir entre los siguientes casos: *a)* la utilización no autorizada de la firma que se debiera a la intervención delictiva de un pirata informático; *b)* la utilización de la firma por un empleado no autorizado o por un antiguo empleado del supuesto signatario, o *c)* la utilización de la firma por un empleado autorizado fuera de los límites de su autorización.

79. Varias delegaciones dijeron que, para evitar posibles interferencias con el régimen interno de los contratos y del mandato, convendría dejar las cuestiones reguladas por el proyecto de artículo 7 al arbitrio del derecho interno aplicable, por lo que debería suprimirse el artículo 7. Al no recibir esta propuesta suficiente apoyo, prosiguió el debate sobre las variantes A y B.

Variante A

80. Se manifestó firme apoyo en favor de la variante A. Se señaló que una disposición del tenor de la variante A era necesaria para dejar claramente sentado que el supuesto signatario no podía negar su firma con sólo indicar, conforme al proyecto de artículo 4, que la firma se había consignado sin su autorización. Además de la falta de autorización mencio-

nada en el proyecto de artículo 4, el supuesto signatario debía demostrar, conforme al proyecto de artículo 7, que no había sido negligente en evitar la utilización no autorizada de su firma. En ese contexto, se expresó la inquietud de que la atribución de la carga de la prueba conforme a la variante A acaso no fuera apropiada. Se dijo que, conforme a la variante A, se impondría a la parte confiante la carga de probar que el supuesto signatario no había ejercido una diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de su firma. Se sugirió que tal vez habría que revisar la redacción de esa regla a fin de invertir la carga de la prueba, de modo que el supuesto signatario tuviera que probar que había ejercido una diligencia razonable para proteger su firma electrónica.

81. En apoyo de la variante A se señaló asimismo que esa regla hacía hincapié como correspondía en las cuestiones de la responsabilidad, por oposición a la variante B, que podría resultar excesivamente onerosa para el supuesto signatario si se la interpretaba en el sentido de vincular estrictamente al supuesto signatario con el contenido del mensaje autenticado por medio de una firma no autorizada.

82. Sin embargo, se manifestaron objeciones respecto de la variante A, señalándose en particular que acaso no fuera apropiado establecer una norma de diligencia razonable respecto de prácticas incipientes como las de las firmas electrónicas que se desarrollaban en un entorno técnico en rápida evolución y no se beneficiaban de los antecedentes de los usos o prácticas establecidos. En ese contexto, una disposición del tenor de la variante A bien podía desalentar el uso de las firmas electrónicas al establecer una norma demasiado estricta. La mera referencia al concepto de “responsabilidad” en una norma relativa a supuestos signatarios y partes confiantes podía disuadir a posibles usuarios de acogerse a la práctica de la firma electrónica. A ese respecto, acaso fuera más aceptable la variante B, que evitaba toda referencia al concepto de responsabilidad (véase, *infra*, párrafo 84).

83. En respuesta se observó que, en muchos países, la norma de la diligencia razonable establecida por la variante A se aplicaba ya al comercio electrónico en calidad de norma de conducta generalmente aplicable en el derecho interno. Aunque las disposiciones de la variante A podrían parecer innecesarias en esos países, se destacó que la armonización internacional del derecho respecto de esa cuestión podría ser útil. Aunque sería desaconsejable de que el Régimen Uniforme tratara de unificar el derecho aplicable a la indemnización de la pura pérdida económica, o que se injiriera en el derecho de los contratos o de la responsabilidad extracontractual civil, el Grupo de Trabajo no debía abstenerse de enunciar claramente las normas básicas de conducta que habían de seguir las partes en el uso de las firmas electrónicas. Se observó, también, que la norma de la diligencia razonable, contenida en la variante A, brindaba flexibilidad suficiente para acomodar las prácticas incipientes del comercio electrónico. Además, la norma de conducta enunciada en la variante A podría ser menos estricta que las normas de conducta aplicables en ciertas esferas del derecho interno. Asimismo, se señaló que, lejos de desalentar el uso de las firmas electrónicas, la existencia de normas de conducta uniformes conocidas probablemente realzaría la confianza en el uso del comercio electrónico en general, siempre que dichas normas de conducta reflejaran en grado suficiente la práctica del sector.

Variante B

84. La variante B obtuvo un apoyo limitado. Se dijo que esa variante insistía como correspondía en la atribución de la autoría de la firma electrónica refrendada en los casos en que esa firma no estaba autorizada, dejando que fueran los tribunales los que se ocuparan de dilucidar la cuestión de la responsabilidad en función del derecho interno. Se sugirió a ese respecto que cabría reformular la variante B para limitar su aplicación en el tiempo, para dar cierta previsibilidad a la suma abonable por concepto de daños en razón de una utilización no autorizada de la firma y para dejar en claro que la cuestión del lucro cesante no sería objeto del proyecto de artículo 7. A título alternativo, se propuso el siguiente texto para la variante B:

“Caso de que la utilización de la firma electrónica [refrendada] no haya sido autorizada y de que el supuesto signatario no haya obrado con diligencia razonable para impedir la utilización no autorizada de su firma y para evitar que el destinatario confíe en ella, esa firma se considerará no obstante autorizada, salvo que la parte que haya confiado en ella supiera o hubiera debido saber que la firma no estaba autorizada.”

85. Se convino, en general, en que el proyecto de artículo 7 podía conservarse entre corchetes en el Régimen Uniforme a fin de continuar las deliberaciones en un futuro período de sesiones. Se convino, en general, en que la cuestión de la responsabilidad del supuesto signatario por negligencia en la protección de su firma electrónica tal vez se tendría que reabrir en el contexto del proyecto del artículo 13 2), que estatúa la obligación de revocar un certificado cuando la clave privada quedara expuesta a una utilización indebida.

86. Para acomodar las diversas preocupaciones y pareceres expresados respecto de las variantes A y B, se propuso la siguiente posible revisión del proyecto de artículo 7:

“Caso de que 1) la utilización de una firma electrónica [refrendada] no haya sido autorizada; 2) de que el destinatario haya obrado razonablemente al confiar en la firma de buena fe y en perjuicio propio, y 3) de que el supuesto signatario no haya obrado con razonable diligencia para impedir la utilización no autorizada de su firma y para evitar que el destinatario confíe en ella, la firma será imputable al supuesto signatario en lo que concierne a la atribución de responsabilidad por el costo de restituir a las partes a la situación en que se encontraban con anterioridad a la utilización no autorizada de la firma. Lo anteriormente dispuesto no será aplicable en la medida en que el destinatario supiera o hubiera debido saber que la firma no estaba autorizada.”

87. Se propuso asimismo la siguiente versión reformulada del proyecto de artículo 7:

“Caso de que la utilización de una firma electrónica [refrendada] [segura] no haya sido autorizada y de que el supuesto signatario no haya obrado con razonable diligencia para impedir la utilización no autorizada de su firma y para evitar que el destinatario confíe en ella, el supuesto signatario responderá únicamente de los gastos en que se incurra para restituir a las partes a su situación anterior a la utilización no autorizada de la firma, salvo que la parte que haya confiado en la firma supiera o hubiera debido saber que esa firma no era la del supuesto signatario.”

88. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo decidió que los diversos textos sugeridos como sustitutos del proyecto de artículo 7 se debían incluir como variantes en la versión revisada del Régimen Uniforme que se prepararía para ser examinado en un futuro período de sesiones, junto con el texto de la variante A contenido en la nota de la Secretaría.

Sección III. Firmas numéricas respaldadas por certificados

Artículo 8. Contenido de un certificado [refrendado] [seguro]

89. El texto del proyecto de artículo 8 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Para los fines del presente Régimen, un certificado [refrendado] [seguro] deberá, por lo menos:

“a) Identificar a la entidad certificadora que lo emita;

“b) Nombrar o identificar al [signatario] [titular del certificado] o un dispositivo o agente electrónico bajo control [del signatario] [del titular del certificado] [de esa persona];

“c) Contener una clave pública que corresponda a una clave privada que obre en poder del [signatario] [titular del certificado];

“d) Definir el período de vigencia del certificado;

“e) Llevar la firma numérica o algún otro refrendo de la entidad certificadora que lo emite;

“f) Especificar, de haber alguna, toda restricción respecto del ámbito de utilización de la clave pública;]

“g) Definir el algoritmo que haya de aplicarse.”

Observaciones generales

90. Al comienzo del examen del proyecto de artículo 8 se manifestaron preocupaciones respecto de la relación entre el artículo y la definición de firma electrónica refrendada contenida en el inciso b) del artículo 1. Si bien el Grupo de Trabajo reconoció que sería necesario examinar las definiciones contenidas en el artículo 1 del Régimen Uniforme en un futuro período de sesiones, después de que se hubieran ultimado los artículos sustantivos, se convino en que el posible contenido de las definiciones debería tenerse en cuenta cuando se analizara cuáles podrían ser los elementos necesarios de las disposiciones sustantivas.

91. Otra preocupación se relacionaba con la tecnología subyacente al texto del proyecto de artículo 8 en el Régimen Uniforme. Se hizo notar que el proyecto de artículo se basaba en una tecnología de certificación triple en la que intervenía una entidad certificadora independiente, además del signatario y del destinatario del mensaje de datos. De hecho, lo que a la sazón estaba cobrando forma en la práctica comercial era el énfasis en una tecnología de certificación por dos partes y se expresó la opinión de que el proyecto de artículo quizá no fuese apropiado en ese contexto. En este sentido, se formularon varias preguntas acerca de si la inclusión de un artículo del tenor del proyecto de artículo 8 tendría efectos adversos en la certificación por dos partes, si haría falta establecer una norma análoga respecto de la certificación por

dos partes o si ésta debería ser excluida expresamente del ámbito de aplicación del proyecto de artículo 8. En respuesta, se declaró que si bien la certificación por dos partes era esencialmente contractual, había situaciones en que un tercero podría fiarse de la firma y que tal vez sería importante asegurar los intereses de esa parte confiante. Se expresó la opinión de que, sin perjuicio de cualquier similitud entre ese caso y la situación de una parte confiante en una certificación triple, sería difícil redactar una norma que se aplicara a las circunstancias distintas de la certificación por dos y tres partes. Se estimó en general que la aplicación del proyecto de artículo 8 a la certificación por dos partes y la necesidad de una excepción específica eran cuestiones que el Grupo de Trabajo debería continuar examinando más adelante.

92. En relación con la tecnología se expresó también la preocupación de que, si bien la inclusión de una lista de requisitos que habría de satisfacer el emisor de un certificado podría incrementar la seguridad en la utilización de firmas numéricas, era probable que el rápido perfeccionamiento de la tecnología restara en breve toda utilidad a una lista detallada de esta clase.

93. Se expresó la opinión de que el texto de proyecto del artículo 8 no especificaba claramente cuáles serían las consecuencias de que un certificado no incluyera toda la información especificada en los incisos *a)* a *g)*, cuál era la finalidad del artículo 8 y cómo se relacionaba con los proyectos de artículo 9 y 10. Se cuestionó hasta la necesidad misma del artículo 8. Se hizo notar que las obligaciones consagradas en los artículos 9 y 10, que vinculaban las claves pública y privada entre sí y vinculaban ambas claves a la identificación del signatario, eran un aspecto fundamental del concepto de certificado refrendado que aseguraba una firma refrendada y que no podían ser examinadas sin relacionarlas con el proyecto de artículo 8. Se convino en general en que tales cuestiones eran fundamentales para la inclusión del proyecto de artículo 8 en el texto, así como para determinar la manera en que debería redactarse. Una preocupación afín fue la relación entre el proyecto de artículo 8 y el artículo 7 de la Ley Modelo. En este sentido, se hizo notar que no debería darse por supuesto que, una vez que se cumpliera el proyecto de artículo 8, se cumplirían automáticamente las prescripciones del artículo 7. Se observó también que algunos de los requisitos del proyecto de artículo 8, en particular los incisos *d)* a *g)*, no contribuían a establecer la fiabilidad de la firma, conforme a los criterios enunciados en el artículo 7 de la Ley Modelo. La relación entre estos artículos no se determinaba de forma definitiva en el texto del proyecto de artículo 8, pero el Grupo de Trabajo convino en que sería menester volver a examinar esa cuestión en el contexto del examen de los proyectos de artículo 9 y 10.

94. Se expresaron diversas opiniones diferentes respecto de las posibles consecuencias en caso de que un certificado no cumpliera las prescripciones del proyecto de artículo 8. Según una de esas opiniones, las consecuencias del incumplimiento de las prescripciones del proyecto de artículo 8 eran, al parecer, que el empleo del certificado podría prohibirse con arreglo al Régimen Uniforme y que las demás reglas enunciadas en la sección III del Régimen Uniforme no serían aplicables. Se declaró que ésta era una sanción grave, que no estaba en consonancia con las prescripciones de los incisos *a)* a *g)*. Según otra opinión, el hecho de que un certificado no cumpliera las condiciones enunciadas en los in-

cisos *a)* a *g)* no significaba que la firma asegurada por el certificado dejaría de ser una firma numérica, aunque era posible que perdiera el carácter de firma refrendada. Según esa opinión, la firma seguiría siendo considerada una firma numérica y se aplicarían reglas relativas a la firma numérica no asegurada por un certificado. Según una opinión contraria, aunque el certificado no satisfaría, con arreglo a la sección III del Régimen Uniforme, los requisitos necesarios para ser considerado un certificado que pudiera confirmar una firma refrendada, la firma podría cumplir de todos modos los requisitos para ser considerada una firma refrendada con arreglo al inciso *b)* del artículo 1 del Régimen Uniforme; la única diferencia estribaría en que no se podría contar con el “atajo” previsto en la sección III del Régimen Uniforme y que los elementos de la definición contenida en el inciso *b)* del proyecto de artículo 1 tendrían que ser probados. Según otra opinión, una de las consecuencias podría ser que el certificado no sería un certificado para los fines del Régimen Uniforme o, por otra parte, podría seguir siendo un certificado, pero su emisor podría incurrir en falsedad en caso de que declarara que dicho certificado confirmaba una firma refrendada. Según una opinión afín, una entidad certificadora no debería poder quedar exenta de responsabilidad con arreglo al Régimen por el hecho de no haber emitido un certificado que cumpliera los requisitos para ser considerado un certificado refrendado. En tal situación, debería considerarse que la entidad certificadora había emitido un certificado refrendado. Aunque el Grupo de Trabajo no llegó a un acuerdo respecto de cuáles deberían ser las consecuencias del incumplimiento del proyecto de artículo 8, se convino en que no era necesario hacerlo en ese momento, pero que sería importante que la cuestión se examinara en el contexto de las disposiciones restantes de la sección III.

95. Se opinó que, como el proyecto de artículo 5 revisado por el Grupo de Trabajo contenía disposiciones aplicables a los certificados y las firmas que habrían de utilizarse para garantizar la integridad del mensaje de datos (por oposición a la identificación), esa distinción debería reflejarse en el proyecto de artículo 8. Esta propuesta recibió escaso apoyo.

96. Desde el punto de vista de la redacción, se apoyó en algún grado el empleo del término “signatario”. Según una opinión contraria, este término no era apropiado en el contexto de la emisión de un certificado, en el que las partes que intervenían eran el emisor y el titular del certificado. Sólo se podía afirmar que existía un “signatario” cuando se hubiera emitido un certificado y cuando el titular de ese certificado realmente firmaba algo. Según otra opinión, el empleo de la palabra “signatario” podría excluir a los agentes electrónicos. Se hizo notar también que cuando intervenía un tercero independiente, el verdadero signatario no era el “signatario” en el sentido del titular del certificado. Se opinó que la frase “el titular del certificado” eliminaría la incertidumbre relacionada con el empleo de la expresión “signatario”. Se convino en que tal vez haría falta examinar de nuevo la terminología en una sesión ulterior, a la luz del proyecto revisado preparado por la Secretaría.

97. Se opinó que debería añadirse un nuevo requisito después del inciso *b)*, que abarcaría los atributos de un signatario distintos de su identidad. Se propuso añadir las palabras “señalar un atributo específico [del signatario] como su dirección, su facultad para actuar en nombre de una empresa o

la existencia de permisos o licencias específicos” en el nuevo inciso *c*). Esta propuesta fue objeto de escaso apoyo.

Párrafo introductorio

98. Desde el punto de vista de la redacción, se propuso que se añadieran las palabras “y en el contexto de las firmas numéricas” después de la palabra “Uniforme” a fin de aclarar el ámbito de aplicación de la disposición. Se propuso también que el párrafo introductorio estableciera una obligación positiva, que fuera vinculante para el emisor del certificado, en lugar de una regla enunciando los criterios mínimos que habrían de cumplirse para que un certificado pudiera considerarse refrendado. Además, se opinó que el proyecto de artículo 8 debería dar margen para que las partes puedan modificar su normativa de común acuerdo. Se propuso el texto siguiente:

“Para los fines del presente Régimen y en el contexto de las firmas numéricas, el emisor de un certificado [refrendado] [seguro] deberá incluir, como mínimo, la información siguiente en el certificado, salvo acuerdo en contrario:”

99. Si bien se apoyó en general la propuesta de que el proyecto de artículo 8 se transformara de una norma impersonal en una obligación vinculante para el emisor, se criticó la referencia hecha a la autonomía de las partes por los mismos motivos examinados en el contexto del proyecto de artículo 6 a propósito del posible efecto de cualquier acuerdo de esta clase sobre terceros. Se expresó también la opinión de que si en el proyecto de artículo 8 se daba cabida a variantes en virtud de acuerdos el artículo se convertiría en una regla supletoria en lugar de ser una regla mínima. En este sentido, se hizo notar que la finalidad inicial del artículo era establecer una regla mínima de la información que habría de incluirse en el certificado y que esto facilitaría la armonización de las prácticas de certificación y fomentaría la confianza en el comercio electrónico. En respuesta a estas críticas, se propuso colocar entre corchetes las palabras “salvo acuerdo en contrario” en espera de que se siguiera examinando la cuestión de la autonomía de las partes.

100. Se propuso que el proyecto de artículo 8 fuera de aplicación a todos los certificados y que se suprimiera la referencia a los certificados refrendados. En contra de esa propuesta, se indicó que el proyecto de artículo 8 tenía únicamente como objetivo confirmar las firmas refrendadas y, para poner de manifiesto el alcance indicado, se propuso el texto siguiente:

“Para los fines del presente Régimen Uniforme, todo certificado expedido para validar una firma refrendada deberá, por lo menos:”

Aunque no se expresaron opiniones favorables a esa propuesta, el texto indicado se utilizó en la propuesta formulada posteriormente en relación con un nuevo proyecto de artículo 8 (véase, *infra*, párrafo 112).

101. También se indicó, en relación con el ámbito de aplicación del proyecto de artículo 8, que la palabra “emitir” podría abarcar únicamente la entrega del certificado a su titular, lo que entrañaba una relación contractual entre la entidad certificadora y el titular del certificado, ajena al hecho de que la entidad certificadora facilitara la información contenida

en el certificado a cualquier tercero confiante. Esa disposición podía aplicarse a cualquier tipo de certificado, con independencia de que estuviera o no estuviera refrendado. Para materializar la propuesta, se sugirió el siguiente texto:

“Al facilitar a toda parte interesada la información contenida en un certificado, la entidad certificadora se certificará de que se facilita por lo menos la información indicada en el párrafo 2). Lo anteriormente dispuesto será siempre aplicable, salvo que la entidad certificadora y la parte interesada acuerden expresamente otra cosa.”

102. Como parte de esa propuesta, se indicó que el párrafo 2) debería incluir los incisos *a*) a *g*) del proyecto de artículo 8. Se apoyó en cierta medida esa inclusión y las palabras mencionadas se utilizaron en una propuesta posterior en relación con un nuevo artículo 8 (véase, *infra*, párrafo 114).

Inciso a)

103. El Grupo de Trabajo consideró, en general, que era aceptable el contenido del requisito del inciso *a*).

Inciso b)

104. Se indicó que las palabras “dispositivo o agente electrónico” constituían un nuevo concepto en el Régimen Uniforme que tal vez habría que definir. En apoyo de la inclusión de esas palabras se dijo que el Régimen Uniforme debía contener disposiciones claras para el caso de que un usuario pusiera en marcha un sistema y lo hiciera funcionar de manera autónoma pudiendo incluso firmar un mensaje de datos y ser el destinatario de un certificado.

Inciso c)

105. En relación con el inciso *c*), se manifestó interés en que la clave pública no tuviera que estar indicada en el certificado, dado que había otros medios por los que podía accederse a la información pertinente. Se propuso que se modificara el requisito sustituyendo la palabra “contener” por la palabra “identificar” delante de las palabras “una clave pública”.

Inciso d)

106. Se criticó el texto del inciso *d*) por considerarse que no quedaba claro el significado de las palabras “período de vigencia”. Se propuso que el texto del inciso se sustituyera por las palabras “especificar el período durante el que el certificado puede utilizarse para verificar una firma numérica”. En contra de esa propuesta, se indicó que el período de vigencia de un certificado era el período durante el que podía crearse válidamente una firma numérica. Una vez que la firma dejara de ser válida, el certificado podía seguir utilizándose para verificar una firma consignada antes de que la firma dejara de ser válida. Se consideró, en general, que debía mantenerse la versión existente del inciso *d*).

Inciso e)

107. Se consideró, en general, que el inciso *e*) debía mantenerse en el proyecto de artículo 8. Por razones de claridad, y dado que la firma del certificado por parte del emisor era fundamental a los efectos de la validez del certificado, se su-

girió que el inciso se colocara a continuación del proyecto de inciso *a*).

Inciso f)

108. El debate sobre el inciso *f)* se concentró en la cuestión de la incorporación por remisión. Se manifestaron opiniones en favor de mantener el inciso y de suprimir los corchetes, por considerarse que el objetivo del proyecto de artículo 8 era facilitar información a las partes contratantes y confiantes. Por ello, se indicó que era fundamental que, en caso de que hubiera restricciones en el certificado, éstas deberían quedar claras en el propio certificado. Se destacó que era preciso suprimir el inciso *f)* ya que podía llegar a incluir una gama muy amplia de restricciones consignadas en otros documentos, como las declaraciones de la práctica de certificación. Dado que la restricción tendría que figurar en una forma humanamente legible para garantizar el acceso al usuario en lugar de incluirse por remisión a códigos de identificación, en algunos casos podría ser inviable desde el punto de vista técnico incluir información suficientemente amplia en el certificado con objeto de cumplir con ese requisito.

109. En respuesta a esa crítica, se señaló que, si las restricciones fueran de aplicación al certificado, bastaría con que en éste se “indicara” simplemente la existencia de restricciones en lugar de especificarse las restricciones reales.

110. Según otra propuesta, habría que agregar otro inciso al inciso *f)* con el texto siguiente: “Cuando las restricciones no se indiquen en el certificado, éste no podrá utilizarse en perjuicio de terceros”. La propuesta no fue aceptada. Según otra propuesta, tendría que ser posible reconocer una “forma abreviada de certificado” siempre que: el propio certificado indicase que se trataba de una forma abreviada; el certificado mencionase la ubicación de la información omitida, y la información estuviese a disposición de terceros interesados. Se expresaron algunas opiniones favorables a esa propuesta. Después de un nuevo debate, el Grupo de Trabajo convino en que la cuestión de la inclusión por remisión planteaba ciertas dificultades que ya se habían examinado con motivo de la redacción del artículo 5 *bis* de la Ley Modelo. Se indicó que en el artículo 5 *bis* se reconocía que la cuestión de la inclusión por remisión no podía solucionarse en el marco del comercio electrónico hasta que hubiera sido solucionada con arreglo al derecho general y que no podía lograrse ninguna solución al respecto durante el debate. En contra de esa opinión, se manifestó que el artículo 5 *bis* no resolvía todas las cuestiones relacionadas con la inclusión por remisión, ya que únicamente estaba redactado en forma negativa, razón por que la cuestión debía quedar zanjada en el Régimen Uniforme. Después del correspondiente debate, el Grupo de Trabajo acordó dejar que la cuestión de la inclusión por remisión se resolviese con arreglo al derecho interno.

Inciso g)

111. Aunque se expresaron algunas opiniones en favor de mantener el inciso *g)*, se convino en que no tenía la misma importancia que los incisos *a)* a *f)*.

Propuesta de nuevo artículo 8

112. En respuesta a las críticas que se hicieron al proyecto de artículo 8 por considerarse que era demasiado detallado y

que podía perder su razón de ser al seguir avanzando la tecnología, se propuso sustituirlo por el siguiente texto:

“Para los fines del presente Régimen, todo certificado refrendado deberá incluir como mínimo información suficiente para cumplir con [los requisitos aplicables al procedimiento de seguridad pertinente] [la finalidad que persiga] o [, de ser ello técnicamente difícil,] deberá resumir esa información o remitir a ella.”

Esta propuesta recibió escaso respaldo.

113. Se formuló otra propuesta en relación con un nuevo proyecto de artículo 8, basada en la opinión de que los incisos del proyecto de artículo no tenían la misma importancia y de que habían dos tipos de elementos, a saber, unos que debían ser obligatorios y otros que, si no se cumplían, no daban necesariamente lugar a la pérdida del refrendo, sino a la pérdida de la capacidad de oponer el refrendo frente a terceros. En apoyo de esa opinión se indicó que los incisos *d)* a *g)* no servían para establecer la identificación de las claves pública y privada ni su funcionamiento como par de claves, ni tampoco la identificación del titular del par de claves, tal como se requería en los proyectos de artículo 9 y 10. Se destacó que sería difícil cumplir esos requisitos en los casos de algunas aplicaciones de prácticas de certificación. Por ello, los incisos *d)* a *g)* no eran requisitos fundamentales para los certificados refrendados. Por otra parte, se indicó que los incisos *a)* a *c)* eran esenciales a los efectos del proyecto de artículo 8, constituían la sustancia de los proyectos de artículo 9 y 10 del Régimen Uniforme y mostraban la vinculación existente entre el proyecto de artículo 8 y los proyectos de artículo 9 y 10.

114. Se formuló además la siguiente propuesta, que partía de la idea de que los incisos del proyecto de artículo 8 diferían en cuanto a su importancia:

“1) Al facilitar a toda parte interesada la información consignada en el certificado, la entidad certificadora [o el titular de un certificado] se cerciorará de que esa información incluye, por lo menos, los datos indicados en el párrafo 2), salvo que la entidad certificadora [o, en su caso, el titular del certificado] y la parte interesada hayan convenido expresamente otra cosa.

“Variante A:

“2) La información a que se refiere el párrafo 1) incluirá:

“i) Para todos los certificados, [los datos indicados en los incisos *a)* a *c)* y en *e)* del proyecto de artículo 8], y

“ii) Para los certificados [...], [los datos indicados en los incisos *d)*, *f)*, *g)* del proyecto de artículo 8].

“Variante B:

“2) La información a que se refiere el párrafo 1) incluirá [los datos indicados en los incisos *a)* a *c)* y en *e)* del proyecto de artículo 8].

“3) Los certificados podrán además contener otros datos, y en particular [los indicados en los incisos *d)*, *f)* y *g)*].”

115. No se pudo llegar a un acuerdo respecto del tipo de certificado indicado en el apartado ii) de la variante A. Se

generalizó la idea de que esa disposición no debía referirse a los certificados refrendados ni describir el certificado por remisión a la firma que lo aseguraba. Se indicó que habría que modificar la redacción de los incisos *a*) a *g*). Se sugirió además que se suprimieran las palabras “entidad certificadora” y que se sustituyeran por las palabras “emisor del certificado”.

116. Se apoyó ampliamente la propuesta de revisión de la redacción del proyecto de artículo 8 que figura en el párrafo 114, *supra*, y se expresaron ciertas preferencias por la variante B. Después del correspondiente debate, el Grupo de Trabajo acordó que, a los efectos de los futuros debates, el proyecto revisado de artículo 8 debería contener: la propuesta que figura *supra* (con inclusión de las variantes A y B del apartado ii) y del párrafo 3)) y el texto que figura en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.76.

Artículo 9. *Efectos de las firmas numéricas respaldadas por certificados*

117. El texto del proyecto de artículo 9 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Por lo que se refiere a la totalidad o a una parte de un mensaje de datos, caso de estar el iniciador identificado por una firma numérica, se considerará que esa firma [es una firma electrónica [refrendada] [segura]] [cumple con los requisitos del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico] cuando:

“*a*) La firma numérica haya sido creada por una vía segura durante la vigencia de un certificado válido y haya sido verificada por una vía segura que haga referencia a la clave pública indicada en el certificado; y

“*b*) El certificado vincule la identidad [del signatario] [de cierta persona] a una clave pública, por alguna de las razones siguientes:

“i) Haber sido emitido por una entidad certificadora licenciada por ... [el Estado promulgante designará al órgano o a la autoridad competente para licenciar entidades certificadoras y promulgar el reglamento de toda entidad certificadora licenciada]; o

“ii) Haber sido emitido por una entidad certificadora acreditada por un órgano acreditador competente que aplique normas comercialmente adecuadas e internacionalmente reconocidas relativas a la fiabilidad de la tecnología, de las prácticas y de toda otra característica pertinente de la entidad certificadora. Una lista no excluyente de los órganos o las normas que sean conformes al presente párrafo podrá ser publicada por ... [el Estado promulgante designará al órgano o a la autoridad competente para establecer normas reconocidas que sean aplicables al funcionamiento de toda entidad certificadora licenciada]; o

“iii) Haber sido emitido de alguna otra forma que sea conforme a normas comercialmente adecuadas e internacionalmente reconocidas[.] [; o]

“[iv) Existir pruebas suficientes de que el certificado vincula [con exactitud] la identidad del [signatario] [titular] a la clave pública.]

“[2) Caso de estar un mensaje de datos firmado con una firma numérica [creada durante la vigencia de un certificado] que no satisfaga los requisitos enunciados en el párrafo 1), esa firma será considerada como una firma electrónica [refrendada] [segura] si hay pruebas suficientes que indiquen que [el certificado] vincula con exactitud la identidad del [signatario] [titular del certificado] a la clave pública.]

“3) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...]”

Observaciones generales

118. Se cuestionó la incorporación del presente artículo en la sección III y se sugirió que se invirtiera el orden de los proyectos de artículo 8 y 9, de modo que los efectos de una firma numérica respaldada por certificado se trataran antes de describir el contenido del certificado.

Párrafo 1)

Texto introductorio

119. Se reconoció, en principio, que el significado y propósito del proyecto de artículo 9 dependían de cuáles fueran las palabras entre corchetes del texto introductorio que se retuvieran. Se opinó que las palabras en las que se hacía referencia al artículo 7 de la Ley Modelo darían a la firma validez jurídica, en tanto que las palabras relativas a la firma electrónica [refrendada] [segura] llevarían a una declaración definiendo las firmas numéricas que se podrían considerar firmas electrónicas [refrendadas], si se reunían los requisitos correspondientes. Se expresó apoyo general en favor de retener las palabras “[es una firma electrónica [refrendada]]”, en lugar del texto que hacía referencia al artículo 7 de la Ley Modelo.

Inciso a)

120. El debate giró en torno a la conveniencia de usar las palabras “por una vía segura” en el inciso *a*). En favor de que se retuvieran esas palabras, se recordó que se las había incluido en el Régimen Uniforme con objeto de reflejar mejor la fiabilidad necesaria del proceso de las firmas numéricas, que era esencial para el concepto de la firma electrónica [refrendada]. Se sugirió que en el inciso *a*) podían suprimirse las palabras “por una vía segura” si el texto introductorio contenía una referencia al artículo 7 de la Ley Modelo, porque la referencia al artículo 7 implicaría el nivel necesario de fiabilidad. Como el Grupo de Trabajo había decidido que en el texto introductorio del inciso *a*) no se debía mencionar el artículo 7 de la Ley Modelo, se debían conservar las palabras “por una vía segura”, a fin de garantizar que la firma numérica fuera segura, ya que no todas las firmas numéricas verificables por remisión a un certificado eran necesariamente seguras, en especial si había incertidumbre en cuanto a la exactitud de la identificación del signatario o de la clave pública. Se propuso que, además de conservar esas palabras en el inciso *a*), se elucidara su significado mediante la adición del siguiente texto:

“Toda firma numérica habrá sido creada y verificada por vía segura si se ha consignado:

“a) Mediante el empleo de componentes técnicos de creación y verificación de una firma numérica que revelen de manera fiable toda firma numérica falsificada o si se han manipulado los datos firmados y que protejan las claves privadas de firma contra una utilización no autorizada de la clave;

“b) Mediante el empleo de componentes técnicos para la presentación de los datos por firmar que indiquen claramente por anticipado la consignación de una firma numérica y permitan identificar los datos a los que sea aplicable esa firma numérica; y

“c) Siempre que dichos componentes técnicos se hayan ensayado de manera adecuada de conformidad con la normativa técnica en vigor.”

121. En respuesta a esa propuesta, predominó el parecer de que el nivel de detalle era excesivo como para incluirlo en el Régimen Uniforme. Sin embargo, unas explicaciones al tenor del texto propuesto podrían ser muy útiles en el contexto de una Guía para la incorporación al derecho interno del Régimen Uniforme.

122. Hubo considerable apoyo para la supresión de las palabras “por vía segura” en el inciso a). Se dijo que esas palabras introducían un concepto nuevo en relación tanto con la creación como con la verificación de una firma numérica y que ese concepto era incierto y ambiguo.

123. Desde el punto de vista de la redacción, se propuso que en el texto del inciso a) se dejara en claro que tanto la creación de la firma como su verificación debían producirse dentro del período de vigencia del certificado. En contrario se dijo que el plazo de vigencia era pertinente sólo a los efectos de la verificación de una firma numérica, y que el inciso a) debía revisarse mediante, por un lado, la supresión de las palabras “por vía segura” respecto de la verificación y, por el otro, la adición, al final del inciso, de las palabras “y en el período durante el cual se permita efectuar esa verificación”.

124. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo no llegó a un consenso respecto de la utilización de las palabras “por vía segura” en el inciso a). Se decidió que, en las variantes del proyecto de artículo 9 que se prepararían con destino a la continuación de las deliberaciones en un futuro período de sesiones, debían reflejarse tanto la retención como la supresión de las palabras “por vía segura” (véase, *infra*, párrafo 133).

Inciso b)

Texto introductorio

125. En general, se consideró que el texto introductorio del inciso b) era aceptable.

Apartados i) y ii)

126. En general se consideró que el contenido de los apartados i) y ii) era aceptable, aunque se pidió una aclaración sobre el carácter obligatorio o de otra índole de los términos “licenciada” y “acreditada”. Se dijo que, si bien “licenciada”

sugería un sistema obligatorio a cargo del gobierno para regular a las entidades certificadoras y que “acreditación” aludía a un sistema no obligatorio y voluntario, esos sistemas no eran fundamentales para la creación de un sistema seguro de firmas numéricas. La seguridad se debía evaluar con referencia a criterios objetivos y cualitativos, más que centrando la atención en el proceso de creación de una firma segura. Esa opinión no recibió apoyo y se convino en mantener los apartados i) y ii).

Apartado iii)

127. Se expresó preocupación porque el uso del giro “de alguna otra forma” en el apartado iii) quizás no fuera suficientemente claro en su aplicación, y se propuso que el contenido del apartado iii) se incluyera al comienzo de los apartados i) y ii), con una redacción del siguiente tenor: “El certificado fue emitido de conformidad con normas comercialmente apropiadas e internacionalmente reconocidas por una entidad certificadora licenciada por ...”.

128. En apoyo del mantenimiento del apartado iii) en su forma actual, se adujo que, junto con el apartado iv), allí se establecía lo que podría describirse como una “prueba amplia” que satisfacía la necesidad de que la clave pública estuviera vinculada a la identidad de una persona en caso de que el certificado no hubiera sido emitido de conformidad con los apartados i) y ii) del inciso b) del párrafo 1) del proyecto de artículo 9. En oposición a la propuesta de incluir el contenido del apartado iii) al comienzo de los apartados i) y ii), se dijo que la propuesta eliminaría los “atajos”, establecidos en los apartados i) y ii), para el establecimiento de la vinculación entre la clave pública y la identidad del signatario, al exigir prueba de que se habían seguido las normas prescritas. Se dejó en claro que el proceso de licenciar o acreditar a la entidad certificadora debería realizarse de conformidad con normas adecuadas de fiabilidad y que no era necesario repetir esa exigencia en relación con la emisión de certificados por los órganos adecuadamente licenciados o acreditados.

129. En cuanto a la redacción, se dijo que la referencia a “normas comercialmente apropiadas e internacionalmente reconocidas” quizás no fuera adecuada y probablemente causara problemas de interpretación en algunos idiomas. Una de las propuestas fue que se empleara la expresión “comercialmente razonable” y que se hiciera alguna referencia al origen de las normas, incluida la expresión “basadas en el mercado”. Otra propuesta fue que se sustituyera la expresión “normas” por las palabras “usos y prácticas”. En oposición a esa propuesta, se señaló que como la expresión “usos” tenía un significado técnico en varios regímenes jurídicos, que exigía que el uso se hubiera establecido en el tiempo mediante una práctica y un apoyo amplios, no era adecuado emplearla en el contexto del comercio electrónico, en donde ni las normas uniformes ni ningún otro tipo de uso estaban suficientemente arraigados como para ser aplicables inmediatamente. Para resolver ese problema, se formuló una nueva propuesta de incluir referencias tanto a las “normas técnicas internacionales” como a las “prácticas y usos”, calificando a estas últimas de “usos y prácticas comerciales”.

130. A fin de reconciliar las propuestas antes mencionadas, se sugirió que el apartado iii) debería referirse a certificados emitidos “de conformidad con normas internacionales y prácticas o usos comerciales bien conocidos y habitual-

mente observados en el ramo comercial de la operación considerada”. Se consideró, en general, que esa redacción podía constituir un fundamento aceptable para continuar los debates. No obstante, se expresaron dudas sobre si esa redacción coincidía plenamente con otras referencias a usos y prácticas (o a normas técnicas) que podrían existir en los textos internacionales en la esfera del derecho mercantil internacional. Tras el debate, se convino en que la redacción sugerida debería figurar entre corchetes en las variantes del proyecto de artículo 9 que se prepararían para que el Grupo de Trabajo las examinase más adelante.

Apartado iv)

131. Se expresó apoyo para la supresión del apartado iv), en razón de que no era necesario manifestar que el certificado vinculaba la clave pública a la identidad del signatario si se podían presentar pruebas que demostraran ese hecho, lo que ocurriría de ordinario, con o sin la regla del proyecto de artículo 9. En apoyo del mantenimiento del apartado iv) se señaló que, aunque no se lograra la vinculación de la clave pública mediante la aplicación de los apartados i) o ii), que sólo establecían métodos muy limitados y que quizás no fueran de amplia aplicación, o del apartado iii), que en un comienzo podría tener una aplicación limitada en la esfera del comercio electrónico, era necesario determinar cómo se podría probar esa circunstancia. En consecuencia, el propósito del apartado iv) era suplir los apartados i), ii) y iii) y dar flexibilidad al proyecto de artículo 9.

Párrafo 2)

132. Se apoyó el mantenimiento del párrafo 2), con los mismos argumentos aducidos en relación con el apartado iv). No obstante, se llegó a la conclusión de que quizás no sería necesario mantener simultáneamente el apartado iv) del inciso b) del párrafo 1) y el párrafo 2), que cumplían esencialmente igual propósito.

Propuesta de un nuevo proyecto de artículo 9

133. A fin de reflejar las distintas propuestas y sugerencias formuladas en relación con el proyecto de artículo 9, se propuso el siguiente proyecto revisado:

“1) *Variante A:*

“Por lo que se refiere a la totalidad o a una parte de un mensaje de datos, caso de estar el iniciador identificado por una firma numérica, esa firma será una firma electrónica [refrendada] si:

“a) La firma ha sido creada durante la vigencia de un certificado válido y ha sido verificada [correctamente] por referencia a la clave pública indicada en el certificado;

“b) El propósito del certificado sea vincular la identidad [del signatario] [de una persona] a una clave pública;

“c) El certificado se haya emitido al servicio de firmas numéricas que sean firmas electrónicas [refrendadas]; y

“d) El certificado se haya emitido:

“i) Por una entidad certificadora licenciada por ... [el Estado promulgante designará al

órgano o a la autoridad competente para licenciar entidades certificadoras y para promulgar el reglamento de funcionamiento de toda entidad certificadora licenciada]; o

“ii) Por una entidad certificadora acreditada por un órgano acreditador competente que aplique normas comercialmente adecuadas e internacionalmente reconocidas relativas a la fiabilidad de la tecnología, de las prácticas y de toda otra característica pertinente de la entidad certificadora. Una lista no excluyente de los órganos o las normas que sean conformes al presente párrafo podrá ser publicada por ... [el Estado promulgante designará al órgano o a la autoridad competente para establecer normas reconocidas que sean aplicables al funcionamiento de toda entidad certificadora licenciada]; o

“[iii) De conformidad con normas comercialmente adecuadas e internacionalmente reconocidas.]

“Variante B:

“Por lo que se refiere a la totalidad o a una parte de un mensaje de datos, caso de estar el iniciador identificado por una firma numérica, esa firma será una firma electrónica [refrendada] si:

“a) Se ha creado [por una vía segura] durante la vigencia de un certificado válido y ha sido [correctamente] verificada por referencia a una clave pública indicada en el certificado; y

“b) Ese certificado vincula la identidad de la persona a una clave pública conforme a procedimientos establecidos por:

“i) [El Estado promulgante designará al órgano o a la autoridad competente para licenciar entidades certificadoras y promulgar el reglamento de funcionamiento de toda entidad certificadora licenciada]; o

“ii) Una autoridad acreditadora competente que aplique normas comercialmente adecuadas e internacionalmente reconocidas relativas a la fiabilidad de la tecnología, de las prácticas y de toda otra característica pertinente de la entidad certificadora; o

“iii) [Normas internacionales y prácticas o usos comerciales bien conocidos y habitualmente observados en el ramo comercial de la operación considerada].

“2) Toda firma numérica que no satisfaga los requisitos del párrafo 1) será considerada como firma electrónica [refrendada] si:

“a) Existen pruebas suficientes para dar a entender que:

“i) El certificado vincula con exactitud la identidad del titular del certificado a la clave pública; y

“ii) La firma numérica fue correctamente creada y verificada utilizando un procedimiento fidedigno y seguro; o

“b) Cumple con los requisitos de una firma electrónica [refrendada] enunciados en otras disposiciones del presente Régimen.”

134. Se manifestó que en el inciso *a)* de la variante A el objeto de la expresión “adecuadamente” era incluir el concepto de que la firma había sido creada durante el período de vigencia del certificado. El inciso *b)* no exigía prueba de que el certificado vinculaba realmente la clave pública con la identidad del signatario, sino que simplemente ése era su objeto. El apartado iii) del inciso *d)* se había incluido entre corchetes a fin de reflejar los debates previos relativos a la inclusión de la referencia a las normas, prácticas y usos en los apartados i) y ii).

135. Se expresó preocupación porque quizás el uso de la expresión “adecuadamente” en el inciso *a)* del párrafo 1) no aclaraba suficientemente que la verificación debería ocurrir durante el período de vigencia del certificado. Se pidió a la Secretaría que corrigiera la redacción a fin de reflejar esa preocupación.

136. Tras el debate, el Grupo de Trabajo convino en que las variantes A y B, *supra*, deberían ser reflejadas por la Secretaría en la versión revisada del Régimen Uniforme que se prepararía para los debates en el futuro.

137. Después de haber concluido el examen del capítulo II y antes de ocuparse del capítulo III del Régimen Uniforme, una delegación invitó al Grupo de Trabajo a que reconsiderara el objetivo del Régimen Uniforme. Se señaló que el objetivo del Régimen Uniforme debía ser establecer algunos principios jurídicos básicos a fin de crear una plataforma internacional común armonizada. Habida cuenta de que no cabía esperar que un instrumento de carácter internacional como el Régimen Uniforme quedase abierto a frecuentes revisiones, el objetivo del Régimen no debía ser establecer criterios ni normas detalladas respecto de las firmas numéricas. Una regulación tan detallada no sería suficientemente flexible como para adaptarse a las técnicas del comercio electrónico, que evolucionaban de manera muy rápida. Aunque procedía que la CNUDMI codificase algunos usos y prácticas del comercio internacional, al preparar el Régimen Uniforme había que tener presente que no existían esos usos y prácticas en relación con las firmas electrónicas y que sería ilusorio que el Régimen Uniforme intentase regular la amplia gama de cuestiones técnicas y comerciales que podría surgir en relación con la práctica que estaba surgiendo en materia de firmas numéricas. Sería más adecuado que esas cuestiones se abordasen en el marco de órganos como la ISO o el CCI. Habría que reconsiderar el alcance del Régimen Uniforme para concentrarse en la preparación de un marco jurídico fundamental que acogiera en su seno a todas las firmas electrónicas. A tal efecto, el Régimen Uniforme podría evitar hacer una distinción entre los diversos grados de firmas (por ejemplo, la distinción entre firmas electrónicas ordinarias y firmas electrónicas [seguras] [refrendadas]) y cabría reestructurarlo en las tres partes siguientes: *a)* una introducción, en la que se reconocería el principio de la autonomía de las partes; *b)* un conjunto de normas que regulasen la relación entre las partes que se comunicasen entre sí (tomando como base las presunciones y las disposiciones en

materia de responsabilidad que figuraban en el Régimen Uniforme), y *c)* un conjunto de disposiciones que determinen la responsabilidad de los suministradores de servicios que se comprometan a facilitar la identificación de las partes que negocian en un medio electrónico (tomando también como base las disposiciones en materia de responsabilidad del Régimen Uniforme). El Régimen Uniforme no debería ocuparse de las entidades certificadoras ni de otros suministradores de servicios de identificación, salvo en la medida necesaria para facilitar orientaciones básicas sobre el modo en que esas entidades deberían desempeñar sus funciones de identificación. En el Régimen Uniforme no debería hacerse referencia al contexto técnico (por ejemplo, a la utilización de técnicas cifradas, el uso de una infraestructura de clave pública, la dinámica de la firma u otro mecanismo biométrico). Por el contrario, el Régimen Uniforme debería constituir una reglamentación muy general a fin de que los suministradores de servicios de identificación rindiesen cuentas a las personas que confiaron razonablemente en la identificación.

138. Aunque se respaldó la idea de que el Régimen Uniforme tendría que simplificarse en cierta medida y que habría de seguir concentrándose en disposiciones de aplicabilidad general en un marco objetivo para los medios de comunicación, se consideró en general que la estructura global del Régimen Uniforme era adecuada y no tenía que ser reconsiderada en la etapa actual. En particular, era adecuada la distinción entre los diversos grados de firmas electrónicas y, de manera más general el grado de detalle del Régimen Uniforme. Se destacó que, tal como estaba redactado, el Régimen Uniforme ya ponía de manifiesto el propósito de ocuparse de la compleja realidad de la autenticación electrónica recurriendo a disposiciones sencillas y generales. En general, se consideró que debía seguir manteniéndose el enfoque en que se basaba el Régimen Uniforme.

Capítulo III. Entidades certificadoras y cuestiones conexas

Artículo 10. Declaración al emitir un certificado

139. El texto del proyecto de artículo 10 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Al emitir un certificado, la entidad certificadora declara [a toda persona que razonablemente confíe en el certificado] que:

“a) Ha cumplido con todos los requisitos aplicables [del presente Régimen];

“b) Toda la información que figura en el certificado es exacta en la fecha en que se emitió, [a menos que la entidad certificadora haya declarado en el certificado que la exactitud de ciertos datos no ha sido confirmada];

“c) No hay ningún hecho material del que la entidad certificadora tenga conocimiento que se haya omitido del certificado y que podría perjudicar la fiabilidad de la información que figura en el certificado; y

“[d) Caso de haber ella publicado una declaración sobre prácticas de certificación, el certificado por ella emitido es en todo conforme con dicha declaración.]

“2) La entidad certificadora, al emitir un certificado [refrendado] [seguro], certifica además respecto del [signatario] [titular] identificado en el certificado [a toda persona que razonablemente confíe en el certificado]:

“a) Que la clave pública y la clave privada del [signatario] [titular] identificado en el certificado funcionan a modo de juego conjunto; y

“b) Que en el momento de emitir el certificado, la clave privada es:

“i) La del [signatario] [titular] identificado en el certificado; y

“ii) Corresponde a la clave pública indicada en el certificado.”

Párrafo 1)

140. Se expresaron diversas opiniones en relación con la necesidad de mantener o no mantener el párrafo 1) y el alcance del proyecto de artículo 10. Según una opinión, el párrafo 1) (y probablemente el proyecto de artículo 10 en su totalidad) debería suprimirse ya que era innecesario y demasiado detallado. Se indicó que, en particular, el grado de cuidado que se consignaba en el párrafo 1) respecto de todos los certificados era innecesariamente complicado y cabía resumirlo diciendo que era una obligación impuesta a la entidad certificadora de actuar razonablemente y de buena fe. Así pues, el párrafo 1) únicamente señalaba algo obvio y podía suprimirse o incorporarse a otras disposiciones del Régimen Uniforme. Se replicó diciendo que, con independencia de su contenido y del lugar en que estaba ubicada, la disposición en la que se establecía una norma de conducta era necesaria por ser una medida lógica que permitía la aplicación de las disposiciones del Régimen Uniforme relativas a la responsabilidad de la entidad certificadora. Se indicó que tal vez fuera necesario aclarar la relación entre el proyecto de artículo 10 y los proyectos de artículo 11 y 12 para asegurarse de que, en caso de que no se cumplieran los requisitos del proyecto de artículo 10, incurriría en responsabilidad la entidad certificadora. Se sugirió que el proyecto de artículo 10 se fusionase con el proyecto de artículo 12. Durante el debate, se dijo que, además de las disposiciones que se ocupaban de las entidades certificadoras, tal vez fuese necesario que el Régimen Uniforme facilitase orientaciones más detalladas sobre el grado de cuidado que debían tener las partes confiantes. Se indicó asimismo que tal vez habría que reconsiderar cuál era el grado de cuidado con el que debían actuar la entidad certificadora y la parte confiante, partiendo de la base de que se trataba de una obligación de actuar de manera razonable.

141. Según otra opinión, los elementos concretos que figuraban en el párrafo 1) eran necesarios para todos los tipos de certificados. Por ello, debía mantenerse el párrafo 1), a reserva de la posible supresión de los incisos b) y d), y podría abordarse la cuestión del contenido junto con la autonomía de las partes. Se sugirió, como cuestión de redacción, que, en caso de que el Régimen Uniforme contuviese requisitos para todos los certificados, éstos tendrían que someterse a la práctica internacional y a los usos establecidos. Según otra sugerencia, habría que revisar las palabras “al emitir un certificado” para que quedara claro que la norma de conducta que figuraba en la disposición abarcaba la “emisión” del certifi-

cado a un cliente por parte de la entidad certificadora y la “divulgación” de información sobre el certificado a cualquier parte confiante por parte de la entidad certificadora. Durante el debate, se dejó constancia de que aún no se había resuelto la cuestión de si había que considerar parte confiante al signatario o al titular del certificado. En lo concerniente al inciso c), se expresó la opinión de que tal vez fuera necesario que en esa disposición se detallasen con más claridad los hechos que no deberían omitirse del certificado. Por otra parte, se sugirió que la responsabilidad del emisor del certificado quedara limitada a garantizar la fiabilidad de la información correspondiente al objetivo que se perseguía con la emisión del certificado, con exclusión de otra información que pudiera contener el certificado. A tal efecto, se sugirió que, al final del inciso c) se incluyesen las palabras “para el uso a que esté destinado”.

142. Según una opinión muy difundida, el alcance del proyecto de artículo 10 debería limitarse a una reducida gama de certificados y tal vez sólo a los certificados que se emitirían a los efectos de las firmas electrónicas [refrendadas]. Se indicó que el hecho de prescribir una norma obligatoria de conducta para todos los certificados tal vez no sería adecuado, habida cuenta de los numerosos tipos (y usos) de certificados que podían desarrollarse al margen de los necesarios para las firmas electrónicas refrendadas y al margen del alcance del Régimen Uniforme. Se dijo que tal vez fuera necesario reconsiderar el contenido del párrafo 2) para incluir, en la oración introductoria, una remisión general a la obligación de la entidad certificadora de actuar razonablemente.

Párrafo 2)

143. Se sugirió, como cuestión de redacción, que el apartado i) del inciso b) incluyera una oración similar a la siguiente: “Corresponde al [signatario] [titular] identificado en el certificado”. Merced a esa redacción, se evitaría que la entidad certificadora se involucrara inadvertidamente en cuestiones relacionadas con la propiedad de la clave.

144. Después del correspondiente debate, el Grupo de Trabajo decidió aplazar la adopción de una decisión sobre el proyecto de artículo 10 hasta que hubiese concluido el examen del proyecto de artículo 12. Se acordó que el debate proseguiría en otro período de sesiones y que, para ello, la Secretaría debería preparar una versión revisada del proyecto de artículo 10, con el alcance limitado indicado *supra*.

Artículo 11. *Responsabilidad contractual*

145. El texto del proyecto de artículo 11 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Variante A:

“1) Entre una entidad certificadora que emite un certificado y el titular de ese certificado [o toda otra parte que confíe en la firma y mantenga una relación contractual con la entidad certificadora], los derechos y las obligaciones de las partes [y sus eventuales limitaciones] quedarán determinados por el acuerdo celebrado entre las partes [, a reserva de lo que disponga al respecto la ley aplicable].

“[2) A reserva de lo dispuesto en el artículo 10, la entidad certificadora podrá, exonerarse, por vía contractual,

de su responsabilidad por cualquier pérdida [incurrida a resultas de la confianza depositada en el certificado] [imputable a defectos en la información indicada en el certificado, averías técnicas o a circunstancias análogas. No obstante, la cláusula que limite o excluya la responsabilidad de la entidad certificadora no podrá ser invocada cuando la exclusión o la limitación de la responsabilidad contractual sea gravemente contraria a la equidad, habida cuenta de la finalidad del contrato].]

“[3] La entidad certificadora no podrá hacer valer ese derecho a limitar su responsabilidad caso de probarse que la pérdida fue consecuencia de un acto o una omisión de esa entidad certificadora obrando con intención de causar daño o de forma temeraria y con conocimiento de que probablemente se ocasionaría un daño.]

“*Variante B:*

“De conformidad con la ley aplicable, los derechos y las obligaciones de una entidad certificadora, de un [signatario] [titular] identificado en el certificado, y de cualquier otra parte se regirán por el acuerdo o los acuerdos celebrados entre esas partes en la medida en que el acuerdo o los acuerdos traten de esos derechos y obligaciones y de sus eventuales limitaciones.

“*Variante C:*

“De mediar algún acuerdo entre la entidad certificadora, un [signatario] [titular] identificado en un certificado o cualquier otra parte, los derechos y las obligaciones de esas partes, y toda limitación de los mismos, que sean objeto de dicho acuerdo se regirán por lo estipulado en ese acuerdo, de conformidad con la ley aplicable y en la medida en que dicha ley lo permita.”

Observaciones generales

146. Al comienzo del debate se expresaron dudas acerca de la necesidad de incluir un artículo sobre la responsabilidad contractual en el Régimen Uniforme. Con respecto al proyecto de artículo 11 en particular, se hizo notar que en el párrafo 1) de la variante A, así como en la variante B y en la variante C, se hacía referencia simplemente a la aplicación de la ley interna, resultado que se alcanzaría sin la inclusión de una disposición como la del proyecto de artículo 11 en el Régimen Uniforme. Se observó que estas disposiciones iban dirigidas simplemente a recordar al lector del texto del Régimen Uniforme que, en lo concerniente a las cuestiones relativas a la responsabilidad contractual, debería hacerse referencia a la ley aplicable, y que no procuraban brindar norma de fondo alguna o imponer obligaciones con respecto a esa cuestión. Se hizo notar también que no se podía atribuir esta característica a los párrafos 2) y 3) de la variante A, que sí establecían normas de fondo sobre cuestiones relativas a falta de equidad y al dolo. Sin embargo, por regla general estas cuestiones eran polémicas, tanto a nivel nacional como internacional, toda vez que afectaban a las preocupaciones relacionadas con la protección del consumidor.

147. Según una opinión contraria, el proyecto de artículo 11 era útil como introducción al proyecto de artículo 12. El proyecto de artículo 12 se refería a las normas de responsabilidad distintas de la responsabilidad contractual y no daba cabida a la autonomía de las partes ni a otras limitacio-

nes de la responsabilidad en virtud de contratos. Para aclarar que el régimen uniforme no tenía por finalidad excluir la posibilidad de que las partes convinieran en limitar la responsabilidad en su contrato, se opinó que tal vez sería necesario incluir una disposición semejante al proyecto de artículo 11.

148. Según otra opinión, considerando que la finalidad de la CNUDMI era armonizar y unificar las normas de derecho mercantil internacional, era importante tratar de alcanzar un acuerdo sobre los principios de fondo de la responsabilidad a fin de incluirlos en el Régimen Uniforme. En este mismo sentido, se hizo notar que era posible que algunos sistemas jurídicos no admitieran variaciones en materia de responsabilidad en virtud de acuerdos y que, por ende, el hecho de dejar que la cuestión se resolviera de conformidad con la ley interna, quizá no contribuyera a facilitar el comercio electrónico.

149. La opinión predominante era de que una disposición parecida al proyecto de artículo 11 debería mantenerse en el Régimen Uniforme. El debate se concentró en las variantes A, B y C del proyecto de artículo 11. Una de las preocupaciones relacionadas con las tres variantes era el empleo de la frase “sujeto a la ley aplicable”. Una de las opiniones expresadas fue de que, en los sistemas jurídicos que no reconocían el derecho de las partes a modificar la responsabilidad en virtud de un acuerdo, la inclusión de las palabras “sujeto a la ley aplicable” redundaría en una aplicación demasiado restrictiva del Régimen Uniforme. A la inversa, la eliminación de estas palabras redundaría en una capacidad ilimitada de limitar o excluir la responsabilidad. Por estos motivos, se opinó que el Grupo de Trabajo debería examinar detenidamente el empleo de esas palabras en el proyecto de artículo 11. Se opinó que la responsabilidad contractual, en la medida en que hiciera falta una disposición, podría abordarse en el contexto del artículo 12, con inclusión de una disposición relativa a la autonomía de las partes.

Variante A

150. La variante A recibió amplio apoyo, sin perjuicio de las inquietudes generales expresadas respecto del sentido del párrafo 2) en particular.

Párrafo 1)

151. En relación con el párrafo 1) se expresó inquietud por el hecho de que su ámbito de aplicación sólo abarcaba determinadas relaciones entre las partes especificadas en un contrato determinado, en lugar de incluir a todas las partes contratantes. Con esa sola reserva, se estimó en general que el fondo del párrafo 1) era aceptable y se convino en que podría ser aprobado como base para continuar el debate.

Párrafo 2)

152. Se expresó la opinión de que, al establecer una norma sobre la conducta que faltaba gravemente a la equidad, el párrafo 2) planteaba una cuestión que tal vez sería difícil de entender en el contexto de diversos sistemas jurídicos. Se recordó al Grupo de Trabajo que el párrafo 2) se inspiraba en los Principios del UNIDROIT relativos a los contratos mercantiles internacionales (artículo 7.1.6), como un intento de

brindar una norma uniforme para evaluar la aceptabilidad general de las cláusulas de exención. La referencia a que la limitación o la exención “sea gravemente contraria a la equidad” sugería un enfoque flexible para las cláusulas de exención, con la finalidad de promover un reconocimiento más amplio de las cláusulas de limitación o exención del que se daría si el Régimen Uniforme se remitiera meramente a la ley aplicable fuera del Régimen Uniforme (A/CN.9/WG.IV/WP.73, párr. 64). Si bien se apoyó en algún grado la inclusión de la norma elaborada por el UNIDROIT, que era conocida y comprendida en diversos sistemas jurídicos, se formularon varias propuestas para mejorar su retención y reflejar más claramente el principio en cuestión. Según una de las propuestas, el enunciado que describía el principio debería ser sustituido por las palabras “que falte gravemente a la equidad”. Según otra propuesta, el principio debería ser interpretado en el Régimen Uniforme tal como en la disposición del UNIDROIT y deberían incluirse explicaciones al respecto en una guía para la promulgación. Se pidió a la Secretaría que contemplara la posibilidad de redactar de nuevo el párrafo 2) a fin de que reflejara las propuestas formuladas a propósito de la norma relativa a las limitaciones y exenciones que faltaran gravemente a la equidad.

153. Otra preocupación guardaba relación con el empleo de las palabras “A reserva de lo dispuesto en el artículo 10” al comienzo del párrafo 2). Se hizo notar que, como el Grupo de Trabajo no había alcanzado un acuerdo sobre el proyecto de artículo 10, era difícil entender qué sentido podía tener el empleo de esas palabras en el párrafo 2) del proyecto de artículo 11. Se convino en que esas palabras deberían ser colocadas entre corchetes hasta que se hubiera ahondado en el examen del artículo 10.

154. En relación con las palabras entre corchetes que figuraban en el párrafo 2), se apoyó en general el mantenimiento de las palabras “producida por la confianza en el certificado” sin colocarlas entre corchetes, y la eliminación de las palabras “causada por defectos en la información indicada en el certificado, averías técnicas o circunstancias análogas”. También hubo acuerdo general en que la última oración del párrafo 2) debería mantenerse, con la siguiente enmienda: “No obstante, la cláusula que limite o excluya la responsabilidad de la entidad certificadora no podrá ser invocada *en la medida* en que la exclusión o la limitación de la responsabilidad contractual sea gravemente contraria a la equidad, habida cuenta de la finalidad del contrato y de otras circunstancias del caso”. La inclusión de las palabras “y otras circunstancias del caso” se propuso teniendo en cuenta que para determinar qué constituía una limitación o exclusión que faltaba gravemente a la equidad siempre sería preciso considerar todas las circunstancias conexas, y no simplemente el contrato que contenía dicha limitación o exclusión.

155. El Grupo de Trabajo decidió que los párrafos 1) y 2) de la variante A deberían mantenerse, sin perjuicio de su revisión para que así reflejaran las citadas enmiendas propuestas.

Párrafo 3)

156. Se propuso suprimir el párrafo 3) teniendo en cuenta que la norma relativa a la intención de causar un daño o la conducta dolosa o temeraria quedaría comprendida en el párrafo 2). Esta propuesta fue aceptada en general.

Variantes B y C

157. Se apoyó en algún grado el mantenimiento de la variante C como posible alternativa a la variante A. Se declaró que, dado que la variante C se basaba en una mera referencia a la ley aplicable, no habría riesgo de que entrara en conflicto con ninguna norma de responsabilidad contractual aplicable. Al término del debate, se estimó en general que, por los motivos citados, debería preferirse la variante A. No se expresó apoyo alguno a la variante B. Al término del debate, el Grupo de Trabajo decidió que deberían suprimirse las variantes B y C.

Artículo 12. Responsabilidad de la entidad certificadora ante toda parte que confíe en un certificado

158. El texto del proyecto de artículo 12 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2), cuando una entidad certificadora emita un certificado se la tendrá por responsable ante toda persona que razonablemente confíe en el certificado por:

“a) Los errores en el certificado, salvo que una entidad certificadora demuestre que ella o sus representantes adoptaron [todas] las medidas [razonables] [comercialmente razonables] [que eran procedentes para la finalidad para la que se emitió el certificado, a la luz de todas las circunstancias] para evitar errores en el certificado;

“b) No haber inscrito en el registro la revocación del certificado, salvo que la entidad certificadora demuestre que ella o sus representantes adoptaron [todas] las medidas [razonables] [comercialmente razonables] [que eran procedentes para la finalidad para la que se emitió el certificado, a la luz de todas las circunstancias] para inscribir prontamente la revocación al serles notificada la revocación [; y

“c) Las consecuencias imputables a la no observancia:

“i) Un procedimiento enunciado en la declaración sobre prácticas de certificación publicada por la entidad certificadora; o

“ii) Un procedimiento enunciado en la ley aplicable].

“2) La confianza en un certificado no será razonable en la medida en que sea contraria a la información contenida [o incorporada por remisión] en el certificado [o en una lista de revocación] [o en la información sobre la revocación]. [La confianza no será razonable, en particular, cuando:

“a) Sea contraria a la finalidad para la que se emitió el certificado;

“b) Exceda del valor para el que sea válido el certificado; o

“c) [...]”

Observaciones generales

159. Si bien se consideró en general que el contenido del proyecto de artículo 12 era aceptable, algunas delegaciones

expresaron el parecer de que sería preferible no enunciar una regla precisa sobre la responsabilidad de una entidad certificadora ante las partes que confíen en un certificado. El Grupo de Trabajo convino en que en un futuro período de sesiones sería necesario examinar conjuntamente los proyectos de artículo 10, 11 y 12 para velar porque las obligaciones impuestas a las entidades certificadoras concordaran con las normas sobre responsabilidad establecidas en el Régimen Uniforme y para velar por que se resolvieran adecuadamente las cuestiones relativas a la autonomía de las partes. También se sugirió que se debería garantizar la coherencia de enfoque entre los tres proyectos de artículo, particularmente en lo relativo a que las disposiciones deberían centrar su atención en la exactitud del resultado que debe lograrse o el procedimiento que debe seguirse.

Párrafo 1)

Inciso a)

160. Se formularon varias sugerencias relativas a la redacción. Se convino en que la expresión “todas las medidas razonables” debería mantenerse sin los corchetes y que debería eliminarse el resto del texto que figuraba entre corchetes. Se propuso que en el inciso *a)* debería incluirse una referencia a las “omisiones” del certificado, además de los errores, y que debería suprimirse la exigencia de que la entidad certificadora debe demostrar que ha adoptado medidas razonables para evitar errores u omisiones. Se propuso el texto siguiente: “*a)* Los errores u omisiones en el certificado debidos a que la entidad certificadora no hubiese adoptado todas las medidas razonables para evitar errores u omisiones en el certificado”. Otra propuesta fue invertir el orden del texto, a fin de centrar la atención en la no adopción por la entidad certificadora de medidas razonables e introducir el concepto de permitir a la entidad certificadora adoptar medidas para corregir los errores o inexactitudes del certificado. Se propuso el texto siguiente: “*a)* Por no haber adoptado todas las medidas razonables para evitar o corregir los errores o inexactitudes del certificado”. Una de las preocupaciones que causó esa propuesta fue que la referencia a las omisiones sólo tendría sentido en el contexto de la obligación de incluir información concreta en el certificado, mientras que el hecho de no hacerlo daría lugar a responsabilidad por omisión. Ello sería pertinente en el contexto de los proyectos de artículo 8 y 10 y sería necesario adecuarlo a las disposiciones de esos proyectos de artículo. Otra causa de preocupación fue que la propuesta de invertir el orden del inciso *a)* y de suprimir las expresiones relativas a la obligación de la entidad certificadora de demostrar que adoptó todas las medidas razonables daría lugar a que se invirtiera la carga de la prueba establecida en ese apartado. Si bien se aceptó la adición de la referencia a las omisiones, en general se convino en que la carga de la prueba no debería invertirse de esa manera.

Inciso b)

161. Se sugirió que debería suprimirse el inciso *b)*, con fundamento en que era muy detallado. No obstante, en general se convino en que la supresión del inciso *b)* sólo sería aceptable si el fondo del inciso se incluyera en una versión revisada y más amplia del inciso *a)*. Se convino en que, hasta que se volviera a examinar la concordancia de los proyectos de artículo 8, 10 y 12, debería mantenerse en el Régimen

Uniforme el inciso *b)*. Como cuestión de redacción, se decidió que la expresión “todas las medidas razonables” debería mantenerse sin los corchetes y que debería eliminarse el resto del texto que figuraba entre corchetes.

Inciso c)

162. Se expresó preocupación por la inclusión de una disposición que siguiera los lineamientos del apartado ii) del inciso *c)*, con fundamento en que podría ser difícil para la entidad certificadora saber en un caso determinado cuál sería la ley aplicable. En apoyo de la supresión del apartado ii) del inciso *c)*, se dijo que la referencia a “un procedimiento” establecido en la declaración sobre prácticas de certificación o en la ley aplicable quizá fuera muy amplia, ya que no todos esos procedimientos tenían por objeto proteger a las partes que se fían de ellos y que el alcance del proyecto de artículo 12 debería limitarse a la responsabilidad de las entidades certificadoras frente a esas partes que se fían. Se convino en general que debería suprimirse el apartado ii). Se decidió que debía mantenerse el apartado i), relativo a la responsabilidad de la entidad certificadora por no haber cumplido su propia declaración sobre prácticas de certificación.

Párrafo 2)

163. Se formularon algunas sugerencias encaminadas a aclarar la redacción del párrafo 2). Se propuso enmendar el inciso *a)* de la manera siguiente: “es para una finalidad contraria a la finalidad para la que se emitió el certificado”. Igualmente, el inciso *b)* debería enmendarse de la manera siguiente: “sea relativo a una transacción cuyo valor supere el valor para el que es válido el certificado”. Otra sugerencia fue que en el texto se debería aclarar que la confianza en un certificado no sería razonable en virtud del párrafo 2) “en la medida” en que no se fundara en el propósito para el que fue emitido el certificado ni en el valor para el que fuera válido el certificado. Se convino en general en que sería necesario revisar la redacción del párrafo 2) a fin de reflejar esas sugerencias.

Artículos 13 a 15

164. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo celebró únicamente un debate preliminar sobre los proyectos de artículo 13, 14 y 15. El texto de los proyectos de artículo 13, 14 y 15 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

Artículo 13. Revocación de certificados

“1) Durante el período de vigencia de un certificado, la entidad certificadora que emitió el certificado deberá revocarlo de conformidad con las políticas y los procedimientos que rijan la revocación, definidos en la declaración sobre prácticas de certificación aplicables, o, en su ausencia, actuando con prontitud al recibir:

“*a)* Una solicitud de revocación del [signatario] [titular] identificado en el certificado y confirmación de que la persona que solicita la revocación es el [legítimo] [signatario] [titular], o es un mandatario del [signatario] [titular] facultado para solicitar la revocación;

“b) Prueba fidedigna del fallecimiento del [signatario] [titular], si el [signatario] [titular] es una persona física; o

“c) Prueba fidedigna de que el [signatario] [titular] ha sido disuelto o ha cesado de existir, si el [signatario] [titular] es una persona jurídica.

“2) El [signatario] [titular] de un juego de claves certificado estará obligado a hacer revocar, o a pedir que se revoque, el certificado correspondiente si llega a su conocimiento que la clave privada se ha perdido, corre peligro o está expuesta a ser de algún modo indebidamente utilizada. El [signatario] [titular] que, llegada esa situación, no haga revocar, o no pida que se revoque, el certificado será responsable ante cualquier persona que haya confiado en el contenido de un mensaje por no haber cumplido el [signatario] [titular] con su obligación de revocar el certificado.

“3) Independientemente de que el [signatario] [titular] identificado en el certificado consienta en la revocación, la entidad certificadora que emitió un certificado deberá revocar con prontitud el certificado al tener conocimiento de que:

“a) Un hecho material indicado en el certificado sea falso;

“b) La clave privada de la entidad certificadora o su sistema de información corra algún peligro que comprometa la fiabilidad del certificado; o

“c) La clave privada o el sistema de información del [signatario] [titular] corra peligro.

“4) Al revocar un certificado a tenor de lo dispuesto en el párrafo 3), la entidad certificadora deberá notificar al [signatario] [titular] y a toda parte que confíe en el certificado de conformidad con las políticas y los procedimientos que rijan la notificación de revocación definidos en la declaración sobre prácticas de certificación aplicables o, en su ausencia, actuando con prontitud, y deberá publicar prontamente un aviso de la revocación si el certificado se publicó, y, por lo demás, revelar el hecho de la revocación a toda parte que confíe en el certificado e indague al respecto.

“5) [En lo que concierne al [signatario] [titular] y a la entidad certificadora,] la revocación será efectiva desde el momento en que sea [recibida] [registrada] por la entidad certificadora.

“6) En lo que concierne a la entidad certificadora y a toda parte que confíe en el certificado, la revocación será efectiva desde el momento en que sea [inscrita] [publicada] por la entidad certificadora.”

Artículo 14. *Suspensión de certificados*

“Durante el período de vigencia de un certificado, la entidad certificadora que lo emitió deberá suspenderlo de conformidad con las políticas y los procedimientos que rijan la suspensión definidos en la declaración sobre prácticas de certificación aplicable o, a falta de tales políticas y procedimientos, prontamente al recibir una solicitud en ese sentido de una persona que la entidad certificadora

crea razonablemente que es el [signatario] [titular] indicado en el certificado o una persona autorizada para actuar en nombre de ese [signatario] [titular].”

Artículo 15. *Registro de certificados*

“1) Toda entidad certificadora deberá llevar un registro electrónico de certificados emitidos, al que tenga acceso el público, que indique la fecha de expiración de cada certificado o la fecha en que fue suspendido o revocado.

“2) La entidad certificadora deberá mantener esa inscripción en su registro

“Variante A:

“por lo menos durante [30] [10] [5] años

“Variante B:

“durante ... [el Estado promulgante determinará el plazo durante el cual debe mantenerse en el registro la información pertinente]

“siguientes a la fecha de revocación o de expiración del período de vigencia de todo certificado emitido por esa entidad certificadora.

“Variante C:

“de conformidad con las políticas y los procedimientos definidos por la entidad certificadora en la declaración sobre prácticas de certificación aplicables.”

Observaciones generales

165. Se expresaron varias preocupaciones en relación con la necesidad de incluir en el Régimen Uniforme los proyectos de artículo 13 a 15. Se sugirió que se suprimiesen los tres artículos por considerarse que eran demasiado específicos, detallados y restrictivos; se basaban en presunciones generales sobre cómo podían o no podían funcionar algunos modelos en la práctica, y era improbable que su normativa se difundiera. No obstante, la gran mayoría de los miembros del Grupo de Trabajo consideró prematuro suprimir esos proyectos de artículo sin examinarlos más a fondo.

166. Cierta número de delegaciones opinaron que los proyectos de artículo 13 y 14 abarcaban cuestiones que podía ser importante incluir en el Régimen Uniforme, lo que dependía del modo en que pudieran llegar a regularse en el Régimen Uniforme ciertas cuestiones que no había terminado de examinar el Grupo de Trabajo en su período de sesiones en curso. En general, se consideró que los proyectos de artículo debían simplificarse y posiblemente reducirse a un único artículo o incluirse en otros artículos de la sección III del capítulo II. Se propuso que, dado que quedaba claro que las entidades certificadoras eran necesarias en el caso de las firmas numéricas, la aplicación de esos tres artículos debía limitarse a las firmas numéricas y habría que reordenar el Régimen Uniforme para tener en cuenta esa limitación. Según una propuesta afín, sería importante examinar cómo se estaban desarrollando las prácticas comerciales respecto de las firmas distintas de las numéricas, con objeto de analizar el modo de reordenar la estructura del Régimen Uniforme.

167. En lo concerniente al contenido de los proyectos de artículo, se consideró que los proyectos de artículo 13 y 14

se ocupaban de obligaciones primarias de una entidad certificadora y que era necesario determinar cuáles deberían ser esas obligaciones antes de resolver las cuestiones de responsabilidad. En relación con el proyecto de artículo 13, se indicó que el artículo brindaba la oportunidad de establecer un equilibrio en el Régimen Uniforme entre las obligaciones impuestas a la entidad certificadora y las obligaciones aplicables al signatario o al titular del certificado.

168. Se consideró que el proyecto de artículo 15 planteaba cuestiones espinosas en relación con la confidencialidad de los datos y podía suprimirse. Además, tal vez no fuera aplicable en algunos sistemas de certificación. Según otra opinión, el proyecto de artículo 15 debía mantenerse porque estaba relacionado con la responsabilidad de la entidad certificadora prevista en el proyecto de artículo 12 y debería seguir examinándose en el marco de ese artículo.

169. El Grupo de Trabajo convino en que los proyectos de artículo 13, 14 y 15 debían mantenerse entre corchetes para que se siguieran examinando. Se pidió a la Secretaría que revisase la redacción para tener en cuenta las opiniones expresadas y que analizase la posibilidad de simplificar dichos proyectos de artículo.

Artículo 16. *Relaciones entre las partes que se fían de los certificados y las entidades certificadoras*

170. El texto del proyecto de artículo 16 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“[1] La entidad certificadora sólo podrá pedir los datos que necesite para identificar al [signatario] [titular] del certificado].

“2) De ser solicitados, la entidad certificadora dará a conocer los datos siguientes:

“a) Las condiciones para la utilización del certificado;

“b) Las condiciones relativas al empleo de una firma numérica;

“c) Las tarifas de los servicios de la entidad certificadora;

“d) La política o las prácticas de la entidad certificadora con respecto a la utilización, el archivo y la comunicación de datos personales;

“e) Los requisitos técnicos de la entidad certificadora con relación al equipo de comunicaciones que han de utilizar las partes que confían en los certificados;

“f) Las condiciones en que la entidad certificadora envía advertencias a las partes que confían en un certificado en caso de irregularidades o defectos de funcionamiento del equipo de comunicaciones;

“g) Toda limitación de la responsabilidad de la entidad certificadora;

“h) Toda restricción impuesta por la entidad certificadora respecto de la utilización del certificado; e

“i) Las condiciones en las que el [signatario] [titular] tiene derecho a imponer restricciones respecto de la utilización del certificado.

“3) La información indicada en el párrafo 1) se entregará al [posible] [signatario] [titular] antes de la concertación de un acuerdo final de certificación. Esta información podrá ser entregada por la entidad certificadora en forma de declaración sobre prácticas de certificación.

“4) Con un preaviso [de un mes], el [signatario] [titular] podrá dar por terminado el acuerdo de vinculación con la entidad certificadora. Este preaviso surtirá efecto al ser recibido por la entidad certificadora.

“5) Con un preaviso [de tres meses], la entidad certificadora podrá dar por terminado ese mismo acuerdo. Este preaviso surtirá efecto desde el momento de su recepción.]”

171. Predominó el parecer de que debía suprimirse el artículo 16 por considerarse que se ocupaba de cuestiones precontractuales que debía dejarse que resolvieran las partes en un contrato de certificación. Aunque algunas de las cuestiones abarcadas podían ser de utilidad como declaración de la práctica más idónea para las entidades certificadoras, se expresó la opinión de que no procedía incluir esas cuestiones en el Régimen Uniforme, pero que podían ser incluidas en una guía explicativa.

172. Una de las preocupaciones manifestadas guardaba relación con la cuestión de las declaraciones sobre prácticas de certificación mencionadas en el párrafo 3). Se expresó la opinión de que las declaraciones sobre prácticas de certificación eran un elemento importante de la relación entre las entidades certificadoras, los signatarios y las partes confiantes y que todas las entidades certificadoras deberían estar obligadas a emitir una declaración sobre prácticas de certificación. Se acordó que esa cuestión se examinase más a fondo por el Grupo de Trabajo en un período de sesiones ulterior, en el marco de los proyectos de artículo 10, 11 y 12.

Capítulo IV. Firmas electrónicas extranjeras

Artículos 17 a 19

173. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo aplazó hasta otro período de sesiones el examen de los proyectos de artículo 17 a 19.

III. PROPUESTA PARA LA LABOR FUTURA EN LA ESFERA DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

174. Durante el período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebraron consultas oficiosas sobre la propuesta de preparar un proyecto de convención internacional relativa a las operaciones concertadas por vía electrónica (véase A/CN.9/WG.IV/WP.77)⁴. La finalidad de esta propuesta fue descrita por una delegación que explicó que la propuesta perseguía un doble objetivo: a) eliminar los obstáculos dimanantes de prácticas basadas en el empleo tradicional del papel como soporte físico de la documentación que dificultaban las operaciones por vía electrónica, incorporando al derecho interno disposiciones de la Ley Modelo, y b) resolver ciertas

⁴Véase el examen preliminar de esa propuesta en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17)*, párrs. 209 a 211.

cuestiones de autenticación electrónica (en la medida en que esas cuestiones no fueran ya objeto de la labor emprendida en el marco del proyecto de Régimen Uniforme) en términos que, sin dejar de respetar la diversidad de enfoques posibles del derecho interno, sirvieran para poner en claro que se respetaría y reconocería judicialmente la validez de las estipulaciones contractuales privadas relativas a la autenticación de las operaciones concertadas por vía electrónica. Se hizo saber que el texto de la propuesta se había redactado con fines de debate y no en el lenguaje propio de una convención.

175. En lo concerniente a los obstáculos dimanantes del empleo tradicional del papel para la documentación, en la propuesta se abordaban las cuestiones relativas a las operaciones por vía electrónica en general. La convención propuesta incorporaría los elementos básicos de la Ley Modelo: por ejemplo, no se debería negar validez ni fuerza ejecutoria a un contrato perfeccionado electrónicamente por el mero hecho de haber sido perfeccionado de ese modo. En esa parte de la convención se definirían, además, las características de un original electrónico y de un escrito electrónico válido, al tiempo que se establecería la admisibilidad de las pruebas electrónicas. Se reconocería asimismo la aceptabilidad de la firma electrónica para fines comerciales y jurídicos. Los partidarios de una convención opinaban que existía un amplio consenso internacional en favor de estas disposiciones, aun cuando se dijo que, en el marco de consultas oficiosas, cierto número de delegaciones habían expresado su interés por retener cierta flexibilidad en lo relativo a la introducción de estas disposiciones en su propio derecho.

176. Una delegación informó verbalmente al Grupo de Trabajo sobre diversas cuestiones adicionales que algunas delegaciones habían discutido informalmente entre ellas. Se informó de que se había expresado informalmente el parecer de que la preparación eventual de una convención no debería entrañar la reapertura del debate sobre el contenido de la Ley Modelo, sino que debería considerarse la propuesta relativa a una convención como una sugerencia para promover aún más la adopción en el derecho interno del régimen de la Ley Modelo. También se dijo que se había debatido en qué medida se había de incorporar el régimen de la Ley Modelo a la convención propuesta. Se informó al respecto de que se había expresado la opinión de que toda la Ley Modelo debería

figurar como anexo de la convención, mientras que otros opinaron que algunas de sus disposiciones tal vez resultarían menos apropiadas en el marco de una convención. Se habló también de la posibilidad de formular el texto del proyecto de convención en términos por los que los Estados partes se comprometieran a aplicar los principios enunciados en ciertas disposiciones de la Ley Modelo.

177. Se examinaron varias cuestiones en relación con la parte de la convención que se ocupaba de la autenticación electrónica. Se puso de relieve que, al abordar cuestiones relacionadas con la autenticación electrónica, la convención propuesta debía mantener la libertad de los países de adoptar diferentes enfoques en su legislación interna. Además, en la convención debería quedar claro que, no obstante el carácter concreto de todo marco normativo que regulase la autenticación electrónica, deberían hacerse valer en la máxima medida posible los términos de cualquier acuerdo entre las partes (incluidos los acuerdos de un sistema cerrado). En general, se consideró que tal vez una de las cuestiones primordiales que había que resolver era la relativa a la necesidad de establecer un equilibrio entre el amplio reconocimiento de la autonomía de las partes, por un lado, y la voluntad de los Estados de mantener su marco legislativo y reglamentario interno, por otro.

178. Se examinaron otras cuestiones relativas al resto de las disposiciones que regulaban la autenticación. Además de ser neutral respecto de la tecnología empleada, la convención propuesta disponía que se debía permitir que las partes intentaran probar que sus operaciones eran válidas, con independencia de que el método de autenticación tecnológica o mercantil que utilizasen estuviese regulado concretamente por una ley o un reglamento. Por último, en la convención propuesta se exhortaba a los Estados a que adoptasen un enfoque no discriminatorio respecto de los mecanismos de autenticación aplicados en otros países. Se debatieron el carácter de esta disposición como principio del derecho mercantil y su relación con los principios de la política comercial internacional.

179. Se acordó que en el próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo proseguirían los debates oficiosos acerca de la convención propuesta.

B. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 33.º período de sesiones: proyecto de Régimen Uniforme para las firmas electrónicas: nota de la Secretaría

(A/CN.9/WG.IV/WP.76) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> |
|--|-----------------|
| INTRODUCCIÓN | 1-8 |
| I. OBSERVACIONES GENERALES | 9-11 |
| II. PROYECTO DE DISPOSICIONES SOBRE FIRMAS NUMÉRICAS, OTRAS FIRMAS ELECTRÓNICAS, AUTORIDADES CERTIFICADORAS Y CUESTIONES JURÍDICAS CONEXAS | 12-50 |
| Capítulo I. Esfera de aplicación y disposiciones generales | 12-15 |

| | <i>Párrafos</i> |
|--|-----------------|
| Capítulo II. Firmas electrónicas | 16-38 |
| Sección I. Firmas electrónicas en general | 16-21 |
| Artículo 1. Definiciones | 16-20 |
| Artículo 2. Efectos de la firma electrónica | 21 |
| Sección II. Firmas electrónicas [seguras] [refrendadas] | 22-30 |
| Artículo 3. Presunción de firma | 22-23 |
| Artículo 4. Presunción de atribución | 24 |
| Artículo 5. Presunción de integridad | 25-26 |
| Artículo 6. Predeterminación de la firma electrónica [segura] [refrendada] | 27 |
| Artículo 7. Responsabilidad respecto de la firma electrónica [segura] [refrendada] | 28-30 |
| Sección III. Firmas numéricas respaldadas por certificados | 31-38 |
| Artículo 8. Contenido del certificado [seguro] [refrendado] | 31 |
| Artículo 9. Efectos de las firmas numéricas respaldadas por certificados | 32-38 |
| Capítulo III. Autoridades certificadoras y cuestiones conexas | 39-47 |
| Artículo 12. Responsabilidad de la entidad certificadora frente a las partes que se fían de los certificados | 41 |
| Observación general relativa a los proyectos de artículo 13 a 16 | 42 |
| Artículo 13. Revocación de certificados | 43 |
| Artículo 14. Suspensión de certificados | 44 |
| Artículo 15. Registro de certificados | 45-46 |
| Artículo 16. Relaciones entre las partes que se fían de los certificados y las autoridades certificadoras | 47 |
| Capítulo IV. Firmas electrónicas extranjeras | 48-50 |
| Artículo 17. Prestación de servicios por autoridades certificadoras extranjeras | 48 |
| Artículo 18. Homologación de certificados extranjeros por autoridades certificadoras nacionales | 49 |
| Artículo 19. Reconocimiento de certificados extranjeros | 50 |

INTRODUCCIÓN

1. La Comisión, en su 29.º período de sesiones (1996), decidió incluir en su programa las cuestiones de las firmas digitales y las autoridades certificadoras. Se pidió al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico que examinase la conveniencia y viabilidad de preparar normas uniformes sobre los temas mencionados. Se convino en que la labor que había de llevar a cabo el Grupo de Trabajo en su 31.º período de sesiones podía incluir la preparación de proyectos de normas sobre ciertos aspectos de dichos temas. Se pidió al Grupo de Trabajo que proporcionara a la Comisión elementos suficientes para adoptar una decisión informada acerca del ámbito de las normas uniformes que habían de elaborarse. Se convino además, como mandato más preciso para el Grupo de Trabajo, que las normas uniformes que había de preparar se refirieran a cuestiones tales como la base jurídica que sustentaba los procesos de certificación, incluida la tecnología incipiente de autenticación y certificación digitales; la aplicabilidad del proceso de certificación; la asignación del

riesgo y la responsabilidad de los usuarios, proveedores y terceros en el contexto del uso de técnicas de certificación; las cuestiones concretas de certificación mediante el uso de registros, y la incorporación por remisión¹.

2. En su 30.º período de sesiones (1997), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de su 31.º período de sesiones (A/CN.9/437). En lo que se refiere a la conveniencia y la viabilidad de preparar normas uniformes sobre cuestiones relacionadas con las firmas numéricas y las autoridades certificadoras, el Grupo de Trabajo indicó a la Comisión que había logrado un consenso en relación con la importancia y la necesidad de proceder a la armonización de la legislación en ese ámbito. Aunque no había adoptado una decisión firme respecto de la forma y el contenido de su labor al respecto, había llegado a la conclu-

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), párrs. 223 y 224.*

sión preliminar de que era viable emprender la preparación de un proyecto de normas uniformes, por lo menos sobre cuestiones relacionadas con las firmas numéricas y las autoridades certificadoras y posiblemente sobre asuntos conexos. El Grupo de Trabajo recordó que, al margen de las cuestiones de las firmas numéricas y las autoridades certificadoras, también podía ser necesario que se examinaran en el ámbito del comercio electrónico alternativas técnicas a la criptografía de clave pública; cuestiones generales relacionadas con los terceros que eran proveedores de servicios, y la contratación electrónica (A/CN.9/437, párrs. 156 y 157). Con respecto a la cuestión de la incorporación por remisión, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que no era necesario realizar ningún nuevo estudio de la Secretaría, dado que las cuestiones fundamentales eran bien conocidas y quedaba claro que muchos aspectos de la cuestión de la batalla de los formularios y los contratos de adhesión deberían precisarse en la legislación nacional aplicable, por consideraciones relacionadas, entre otras cosas, con la protección de los consumidores y otras consideraciones de orden público. El Grupo de Trabajo fue del parecer de que la cuestión debería examinarse como primer tema sustantivo de su programa, al comienzo de su período de sesiones siguiente (A/CN.9/437, párr. 155).

3. La Comisión expresó su reconocimiento por la labor ya efectuada por el Grupo de Trabajo en su 31.º período de sesiones, hizo suyas las conclusiones del Grupo y le encomendó la preparación de un régimen uniforme sobre las cuestiones jurídicas relacionadas con las firmas numéricas y las autoridades certificadoras (denominado en adelante “el Régimen Uniforme”).

4. Con respecto a la forma y al alcance exactos del Régimen Uniforme, la Comisión convino en que no era posible adoptar una decisión al respecto en una etapa tan temprana. Se opinó que, si bien el Grupo de Trabajo podría concentrar su atención en las cuestiones de las firmas numéricas, en vista de la función predominante aparentemente desempeñada por la criptografía de clave pública en la práctica más reciente en materia de comercio electrónico, el Régimen Uniforme que se preparara debería atenderse al criterio de neutralidad adoptado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Por ello, el Régimen Uniforme no debería desalentar el recurso a otras técnicas de autenticación. Además, al ocuparse de la criptografía de clave pública, tal vez fuera preciso que el Régimen Uniforme acomodara diversos grados de seguridad y reconociera diversos efectos jurídicos y grados de responsabilidad según cuáles fueran los servicios prestados en el contexto de las firmas numéricas. Respecto de las autoridades certificadoras, si bien la Comisión reconoció el valor de las normas de fiabilidad o seguridad fijadas por el mercado, predominó el parecer de que el Grupo de Trabajo podría considerar el establecimiento de un juego de normas mínimas que las autoridades certificadoras habrían de respetar estrictamente, particularmente en casos en los que se solicitara una certificación de validez transfronteriza².

5. El Grupo de Trabajo comenzó la preparación del Régimen Uniforme en su 32.º período de sesiones sobre la base de una nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/

WP.73). Se pidió a la Secretaría que preparase, sobre la base de las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, un juego de disposiciones revisadas, con posibles variantes, para que pudiera examinarlo el Grupo de Trabajo en un período de sesiones futuro (el informe sobre la labor del mencionado período de sesiones figura en el documento A/CN.9/446). En cuanto a la incorporación por remisión, el Grupo de Trabajo adoptó el texto de un proyecto de disposiciones, decidió que dicho texto debía presentarse a la Comisión para que lo examinase y posiblemente lo añadiese como nuevo artículo 5 *bis* de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, y pidió a la Secretaría que preparase una nota explicativa para añadirla a la Guía para su incorporación al derecho interno (A/CN.9/446, párr. 24).

6. La presente nota contiene el proyecto de disposiciones revisado que se preparó de conformidad con las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo, así como con las deliberaciones y decisiones de la Comisión en su 30.º período de sesiones, antes mencionadas. En particular, el proyecto de disposiciones se basa en la hipótesis de trabajo del Grupo de Trabajo de que su labor en el ámbito de las firmas numéricas adoptaría la forma de un proyecto de disposiciones legales (A/CN.9/437, párr. 27). Obedece además al propósito de reflejar la decisión tomada por el Grupo de Trabajo en su 31.º período de sesiones de que las posibles normas uniformes en el ámbito de las firmas numéricas deberían emanar del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (denominada en adelante “la Ley Modelo”) y que había que considerar que fijaban la manera en que se podía utilizar un método fiable “para identificar a una persona” y “para indicar que esa persona aprueba” la información contenida en un mensaje de datos.

7. En la preparación de la presente nota, la Secretaría fue asistida por un grupo de expertos que comprendía expertos invitados por la Secretaría y expertos designados por gobiernos interesados y organizaciones internacionales.

8. En consonancia con las instrucciones aplicables acerca de la limitación y el control más estrictos de los documentos de las Naciones Unidas, las observaciones explicativas referentes al proyecto de disposiciones se han formulado de la forma más breve posible. En el período de sesiones se proporcionarán más explicaciones orales.

I. OBSERVACIONES GENERALES

9. La finalidad del Régimen Uniforme, según se refleja en el proyecto de disposiciones que figura en la parte II de la presente nota, es facilitar la utilización cada vez mayor de las firmas electrónicas en las operaciones comerciales internacionales. Inspirándose en los múltiples instrumentos legislativos ya en vigor o en curso de elaboración en varios países, este proyecto de disposiciones se propone impedir la desarmonía en las reglas jurídicas aplicables al comercio electrónico proporcionando un conjunto de normas sobre cuya base puedan reconocerse los efectos jurídicos de las firmas numéricas y otras firmas electrónicas, con el posible auxilio de autoridades certificadoras, para las cuales se ofrecen también varias reglas básicas.

10. Centrado en los aspectos de derecho privado de las operaciones comerciales, el Régimen Uniforme no intenta

²Ibíd., *quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/52/17), párrs. 249-251.

resolver todas las cuestiones que pueden plantearse en el contexto de la mayor utilización de las firmas electrónicas. En particular, el Régimen Uniforme no trata los aspectos de orden público, derecho administrativo, protección del consumidor o derecho penal que quizá los legisladores nacionales tengan que tener presentes al establecer un marco jurídico completo para las firmas electrónicas.

11. Sobre la base de la Ley Modelo, el Régimen Uniforme se propone reflejar en particular: el principio de la neutralidad en lo relativo a los medios técnicos; un enfoque conforme al cual no se discrimine contra los equivalentes funcionales de los conceptos y prácticas tradicionales en un medio de documentación escrita, y un amplio recurso a la autonomía de la voluntad de las partes. Está pensado para utilizarlo a la vez como normas mínimas en un entorno “abierto” (es decir, en que las partes se comunican electrónicamente sin acuerdo previo) y como normas supletorias en un entorno “cerrado” (es decir, donde las partes están vinculadas por normas y procedimientos contractuales preexistentes que se han de observar en la comunicación por medios electrónicos).

II. PROYECTO DE DISPOSICIONES SOBRE FIRMAS NUMÉRICAS, OTRAS FIRMAS ELECTRÓNICAS, AUTORIDADES CERTIFICADORAS Y CUESTIONES JURÍDICAS CONEXAS

Capítulo I. Esfera de aplicación y disposiciones generales

12. Al examinar el proyecto de disposiciones que se propone se incluyan en el Régimen Uniforme, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar en términos más generales la relación entre el Régimen Uniforme y la Ley Modelo. En particular, el Grupo de Trabajo podría quizá formular propuestas a la Comisión sobre si el Régimen Uniforme para las firmas numéricas debería constituir un instrumento aparte o si habría que incorporarlo en una versión ampliada de la Ley Modelo, por ejemplo como nueva parte III de la Ley Modelo.

13. Si el Régimen Uniforme se prepara como instrumento aparte, se supone que tendrá que contener disposiciones acordes con el artículo 1 (Ámbito de aplicación), los incisos *a*), *b*) y *c*) del artículo 2 (Definiciones de “mensaje de datos”, “iniciador” y “destinatario”), y los artículos 3 (Interpretación), 7 (Firma) y 13 (Atribución de mensajes de datos) de la Ley Modelo. Aunque esos artículos no se reproducen en la presente nota, cabe observar que el proyecto de disposiciones del Régimen Uniforme ha sido preparado por la Secretaría basándose en el supuesto de que esas disposiciones formarían parte del Régimen Uniforme. Con respecto al ámbito de aplicación de este último, hay que tener presente que, según el artículo 1 de la Ley Modelo, las operaciones en que participen consumidores, por más que no sean objeto particular del Régimen Uniforme, no serían excluidas de su ámbito de aplicación a menos que la ley aplicable a las operaciones en que intervengan consumidores del Estado promulgante estén en conflicto con el Régimen Uniforme.

14. En cuanto a la cuestión de la autonomía de la voluntad de las partes, la mera referencia al artículo 4 (Modificación

mediante acuerdo) de la Ley Modelo no basta para obtener una solución satisfactoria en vista del hecho de que el artículo 4 establece una distinción entre las disposiciones de la Ley Modelo que pueden ser libremente modificadas por contrato y las que deben considerarse imperativas a menos que la modificación mediante acuerdo esté autorizada por la ley aplicable fuera de la Ley Modelo. Con respecto a las firmas electrónicas, la importancia práctica de las redes “cerradas” hace necesario prever un amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes. No obstante, posiblemente haya que tener también en cuenta las restricciones de orden público a la libertad contractual, incluidas las leyes que protegen a los consumidores de contratos de adhesión exorbitantes. El Grupo de Trabajo podría, pues, querer incluir en el Régimen Uniforme una disposición análoga al párrafo 1) del artículo 4 de la Ley Modelo al efecto de que, salvo disposición en contrario del Régimen Uniforme u otra ley aplicable, las firmas electrónicas y los certificados emitidos, recibidos o aceptados como válidos de conformidad con los procedimientos acordados entre las partes en una operación tienen la eficacia especificada en el acuerdo. Además, el Grupo de Trabajo podría examinar la posibilidad de establecer una regla de interpretación en el sentido de que, al determinar si un certificado, una firma electrónica o un mensaje de datos verificados con referencia a un certificado, es suficientemente fiable para un fin particular, han de tenerse en cuenta todos los acuerdos pertinentes entre las partes, la conducta observada entre ellas y los usos mercantiles pertinentes.

15. Además de las mencionadas disposiciones, el Grupo de Trabajo quizá desee ponderar si un preámbulo serviría para aclarar la finalidad del Régimen Uniforme, a saber, fomentar la eficiente utilización de la comunicación digital, creando un marco de seguridad y otorgando a los mensajes escritos y numéricos igual condición por lo que se refiere a su eficacia jurídica.

Capítulo II. Firmas electrónicas

Sección I. Firmas electrónicas en general

Artículo 1. Definiciones

Para los fines del presente Régimen:

a) Por “firma electrónica” se entenderá los datos en forma electrónica adjuntos a un mensaje de datos o lógicamente vinculados con él, y que [puedan utilizarse] se utilicen para [identificar al firmante del mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información contenida en el mensaje de datos] [satisfacer las condiciones del inciso *a*) del párrafo 1) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico];

b) Por “firma electrónica [segura] [refrendada]” se entenderá una firma electrónica que [se creó y que] [al tiempo en que se consignó] pueda verificarse mediante la aplicación de un procedimiento de seguridad o una combinación de procedimientos de seguridad que vele por que dicha firma electrónica:

i) Sea exclusiva del firmante [para la finalidad para la que] [dentro del contexto en el que] se consigne;

- ii) Se pueda utilizar para identificar objetivamente al firmante del mensaje de datos;
- iii) Fue creada y añadida al mensaje de datos por el firmante o utilizando un medio bajo el control exclusivo del firmante; [y]
- iv) Ha sido creada y está vinculada con el mensaje de datos a que se refiere de modo que, si el mensaje es alterado, quede revelada la alteración].

c) Variante A:

Por “firma numérica” se entenderá una firma electrónica creada mediante la transformación de un mensaje de datos utilizando una función que resuma mensajes, y codificando la transformación resultante con un sistema criptográfico asimétrico que use la clave privada del firmante, de forma que cualquier persona que tenga el mensaje de datos inicial no transformado, la transformación codificada y la clave pública correspondiente del firmante pueda determinar [exactamente]:

- i) Si la transformación se efectuó utilizando la clave privada que corresponde a la clave pública del firmante; y
- ii) Si el mensaje inicial de datos ha sido alterado desde que se efectuó la transformación.

Variante B:

Por “firma numérica” se entenderá una transformación criptográfica (que utilice una técnica de criptografía asimétrica) de la representación numérica de un mensaje de datos, de forma que cualquier persona que tenga el mensaje de datos y la clave pública correspondiente pueda determinar:

- i) Que la transformación se efectuó utilizando la clave privada correspondiente a la clave pública pertinente; y
- ii) Que el mensaje de datos no ha sido alterado después de la transformación criptográfica.

d) Por “autoridad certificadora” se entenderá toda persona o entidad que, en el desempeño de sus funciones, extienda certificados [de identificación] en relación con las claves criptográficas utilizadas a efectos de las firmas numéricas. [Esta definición está subordinada a toda norma legislativa aplicable que requiera que una autoridad certificadora esté en posesión de una licencia, o esté acreditada, u opere de la forma que se especifique en dicha norma.]

e) Por “certificado [de identificación]” se entenderá un mensaje de datos u otra constancia que haya emitido una autoridad certificadora con la intención de confirmar la identificación [u otra característica importante] de una persona o entidad que tiene en su poder un juego determinado de claves.

f) Por “certificado [seguro] [refrendado]” se entenderá un certificado [de identificación] emitido con objeto de refrendar firmas electrónicas [seguras] [refrendadas].

g) Por “declaración sobre prácticas de certificación” se entenderá una declaración publicada por una autoridad

certificadora en la que se especifiquen las prácticas que la autoridad certificadora emplee en la emisión y demás manipulaciones de certificados.

h) Por “firmante” se entenderá la persona que consigna, o en cuyo nombre se consigne, [una firma electrónica] [una serie de datos como firma electrónica].

Referencias

A/CN.9/446, párrs. 27-46 (proyecto de artículo 1), 62-70 (proyecto de artículo 4), 113-131 (proyecto de artículo 8), 132 y 133 (proyecto de artículo 9);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 16-27, 37 y 38, 50-57 y 58-60;

A/CN.9/437, párrs. 29-50 y 90-113 (proyectos de artículo A, B y C); y

A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 52-60.

Observaciones

Definiciones de “firma electrónica” y de “firma electrónica [segura] [refrendada]”

16. De conformidad con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 32.º período de sesiones (A/CN.9/446, párr. 30), la definición de “firma electrónica” remite al artículo 7 de la Ley Modelo. Según la decisión que se adopte respecto de la relación entre el Régimen Uniforme y la Ley Modelo, es posible que sea preciso indicar íntegramente las disposiciones del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 7 de la Ley Modelo.

17. La distinción entre una noción amplia de “firma electrónica” y una categoría menos amplia (denominada provisionalmente firma electrónica “segura” o “refrendada”) se ha mantenido a fin de poner de relieve las diferencias de naturaleza jurídica de los dos tipos de procedimientos. Por una parte, una amplia gama de técnicas de autenticación no especificadas (denominadas “firmas electrónicas”) podrían obtener reconocimiento jurídico como firma de significancia jurídica, siempre que cumplan las condiciones de fiabilidad que se indican en el inciso *b)* del párrafo 1) del artículo 7 de la Ley Modelo, que habría que establecer después de que se haya utilizado la firma electrónica y que, típicamente, requeriría la intervención de un juez, árbitro, u otro verificador de hechos. Por otra parte, algunas técnicas de autenticación, designadas mediante procedimientos administrativos para que las defina cada Estado promulgante o como resultado de acuerdo expreso entre las partes, gozarían de reconocimiento por anticipado como equivalente funcional de las firmas manuscritas.

Definición de “firma numérica”

18. La categoría de “firmas numéricas” no se define como subdivisión de las firmas electrónicas “refrendadas”. Esto es así para reflejar el hecho de que, aunque en la mayor parte de las situaciones las técnicas “numéricas” (recurriendo o sin recurrir a las autoridades certificadoras) se utilizarán para obtener los efectos jurídicos previstos para la categoría más “segura” de las firmas electrónicas, dichas técnicas también se pueden utilizar en un contexto menos específico. O sea

que la definición de “firma numérica” tiene por finalidad poner de relieve el carácter neutral del Régimen Uniforme.

Definición de “autoridad certificadora”

19. El Régimen Uniforme no enuncia ningún requisito que hayan de cumplir las autoridades certificadoras antes de que se les permita operar. Esta cuestión se examinó en el Grupo de Trabajo en períodos de sesiones anteriores y también se trata de ella en el proyecto de artículo 19. Si se considerase necesario proporcionar orientación a los Estados promulgantes, sea en el texto del Régimen Uniforme, sea en una guía para su incorporación al derecho interno, habrá que tener en cuenta el siguiente ejemplo de posible disposición:

Las autoridades certificadoras deberán:

- a) Ser suficientemente fiables para ofrecer servicios de certificación;
- b) Emplear personal que posea los conocimientos, la experiencia y las cualificaciones necesarios para los servicios ofrecidos;
- c) Utilizar sistemas fiables y equipo y programas de informática generalmente reconocidos que sean adecuados para el tipo de servicio y el grado de seguridad que se ofrecen;
- d) Poseer suficientes recursos financieros para operar de conformidad con [el presente Régimen];
- e) Conservar toda la información pertinente relativa a un certificado [seguro] [refrendado] durante un período apropiado de tiempo, en particular para estar en condiciones de brindar pruebas de la certificación en el contexto de una acción judicial. Esa conservación debe hacerse por medios electrónicos;
- f) Publicar todas las informaciones pertinentes relativas a la utilización adecuada y segura de servicios de certificación y establecer procedimientos para la solución de controversias y reclamaciones; y
- g) Publicar, con relación a los servicios disponibles para el público, toda la información pertinente relativa a los procedimientos seguidos y las prácticas aplicadas, los términos y las condiciones de los contratos, en particular las obligaciones que se asumen en materia de responsabilidad, así como los procedimientos de solución de controversias y reclamaciones que aplican; la publicación será accesible fácilmente y de forma apropiada.

Definiciones de “certificado [de identificación]” y de “certificado [seguro] [refrendado]”

20. Las definiciones de los incisos e) y f) se basan en la sugerencia hecha en el 32.º período de sesiones del Grupo de Trabajo de que se diferencien los casos en los que se utilizaron firmas numéricas a efectos de transacciones de comercio internacional con intención de firmar (es decir, de identificar al firmante y de vincular al firmante con la información que se firma), y otros usos de las firmas numéricas, por ejemplo para determinar el nivel de autoridad de una persona (“certificados de autoridad”) (A/CN.9/446, párr. 72). Aunque las disposiciones contenidas en el capítulo III del Régimen Uniforme tratan principalmente de las técnicas de firma numéri-

ca como medio de establecer una equivalencia predeterminada con las firmas manuscritas, el Grupo de Trabajo quizá desee examinar hasta qué punto se debe tratar de las técnicas de firma numérica en otros contextos. Si el Régimen Uniforme estima que las firmas numéricas son equivalentes a las firmas manuscritas, entonces quizá sea necesario distinguir entre “certificados”, “certificados de identificación” y “certificados [seguros] [refrendados]”. Cabe recordar que cualquier otro uso de firmas digitales que requieran un grado inferior de seguridad puede quedar abarcado también por las disposiciones generales del proyecto de artículo 2.

Artículo 2. Efectos de la firma electrónica

- 1) Por lo que se refiere a un mensaje de datos autenticado mediante una firma electrónica [que no sea una firma electrónica segura], la firma electrónica satisfará todos los requisitos jurídicos para una firma si la firma electrónica es tan fiable como procedente para la finalidad para la cual se consignó, a la luz de todas las circunstancias, incluido cualquier acuerdo que pueda existir sobre el particular.
- 2) El párrafo 1) se aplicará si los requisitos jurídicos mencionados en él revisten la forma de una obligación o si la ley prevé sencillamente las consecuencias en caso de falta de una firma.
- 3) A no ser que se disponga expresamente otra cosa en [el presente Régimen], las firmas electrónicas que no sean firmas electrónicas [seguras] [refrendadas] no quedarán sujetas a los reglamentos, normas o procedimientos de concesión de licencias establecidos por ... [las autoridades o los órganos especificados por el Estado que se mencionan en el artículo] o a las presunciones establecidas por los artículos 4, 5 y 6.
- 4) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Referencias

A/CN.9/446, párrs. 27-46 (proyecto de artículo 1).

Observaciones

21. La finalidad del proyecto de artículo 2 es tratar del efecto jurídico de las firmas electrónicas que no satisfacen los requisitos establecidos para el reconocimiento de su carácter “seguro” o “refrendado”. En consonancia con el mandato recibido de la Comisión y con opiniones expresadas en el 32.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/446, párrs. 4 y 45), la finalidad del proyecto de artículo era conseguir que el Reglamento Uniforme se atuviera al criterio de neutralidad respecto de los medios disponibles, dejar bien sentado que no estaba prohibida la utilización de técnicas de autenticación de bajo nivel de seguridad y prever el debido reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes, sin permitirles que hagan derogaciones respecto de las normas legislativas obligatorias relativas a las firmas. Los párrafos 1), 2) y 4) no hacen más que reiterar disposiciones ya contenidas en el artículo 7 de la Ley Modelo. El párrafo 3) trata de la distinción que ha de establecerse entre los efectos jurídicos de las firmas electrónicas en general, y los re-

sultantes de las técnicas de autenticación “seguras” o “refrendadas”.

Sección II. Firmas electrónicas [seguras] [refrendadas]

Artículo 3. Presunción de firma

- 1) Se presume que un mensaje de datos ha sido firmado [si] [a partir del momento en que] una firma electrónica [segura] [refrendada] ha sido consignada en el mensaje de datos.
- 2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Referencias

- A/CN.9/446, párrs. 47 y 48 (proyecto de artículo 2) y 49-61 (proyecto de artículo 3);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 28-36; y
A/CN.9/437, párrs. 43, 48 y 92.

Observaciones

22. El proyecto de artículo que crea la presunción de que un mensaje de datos ha de considerarse como “firmado” si está autenticado por una firma electrónica segura, se ha vuelto a redactar de conformidad con una opinión expresada en el 32.º período de sesiones, según la cual la relación entre la definición entre una firma electrónica segura y las presunciones dimanadas de la utilización de dicha firma electrónica segura tenían que esclarecerse (A/CN.9/446, párr. 34).

23. El Régimen Uniforme no contiene ninguna definición de “firma” y ninguna indicación de algún efecto jurídico específico correspondiente a dicha “firma”. Con arreglo al proyecto de artículo 3, el efecto jurídico de una firma ha de determinarse por referencia a la legislación nacional aparte del Régimen Uniforme.

Artículo 4. Presunción de atribución

- 1) Una firma electrónica [segura] [refrendada] se presumirá que es la de la persona que pretende haberla consignado, o en cuyo nombre se pretenda haberla consignado,

Variante A:

a menos que el presunto firmante establezca que la firma electrónica [segura] [refrendada] se consignó sin su autorización.

Variante B:

a menos que la parte que se fía de la firma establezca que el procedimiento de seguridad o la combinación de procedimientos de seguridad que se hayan utilizado para verificar la firma

a) Eran comercialmente razonables en las circunstancias del caso;

b) Los aplicó la parte que se fía de la firma en forma digna de confianza, y

c) Merecen la confianza de la parte que se fía de la firma razonablemente y de buena fe.

- 2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...]

Referencias

- A/CN.9/446, párrs. 49-61 (proyecto de artículo 3);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 33-36;
A/CN.9/437, párrs. 118-124 (proyecto de artículo E); y
A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 64 y 65.

Observaciones

24. La variante A trata de la atribución de una firma electrónica mediante la asignación de la carga de la prueba según lo sugerido en el 32.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/446, párr. 60). La variante B asigna la carga de la prueba a la parte que se fía de la firma.

Artículo 5. Presunción de integridad

- 1) Si el presunto firmante ha utilizado un procedimiento de seguridad que puede brindar la prueba [fiable] de que un mensaje de datos o una firma [electrónica] [electrónica [segura] [refrendada]] consignada en él no ha sido modificado desde el momento en que el procedimiento de seguridad se aplicó al mensaje de datos o a la firma, entonces se presumirá [, en ausencia de toda prueba de lo contrario,] que el mensaje de datos o la firma no han sido modificados.
- 2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Referencias

- A/CN.9/446, párrs. 47 y 48 (proyecto de artículo 2);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 28-32; y
A/CN.9/437, párrs. 43, 48 y 92.

Observaciones

25. El anterior proyecto de Régimen Uniforme se refería a la verificación de la integridad del mensaje de datos como elemento de la definición de “firma electrónica segura”. Se ha indicado a la atención de la Secretaría que la verificación de la integridad del mensaje de datos podía llevarse a cabo mediante procedimientos separados. Además, cabe pensar que algunas técnicas de autenticación conseguirían el alto nivel de seguridad requerido en la definición de firmas electrónicas “refrendadas” sin necesidad de verificar la integridad del mensaje de datos.

26. Si el Grupo de Trabajo lo considera más apropiado, las disposiciones de los proyectos de artículo 3, 4 y 5 se pueden redactar de nuevo para establecer efectos jurídicos en vez de presunciones.

Artículo 6. Predeterminación de la firma electrónica [segura] [refrendada]

- 1) Un procedimiento de seguridad o una combinación de procedimientos de seguridad satisfará los requisitos

que se exigen de una firma electrónica [segura] [refrendada] si así lo declara ... [el órgano o la autoridad que haya designado el Estado promulgador como competente para formular esa declaración ...].

2) Entre la persona que firme un mensaje de datos y cualquier otra persona que se fíe del mensaje firmado, se considerará que un procedimiento de seguridad o una combinación de procedimientos de seguridad cumplen los requisitos de una firma electrónica [segura] [refrendada] si así lo acuerdan expresamente las partes.

3) Lo dispuesto en el párrafo 2) no será aplicable a: [...].

Referencias

A/CN.9/446, párrs. 37-45 (proyecto de artículo 1); y

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párr. 27.

Observaciones

27. Al contrario que las “firmas electrónicas” no cualificadas de que se trata en el proyecto de artículo 2, las firmas electrónicas [seguras] [refrendadas] previstas en el proyecto de artículo 6 ofrecen la ventaja de que, sea mediante el cumplimiento de las normas aplicables, sea mediante contrato, las partes comerciales pueden estar ciertas de los efectos jurídicos de una técnica determinada de firma antes de utilizar dicha técnica. El Grupo de Trabajo quizá desee examinar si las limitaciones de la autonomía de la voluntad de las partes a ese respecto se debe tratar en el Régimen Uniforme o si se debe dejar sencillamente que la legislación nacional se ocupe de la cuestión con arreglo al párrafo 3) (véase el párrafo 14, *supra*).

Artículo 7. Responsabilidad respecto de la firma electrónica [segura] [refrendada]

Variante A:

Cuando la firma electrónica [segura] [refrendada] no haya sido autorizada y el supuesto firmante no haya ejercido una diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de su firma y para impedir que el destinatario confíe en ella, el supuesto firmante será responsable [de pagar daños y perjuicios para compensar a la parte que se fíe de la firma] de los daños causados, a menos que la parte confiante supiera o hubiera debido saber que la firma no era la del supuesto firmante.

Variante B:

Cuando la firma electrónica [segura] [refrendada] no haya sido autorizada y el supuesto firmante no haya ejercido una diligencia razonable para impedir la utilización no autorizada de su firma y para evitar que el destinatario confíe en ella, se considerará que la firma es la del supuesto firmante a menos que la parte confiante supiera o hubiera debido saber que la firma no era la del supuesto firmante.

Referencias

A/CN.9/446, párrs. 49-61 (proyecto de artículo 3);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 33-36;

A/CN.9/437, párrs. 118-124 (proyecto de artículo E); y

A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 64 y 65.

Observaciones

28. En su 32.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo deliberó sobre si el Régimen Uniforme debía tratar únicamente de la atribución de firmas electrónicas seguras (o de firmas numéricas) o si debía ocuparse también de la cuestión de la responsabilidad del supuesto firmante respecto de las partes que se fían de la firma. Se recalcó que, al establecer el vínculo entre la firma electrónica y el supuesto firmante, el Régimen Uniforme debía crear también un incentivo para la utilización de firmas numéricas atribuyendo apropiadamente la responsabilidad por las pérdidas originadas a la parte confiante debido a que el supuesto firmante no ejerció una diligencia razonable ni evitó la utilización no autorizada de su firma (A/CN.9/446, párr. 51).

29. El Grupo de Trabajo quizá desee examinar el vínculo entre el Régimen Uniforme y el artículo 13 de la Ley Modelo. Mientras que el artículo 13 de la Ley Modelo trata de la atribución del mensaje de datos, la cuestión de la atribución de una firma electrónica se trata en la definición de “firma electrónica [segura] [refrendada]” y en el proyecto de artículo 4.

30. La variante A limita la responsabilidad del supuesto firmante a los daños probados por la parte que se fía de la firma, que se pueden estimar sobre una base contractual o según los daños sufridos, según las circunstancias. La variante B estipula que el supuesto firmante es responsable del contenido del mensaje de datos.

Sección III. Firmas numéricas respaldadas por certificados

Artículo 8. Contenido del certificado [seguro] [refrendado]

Para los fines del presente Régimen Uniforme, un certificado [seguro] [refrendado], por lo menos:

- a) Identificará la autoridad certificadora que lo emita;
- b) Nombrará o identificará al [firmante] [titular del certificado] o un dispositivo o agente electrónico bajo control [del firmante] [del titular del certificado] [de esa persona];
- c) Contendrá una clave pública que corresponda a una clave privada del [firmante] [titular del certificado];
- d) Especificará el período de vigencia del certificado;
- e) Estará firmado numéricamente o, en otro caso, estará asegurado por la autoridad certificadora que lo emita;
- f) Especificará las restricciones, si las hubiere, respecto del ámbito de utilización de la clave pública; [y]
- g) Identificará el algoritmo que haya de aplicarse.

Referencias

A/CN.9/446, párrs. 113-131 (proyecto de artículo 8);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 50-57;

A/CN.9/437, párrs. 98-113 (proyecto de artículo C); y
A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 18-45 y 59 y 60.

Observaciones

31. En su 32.º período de sesiones el Grupo de Trabajo no decidió si, como cuestión de redacción, el Régimen Uniforme debía referirse al “titular del certificado” o indicar específicamente que el titular debería ser una “persona”. Con el propósito de facilitar la comprensión del texto del Régimen Uniforme, se ha utilizado sistemáticamente el término “firmante”, mientras que la palabra “titular” se ha mantenido también a efectos de comparación. Aunque el Régimen Uniforme puede acomodar una referencia a la noción de “persona”, se necesitaría una nueva y extensa labor de redacción para evitar toda ambigüedad en cuanto a la persona que se quiere incluir. La definición de “firmante” en el proyecto de inciso h) del artículo 1 indica que el firmante ha de ser una “persona”.

Artículo 9. Efectos de las firmas numéricas respaldadas por certificados

1) Por lo que se refiere a la totalidad o a parte de un mensaje de datos, cuando el iniciador esté identificado por una firma numérica, se considera que la firma numérica [es una firma electrónica [segura] [refrendada]] [satisface las condiciones del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico] si:

a) La firma numérica fue creada con seguridad durante el período de vigencia de un certificado válido y ha sido verificada con seguridad por referencia a la clave pública enunciada en el certificado; y

b) El certificado vincula una clave pública con la identidad [de una persona] [del firmante] debido a que:

- i) El certificado fue emitido por una autoridad certificadora licenciada por ... [el Estado promulgante especifica el órgano o la autoridad competente para licenciar a las autoridades certificadoras y promulgar reglamentos para el funcionamiento de las autoridades certificadoras licenciadas]; o
- ii) El certificado fue emitido por una autoridad certificadora acreditada por un órgano responsable de la acreditación que aplique normas comercialmente apropiadas e internacionalmente reconocidas relativas a la fiabilidad de la tecnología, las prácticas y otras características pertinentes de la autoridad certificadora. Una lista no exclusiva de órganos o normas que cumplen con lo dispuesto en el presente párrafo podrá ser publicada por ... [el Estado promulgante especifica el órgano o la autoridad competente para establecer normas reconocidas sobre el funcionamiento de las autoridades certificadoras licenciadas]; o
- iii) El certificado fue de alguna otra manera emitido de conformidad con normas comercialmente apropiadas e internacionalmente reconocidas[.] [; o]

[iv) Hay pruebas suficientes que indiquen que el certificado vincula [con exactitud] la clave pública con la identidad [del titular] [del firmante.]]

[2) Si un mensaje de datos está firmado con una firma numérica [creada durante el período de vigencia de un certificado] que no satisface los requisitos contenidos en el párrafo 1), la firma numérica se considerará como firma electrónica [segura] [refrendada] si hay pruebas suficientes que indiquen que [el certificado] vincula con exactitud la clave pública con la identidad del [firmante] [titular del certificado].]

3) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Referencias

A/CN.9/446, párrs. 71-84 (proyecto de artículo 5);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 39-44; y

A/CN.9/437, párrs. 43, 48 y 92.

Observaciones

32. Las palabras iniciales del párrafo 1) reflejan la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 32.º período de sesiones (A/CN.9/446, párr. 76).

33. Si se consignan debidamente, las firmas numéricas deben constituir firmas electrónicas seguras. Ahora bien, una cosa es determinar si una firma numérica se ha consignado de forma que pueda establecer su condición de firma segura. No todas las firmas numéricas verificables por referencia a un certificado son firmas seguras, especialmente cuando hay incertidumbre acerca de si la identificación o autenticación del firmante o la clave pública son exactas. Los factores primarios que determinan si una firma numérica es segura son los siguientes: 1) si la autoridad certificadora ha identificado correctamente al firmante; 2) si la autoridad certificadora ha autenticado correctamente la clave pública del firmante; 3) si la clave privada del firmante se ha visto expuesta, y 4) si el proceso es fidedigno (por ejemplo, si el algoritmo de la clave pública y la longitud de la clave utilizada son apropiados).

34. El párrafo 1) enuncia dos criterios básicos para determinar si una firma numérica se justifica como firma electrónica segura. El primero requiere que la firma se cree durante el período de vigencia de un certificado válido y haya sido verificada con referencia a la clave pública enunciada en el certificado. El período de vigencia del certificado comienza normalmente en el momento de su emisión y termina en cuanto se produce su expiración, su revocación o su suspensión.

35. El segundo paso entraña que se tenga la seguridad de que el propio certificado identifica correctamente a una persona como firmante en relación con una clave privada correspondiente a la clave pública especificada en el certificado. La fiabilidad del certificado puede evaluarse con referencia a las normas, los procedimientos y demás requisitos establecidos por las autoridades reconocidas del Estado promulgante. Esas normas pueden probarse mediante la acreditación de las autoridades certificadoras por terceros o la licencia voluntaria de las autoridades certificadoras o reque-

rir de algún otro modo el cumplimiento de las reglas adoptadas por el Estado promulgante.

36. Otra posibilidad es que, conforme al párrafo 2), cuando un tribunal u otra autoridad encargada de averiguar los hechos determina, como hecho probado, que la información contenida en el certificado es en efecto verdadera, la fiabilidad del certificado resulte obvia. Ahora bien, en esta etapa esa autoridad tendrá que determinar caso por caso si el certificado fue emitido por una autoridad certificadora que identificó al titular y autenticó su clave pública correctamente.

37. Consecuente con el “criterio dual” adoptado por el Grupo de Trabajo, el proyecto de artículo 9 tiene por finalidad ofrecer la máxima latitud posible para hacer la determinación de la fiabilidad de un certificado emitido por una autoridad certificadora. Esta flexibilidad es de particular importancia en vista de que la utilización de firmas numéricas es una novedad y de que los modelos para su uso, así como su reglamentación, no han sido aún plenamente desarrollados. Importa, por consiguiente, facilitar una utilización cada vez mayor de las firmas numéricas en el comercio electrónico, estableciendo al mismo tiempo las normas necesarias para efectuar una determinación presunta de la fiabilidad de un mensaje firmado numéricamente.

38. Es importante también observar que, mientras una de las opciones expuestas en el proyecto de artículo 9 entraña una determinación judicial de la exactitud del certificado, la otra opción da por supuesta esa exactitud cuando el certificado fue emitido por una autoridad certificadora acreditada por el Estado promulgante o cuando de algún otro modo satisface ciertas normas establecidas por dicho Estado. En ese caso, no se precisa una conclusión judicial de exactitud para merecer la condición de firma electrónica segura. La segunda opción puede ser útil a las personas que se dedican al comercio electrónico que deseen saber, antes de actuar confiando en una comunicación, si la acción consiguiente goza de ejecutoriedad. Sin embargo, la presunción de exactitud puede ser destruida demostrando que un certificado emitido por esa autoridad certificadora no es, en realidad, ni exacto ni fidedigno (A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 39-44).

Capítulo III. Autoridades certificadoras y cuestiones conexas

Artículo 10. Declaración al emitir un certificado

1) Al emitir un certificado, la autoridad certificadora declara [a toda persona que razonablemente se fíe de él] que:

a) La autoridad certificadora ha cumplido todos los requisitos aplicables [del presente Régimen];

b) Toda la información que figura en el certificado es exacta en la fecha en que se emitió, [a menos que la autoridad certificadora haya declarado en el certificado que la exactitud de la información especificada no ha sido confirmada];

c) Por lo que le consta a la autoridad certificadora, no hay hechos materiales conocidos que se hayan omitido del certificado y que podrían perjudicar la fiabilidad de la información que figura en el certificado; y

d) Si la autoridad certificadora ha publicado una declaración sobre prácticas de certificación, el certificado ha

sido emitido por la autoridad certificadora de conformidad con dicha declaración sobre prácticas de certificación.]

2) Al emitir un certificado [seguro] [refrendado], la autoridad certificadora formula las siguientes declaraciones adicionales respecto del [firmante] [titular] identificado en el certificado [a toda persona que razonablemente se fíe del certificado]:

a) Que la clave pública y la clave privada del [firmante] [titular] identificado en el certificado funcionan a modo de juego conjunto; y

b) Que en el momento de emitir el certificado, la clave privada es:

i) La del [firmante] [titular] identificado en el certificado; y

ii) Corresponde a la clave pública indicada en el certificado.

Referencias

A/CN.9/446, párrs. 134-145 (proyecto de artículo 10);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 61-63;

A/CN.9/437, párrs. 51-73 (proyecto de artículo H); y

A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 70-72.

Observaciones

39. El proyecto de artículo 10 se basa en una distinción entre certificados [seguros] [refrendados] y una categoría más amplia de certificados. Según la decisión que adopte el Grupo de Trabajo acerca de la medida en que el Régimen Uniforme debe tratar de las firmas numéricas que se utilicen para fines diferentes del establecimiento de una equivalencia predeterminada respecto de firmas manuscritas, quizá no sea necesaria esa distinción (véase el párrafo 20, *supra*).

Artículo 11. Responsabilidad contractual

Variante A:

1) Entre una autoridad certificadora que emite un certificado y el titular de ese certificado [o toda otra parte que se fíe de la firma y esté ligada con la autoridad certificadora por una relación contractual], los derechos y las obligaciones de las partes [y sus eventuales limitaciones] quedarán determinados por el acuerdo celebrado entre las partes [sujeto a la ley aplicable].

[2] Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10, la autoridad certificadora podrá, mediante acuerdo, eximirse de la responsabilidad por cualquier pérdida [producida por la confianza en el certificado] [causada por defectos en la información indicada en el certificado, averías técnicas o circunstancias análogas. No obstante, la cláusula que limite o excluya la responsabilidad de la autoridad certificadora no podrá ser invocada cuando la exclusión o la limitación de la responsabilidad contractual falte gravemente a la equidad, habida cuenta de la finalidad del contrato].]

[3] La autoridad certificadora no estará facultada para limitar su responsabilidad cuando se pruebe que la pérdi-

da fue consecuencia de un acto o una omisión de esa autoridad certificadora con la intención de causar un daño o de forma temeraria y con conocimiento de que probablemente se ocasionaría un daño.]

Variante B:

De conformidad con la ley aplicable, los derechos y las obligaciones de una autoridad certificadora, de un [firmante] [titular] identificado en el certificado, y de cualquier otra parte se regirán por el acuerdo o los acuerdos celebrados entre esas partes en la medida en que el acuerdo o los acuerdos traten de esos derechos y obligaciones y de sus eventuales limitaciones.

Variante C:

Cuando haya celebrado acuerdos la autoridad certificadora, un [firmante] [titular] identificado en un certificado, o cualquier otra parte, los derechos y las obligaciones de esas partes y sus eventuales limitaciones de que se trate en los acuerdos, se regirán por los acuerdos de conformidad con la ley aplicable y en la medida en que dicha ley lo permita.

Referencias

- A/CN.9/446, párrs. 146-154 (proyecto de artículo 11);
 A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 64 y 65;
 A/CN.9/437, párrs. 51-73 (proyecto de artículo H); y
 A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 70-72.

Observaciones

40. Antes de examinar las variantes propuestas para el texto del proyecto de artículo 11, el Grupo de Trabajo quizá desee examinar la cuestión de si debía mantenerse en el Régimen Uniforme el proyecto de artículo 11. En el 32.º período de sesiones del Grupo de Trabajo se declaró que el proyecto de artículo trataba de cuestiones que sería más adecuado que estuvieran reguladas por el contrato y la ley aplicable. En particular, se observó que quizá no fuera necesario reiterar el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, del que ya se había tratado en el artículo 4 de la Ley Modelo, y que otras cuestiones de que se trataba en el proyecto de artículo interferían con la ley nacional en asuntos tal vez no susceptibles de unificación. Si bien se estimó que era una opción aceptable dejar que la responsabilidad contractual se rigiera por el contrato y por la ley aplicable fuera del ámbito del Régimen Uniforme, prevaleció el criterio de que merecía la pena intentar lograr cierto grado de unificación en esta importante cuestión (A/CN.9/446, párr. 148).

Artículo 12. Responsabilidad de la entidad certificadora frente a las partes que se fían de los certificados

- 1) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2), cuando una autoridad certificadora emita un certificado se la tendrá por responsable ante toda persona que razonablemente se fie del certificado por:
- a) Los errores en el certificado, salvo que una autoridad certificadora demuestre que ella o sus representantes

adoptaron [todas] las medidas [razonables] [comercialmente razonables] [que eran procedentes para la finalidad para la que se emitió el certificado, a la luz de todas las circunstancias] para evitar errores en el certificado;

b) No haber registrado la revocación del certificado, salvo que la autoridad certificadora demuestre que ella o sus representantes adoptaron [todas] las medidas [razonables] [comercialmente razonables] [que eran procedentes para la finalidad para la que se emitió el certificado, a la luz de todas las circunstancias] para registrar prontamente la revocación al serles notificada la revocación [; y

c) Las consecuencias de no aplicar:

- i) Un procedimiento enunciado en la declaración sobre prácticas de certificación publicada por la autoridad certificadora; o
- ii) Un procedimiento enunciado en la ley aplicable].

2) La confianza en un certificado no será razonable en la medida en que sea contraria a la información contenida [o incorporada por remisión] en el certificado [o en una lista de revocación] [o en la información sobre la revocación]. [La confianza no será razonable, en particular, cuando:

- a) Sea contraria a la finalidad para la que se emitió el certificado;
- b) Exceda del valor para el que es válido el certificado; o
- c) [...].]

Referencias

- A/CN.9/446, párrs. 155-173 (proyecto de artículo 12);
 A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 66 y 67;
 A/CN.9/437, párrs. 51-73 (proyecto de artículo H); y
 A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 70-72.

Observaciones

41. El proyecto de artículo 12 refleja la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 32.º período de sesiones (A/CN.9/446, párr. 173). En ese período de sesiones se expresó la opinión de que el proyecto de artículo 12 sólo debía aplicarse a las autoridades certificadoras que emitiesen certificados de identificación.

Observación general relativa a los proyectos de artículo 13 a 16

42. En su anterior período de sesiones, por falta de tiempo el Grupo de Trabajo decidió aplazar su examen de los proyectos de artículo 13 a 16 hasta un futuro período de sesiones (A/CN.9/446, párr. 174). Salvo cambios editoriales, encaminados principalmente a lograr la compatibilidad de las diversas disposiciones incluidas en el texto revisado del Régimen Uniforme, el texto de los proyectos de artículo 13 a 16 del presente documento es sustancialmente idéntico al texto de esos artículos que figura en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.73.

Artículo 13. *Revocación de certificados*

1) Durante el período de vigencia de un certificado, la autoridad certificadora que emitió el certificado deberá revocarlo de conformidad con las políticas y los procedimientos que rijan la revocación especificados en la declaración sobre prácticas de certificación aplicable o, a falta de tales políticas y procedimientos, prontamente al:

a) Recibir una solicitud de revocación del [firmante] [titular] identificado en el certificado y confirmación de que la persona que solicita la revocación es el [legítimo] [firmante] [titular], o es un mandatario del [firmante] [titular] facultado para solicitar la revocación;

b) Recibir pruebas fidedignas del fallecimiento del [firmante] [titular] si el [firmante] [titular] es una persona física; o

c) Recibir pruebas fidedignas de que el [firmante] [titular] ha sido disuelto o ha dejado de existir, si el [firmante] [titular] es una persona jurídica.

2) El [firmante] [titular] de un juego de claves certificado estará obligado a hacer revocar, o a pedir que se revoque, el certificado correspondiente si llega a conocimiento del [firmante] [titular] que la clave privada se ha perdido, o corre peligro o está expuesta a ser de algún modo indebidamente utilizada. El [firmante] [titular] que, llegada esa situación, no haga revocar, o no pida que se revoque, el certificado será responsable respecto de cualquier persona que se haya fiado del contenido de un mensaje por no haber cumplido el [firmante] [titular] con su obligación de revocar el certificado.

3) Independientemente de que el [firmante] [titular] identificado en el certificado consienta en la revocación, la autoridad certificadora que emitió un certificado deberá revocar el certificado prontamente al tener conocimiento de que:

a) Un hecho material indicado en el certificado es falso;

b) La clave privada de la autoridad certificadora o su sistema de información estuvo expuesto de manera que afectaba a la fiabilidad del certificado; o

c) La clave privada o el sistema de información del [firmante] [titular] estuvo expuesto.

4) Al efectuar la revocación de un certificado conforme a lo dispuesto en el párrafo 3), la autoridad certificadora deberá notificar al [firmante] [titular] y a las partes que se fían del certificado de conformidad con las políticas y los procedimientos que rijan la notificación de revocación especificada en la declaración sobre prácticas de certificación aplicable o, a falta de tales políticas y procedimientos, deberá notificar prontamente al [firmante] [titular] y publicar prontamente un aviso de la revocación si el certificado se publicó, y, en general, revelar el hecho de la revocación a la parte que se fío del certificado que consulte al respecto.

5) [Entre el [firmante] [titular] y la autoridad certificadora,] la revocación será efectiva desde el momento en que sea [recibida] [registrada] por la autoridad certificadora.

[6) Entre la autoridad certificadora y toda otra parte que se fíe del certificado, la revocación será efectiva desde el momento en que sea [registrada] [publicada] por la autoridad certificadora.]

Referencias

A/CN.9/446, párr. 174 (proyecto de artículo 13);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párr. 68;

A/CN.9/437, párrs. 125-139 (proyecto de artículo F); y

A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 66 y 67.

Observaciones

43. El proyecto de artículo 13 tiene por objeto reflejar las diversas opiniones expresadas en el 31.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, estipulando una norma supletoria que rija la revocación de certificados. No obstante, en cualquier momento una autoridad certificadora puede evitar la norma supletoria estableciendo procedimientos aplicables a la revocación en su declaración sobre prácticas de certificación y ateniéndose a esos procedimientos. En cuanto al momento en que la revocación sea efectiva, el Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si hay que establecer una distinción entre la situación del firmante y la de las demás partes que se fían del certificado (A/CN.9/437, párr. 130).

Artículo 14. *Suspensión de certificados*

Durante el período de vigencia de un certificado, la autoridad certificadora que lo emitió deberá suspenderlo de conformidad con las políticas y los procedimientos que rijan la suspensión especificados en la declaración sobre prácticas de certificación aplicable o, a falta de tales políticas y procedimientos, prontamente al recibir una solicitud en ese sentido de una persona que la autoridad certificadora crea razonablemente que es el [firmante] [titular] indicado en el certificado o una persona autorizada para actuar en nombre de ese [firmante] [titular].

Referencias

A/CN.9/446, párr. 174 (proyecto de artículo 14);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párr. 69; y

A/CN.9/437, párrs. 133-135 (proyecto de artículo F).

Observaciones

44. En su 31.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que el Régimen Uniforme contuviera una disposición sobre suspensión de certificados (A/CN.9/437, párrs. 133 y 134). En cuanto al momento de la efectividad de la suspensión, el Grupo de Trabajo quizá quiera decidir si hay que añadir disposiciones análogas a los párrafos 4) y 5) del proyecto de artículo 13.

Artículo 15. *Registro de certificados*

1) Toda autoridad certificadora deberá llevar un registro electrónico de certificados emitidos, al que tenga acceso

el público, que indique la fecha de expiración de cada certificado o la fecha en que fue suspendido o revocado.

2) La autoridad certificadora deberá conservar esa inscripción en su registro

Variante A:

por lo menos durante [30] [10] [5] años

Variante B:

durante ... [el Estado promulgante especifica el plazo durante el cual debe mantenerse en el registro la información pertinente]

siguientes a la fecha de revocación o de expiración del período de vigencia de todo certificado emitido por esa autoridad certificadora.

Variante C:

de conformidad con las políticas y los procedimientos especificados por la autoridad certificadora en la declaración sobre prácticas de certificación aplicable.

Referencias

A/CN.9/446, párr. 174 (proyecto de artículo 15);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 70 y 71;

A/CN.9/437, párrs. 140-148 (proyecto de artículo G); y

A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 68 y 69.

Observaciones

45. En el 31.º período de sesiones del Grupo de Trabajo no se planteó ninguna objeción de principio contra la inclusión en el Régimen Uniforme de una disposición sobre el registro de certificados (A/CN.9/437, párr. 142). Cabe considerar el correcto mantenimiento de un registro ampliamente accesible (denominado a veces “depósito”) que comprenda, en particular, una lista de revocaciones de certificados (LRC), como importante elemento para comprobar la fiabilidad de las firmas numéricas. Al estudiar de qué manera las autoridades certificadoras deberían llevar esos registros y la LRC, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si las partes que se fían del certificado han de estar obligadas a verificar la situación del certificado consultando el registro o la LRC pertinentes antes de poderse fiar de la validez del certificado.

46. En términos más generales, el Grupo de Trabajo posiblemente quiera examinar si el Régimen Uniforme, al establecer normas mínimas para el funcionamiento de las autoridades certificadoras, tendría que ocuparse además de los derechos y las obligaciones de las partes que se fían de los certificados.

Artículo 16. *Relaciones entre las partes que se fían de los certificados y las autoridades certificadoras*

[1] La autoridad certificadora sólo podrá pedir los datos que necesite para identificar al [firmante] [titular del certificado].

2) Cuando se pida, la autoridad certificadora dará a conocer los datos siguientes:

a) Las condiciones para la utilización del certificado;

b) Las condiciones a que está sujeto el empleo de una firma numérica;

c) Las tarifas de los servicios de la autoridad certificadora;

d) La política o las prácticas de la autoridad certificadora con respecto a la utilización, el archivo y la comunicación de datos personales;

e) Los requisitos técnicos de la autoridad certificadora con relación al equipo de comunicaciones que han de utilizar las partes que se fían de los certificados;

f) Las condiciones en que la autoridad certificadora envía advertencias a las partes que se fían de los certificados en caso de irregularidades o defectos de funcionamiento del equipo de comunicaciones;

g) Toda limitación de la responsabilidad de la autoridad certificadora;

h) Toda restricción impuesta por la autoridad certificadora respecto de la utilización del certificado; e

i) Las condiciones en las que el [firmante] [titular] tiene derecho a imponer restricciones respecto de la utilización del certificado.

3) La información indicada en el párrafo 1) se entregará al [posible] [firmante] [titular] antes de la concertación de un acuerdo final de certificación. Esta información podrá ser entregada por la autoridad certificadora en forma de declaración sobre prácticas de certificación.

4) Con un preaviso [de un mes], el [firmante] [titular] podrá dar por terminado el acuerdo de vinculación con la autoridad certificadora. Este preaviso surtirá efecto al ser recibido por la autoridad certificadora.

5) Con un preaviso [de tres meses], la autoridad certificadora podrá dar por terminado ese mismo acuerdo. Este preaviso surtirá efecto desde el momento de su recepción.]

Referencias

A/CN.9/446, párr. 174 (proyecto de artículo 16);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párr. 72;

A/CN.9/437, párrs. 149 y 150 (proyecto de artículo J); y

A/CN.9/WG.IV/WP.71, párr. 76.

Observaciones

47. En su 31.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que los diversos elementos enumerados en el proyecto de artículo 15 debían ponerse entre corchetes, para que el Grupo de Trabajo los examinara en una etapa posterior (A/CN.9/437, párr. 150).

Capítulo IV. Firmas electrónicas extranjeras

Artículo 17. *Prestación de servicios por autoridades certificadoras extranjeras*

1) *Variante A:* Las [personas] [entidades] extranjeras podrán establecerse como autoridades certificadoras locales o prestar servicios de certificación desde otro país sin

un establecimiento local si satisfacen las mismas normas objetivas [y aplican los mismos procedimientos] que las entidades y personas nacionales que puedan convertirse en autoridades certificadoras.

Variante B: A reserva de lo dispuesto en las leyes del Estado promulgante, las [personas] [entidades] extranjeras podrán:

a) Establecerse como autoridades certificadoras locales; o

b) Prestar servicios de certificación sin un establecimiento local si satisfacen las mismas normas objetivas y aplican los mismos procedimientos que las entidades y personas nacionales que puedan convertirse en autoridades certificadoras.

Variante C: No se negará a las [personas] [entidades] extranjeras el derecho a establecerse localmente o a prestar servicios de certificación únicamente por el solo hecho de que sean extranjeras si satisfacen las mismas normas objetivas [y aplican los mismos procedimientos] que las entidades o personas nacionales que puedan convertirse en autoridades certificadoras.

[2] *Variante X:* La norma formulada en el párrafo 1) no será aplicable a: [...].

Variante Y: Podrán hacerse excepciones a la norma formulada en el párrafo 1) en la medida en que lo requiera la seguridad nacional.]

Referencias

- A/CN.9/446, párrs. 175-188 (proyecto de artículo 17);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, párr. 73;
A/CN.9/437, párrs. 74-89 (proyecto de artículo I); y
A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 73-75.

Observaciones

48. Al permitir que entidades extranjeras puedan establecerse como autoridades certificadoras, el proyecto de artículo 17 afirma el principio de que no se debe discriminar contra las entidades extranjeras si satisfacen las mismas normas que las autoridades certificadoras nacionales. Aunque este principio pueda ser generalmente aceptado, tal vez sea particularmente pertinente expresarlo con respecto a las autoridades certificadoras, ya que cabe esperar que éstas funcionen sin tener necesariamente un establecimiento u otra presencia física en el país en el que operen.

Artículo 18. *Homologación de certificados extranjeros por autoridades certificadoras nacionales*

Variante A: Los certificados emitidos por autoridades certificadoras extranjeras podrán ser utilizados para los fines de una firma numérica en las mismas condiciones que los certificados sujetos al presente Régimen, de ser reconocidos por una autoridad certificadora que funcione conforme a ... [la ley del Estado promulgante], y de garantizar esta autoridad, en la misma medida que respecto de sus propios certificados, la regularidad de los detalles del certificado, así como su validez y vigencia.

Variante B: Los certificados emitidos por autoridades certificadoras extranjeras podrán ser utilizados para los fines de una firma numérica en las mismas condiciones que los certificados sujetos al presente Régimen siempre que exista la correspondiente garantía emitida por una autoridad certificadora que funcione conforme a ... [la ley del Estado promulgante].

Referencias

- A/CN.9/446, párrs. 189-195 (proyecto de artículo 18);
A/CN.9/WG.IV/WP.73, párr. 74;
A/CN.9/437, párrs. 74-89 (proyecto de artículo I); y
A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 73-75.

Observaciones

49. El proyecto de artículo 18 habilita a las autoridades certificadoras nacionales para garantizar, en la misma medida que respecto de sus propios certificados, la regularidad de los detalles del certificado extranjero, y para garantizar que el certificado extranjero tiene validez y vigencia. Se refiere a los asuntos denominados “certificación recíproca” en el 31.º período de sesiones del Grupo de Trabajo. El proyecto de artículo 18 contiene en sustancia una disposición sobre la asignación de la responsabilidad a la autoridad certificadora nacional en caso de que el certificado extranjero resulte defectuoso (A/CN.9/437, párrs. 77 y 78).

Artículo 19. *Reconocimiento de certificados extranjeros*

Variante A:

1) *Variante X:* No podrá privarse a los certificados emitidos por autoridades certificadoras extranjeras del mismo reconocimiento que los certificados emitidos por autoridades certificadoras nacionales en razón de haber sido emitidos por autoridades certificadoras extranjeras.

Variante Y: Los certificados emitidos por una autoridad certificadora extranjera se reconocerán como jurídicamente equivalentes a los emitidos por las autoridades certificadoras que funcionen conforme a ... [la ley del Estado promulgante] cuando las prácticas de la autoridad certificadora extranjera ofrezcan un grado de fiabilidad por lo menos equivalente al requerido por las autoridades certificadoras de conformidad con el presente Régimen. [Este reconocimiento podrá hacerse mediante una determinación publicada del Estado o mediante un acuerdo bilateral o multilateral entre los Estados interesados.]

2) Las firmas y las constancias que cumplan con las leyes de otro Estado relativas a las firmas numéricas u otras firmas electrónicas se reconocerán como jurídicamente equivalentes a las firmas y constancias que cumplan con el presente Régimen cuando las leyes del otro Estado requieran un grado de fiabilidad por lo menos equivalente al requerido para esas constancias y firmas conforme a ... [la ley del Estado promulgante]. [Este reconocimiento podrá hacerse mediante una determinación publicada del Estado o mediante un acuerdo bilateral o multilateral con otros Estados.]

2)[3] Las firmas numéricas verificadas con referencia a un certificado emitido por una autoridad certificadora ex-

trajera [tendrán] [no serán privadas de tener] eficacia [por parte de los tribunales y otras autoridades encargadas de averiguar los hechos] cuando el certificado sea tan fiable como corresponda a la finalidad para la cual se emitió, a la luz de todas las circunstancias.

3)[4] Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, los órganos públicos y las partes en transacciones comerciales y de otro tipo podrán hacer constar que se debe utilizar una determinada autoridad certificadora, clase de autoridades certificadoras o clase de certificados en relación con los mensajes o las firmas presentados a esos órganos.

Variante B:

1) Los certificados emitidos por una autoridad certificadora extranjera se reconocerán como jurídicamente equivalentes a los certificados emitidos por las autoridades certificadoras que funcionen conforme a ... [la ley del Estado promulgante] cuando las prácticas de la autoridad certificadora extranjera ofrezcan un grado de fiabilidad por lo menos equivalente al requerido de las autoridades certificadoras de conformidad con el presente Régimen.

[2] La determinación de la equivalencia descrita en el párrafo 1) podrá hacerse mediante una determinación publicada del Estado o mediante un acuerdo bilateral o multilateral con otros Estados.]

3) Al determinar la equivalencia, deberán tenerse en cuenta los siguientes factores:

a) Recursos humanos y financieros, incluida la existencia de activo bajo jurisdicción;

b) Fiabilidad de los sistemas de equipo y programas informáticos;

c) Procedimientos para la tramitación de certificados y solicitudes de certificados y conservación de registros;

d) Disponibilidad de información para los [firmantes] [titulares] identificados en certificados y para posibles partes que se fíen de los certificados;

e) Regularidad y detalle de la auditoría hecha por un órgano independiente;

f) Existencia de una declaración del Estado, un órgano acreditador o la autoridad certificadora acerca del cumplimiento o la existencia de lo antedicho;

g) Estatuto respecto de la jurisdicción de los tribunales del Estado promulgante; y

h) Grado de discrepancia entre la ley aplicable a la responsabilidad de la autoridad certificadora y la ley del Estado promulgante.

Variante C:

Se considera que una autoridad certificadora extranjera es fiable [en el Estado promulgante] para los fines de un certificado que emita a fin de respaldar firmas en relación con mensajes de datos si, al emitir dicho certificado, la autoridad certificadora cumple con cualquier régimen nacional de concesión de licencias aplicable a un certificado de ese tipo, y está sujeta por lo menos a las mismas obligaciones que se imponen en el presente Régimen y en ese régimen nacional de concesión de licencias.

Variante D:

1) Se considera que una autoridad certificadora extranjera es fiable [en el Estado promulgante] para los fines de un certificado que emita a fin de respaldar firmas en relación con mensajes de datos si, al emitir dicho certificado, la autoridad certificadora proporciona un grado de fiabilidad [por lo menos] equivalente al [requerido] de las autoridades certificadoras nacionales que emitan dichos certificados.

2) Al evaluar el grado de fiabilidad de una autoridad certificadora, deberán tenerse en cuenta los siguientes factores:

a) Recursos humanos y financieros, incluida la existencia de activo bajo jurisdicción;

b) Fiabilidad de los sistemas de equipo y programas informáticos;

c) Procedimientos para la tramitación de certificados y solicitudes de certificados y conservación de registros;

d) Disponibilidad de información para los [firmantes] [titulares] identificados en certificados y para posibles partes que se fíen de los certificados;

e) Regularidad y detalle de la auditoría hecha por un órgano independiente;

f) Existencia de una declaración del Estado, un órgano acreditador o la autoridad certificadora acerca del cumplimiento o la existencia de lo antedicho;

g) Estatuto respecto de la jurisdicción de los tribunales del Estado promulgante; y

h) Grado de discrepancia entre la ley aplicable a la responsabilidad de la autoridad certificadora y la ley del Estado promulgante.

Referencias

A/CN.9/446, párrs. 196-207 (proyecto de artículo 19);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párr. 75;

A/CN.9/437, párrs. 74-89 (proyecto de artículo I); y

A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 73-75.

Observaciones

50. El proyecto de artículo 19 se refiere a los asuntos denominados "reconocimiento transfronterizo" en el 31.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/437, párrs. 77 y 78). La variante A se basa en la sugerencia de combinar los párrafos 1) y 2) que se hizo en el 32.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/446, párrs. 197-204). La variante B ofrece una lista ilustrativa de los criterios que han de tenerse en cuenta al evaluar la fiabilidad de los certificados extranjeros. Las variantes C y D se centran en el reconocimiento de las autoridades certificadoras extranjeras. Cabe observar que, si el Grupo de Trabajo decidiera incluir en el Régimen Uniforme criterios que han de satisfacer las autoridades certificadoras nacionales (véase el párrafo 19, *supra*), es posible que no sea necesario enunciar esos criterios en el proyecto de artículo 19.

**C. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico
en su 33.º período de sesiones: propuesta de los Estados Unidos de América:
nota de la Secretaría**

(A/CN.9/WG.IV/WP.77) [Original: inglés]

1. En la clausura del 32.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se hizo una propuesta en el sentido de que el Grupo de Trabajo tal vez deseara examinar de forma preliminar la posibilidad de iniciar los preparativos de una convención internacional sobre la base de las disposiciones de la Ley Modelo y del Régimen Uniforme. Se acordó que podía ser necesario incluir esta cuestión como tema del programa en el próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo tomando como base propuestas más detalladas que pudieran realizar las delegaciones interesadas. No obstante, la conclusión preliminar del Grupo de Trabajo fue que los preparativos de una convención deberían considerarse en cualquier caso como un proyecto independiente tanto de los preparativos del Régimen Uniforme como de cualquier otro texto que pudiera agregarse a la Ley Modelo. Hasta que se adoptara una decisión definitiva acerca de la forma del Régimen Uniforme, la sugerencia de preparar una convención en una etapa posterior no debería apartar al Grupo de Trabajo de su labor actual, que era ante todo la preparación de un proyecto de Régimen Uniforme sobre firmas numéricas y otras firmas electrónicas, ni de su hipótesis de trabajo actual de que el Régimen Uniforme revestiría la forma de un proyecto de disposiciones legislativas. Se consideró en general que la posible preparación de un proyecto de convención no debería utilizarse como un medio para volver a plantear cuestiones ya resueltas en la Ley Modelo, lo cual podría frenar la creciente utilización de tan fructífero instrumento (A/CN.9/446, párr. 212).

2. Tras el 32.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, la Secretaría recibió de la delegación de los Estados Unidos de América una propuesta de un proyecto de convención internacional sobre operaciones electrónicas, junto con el texto de un "Documento oficioso del Gobierno de los Estados Unidos sobre las operaciones electrónicas", en el que se explican los fundamentos y la finalidad de la convención propuesta. En el anexo a la presente nota se reproducen el texto de esa propuesta y el documento oficioso tal como los recibió la Secretaría.

ANEXO

Proyecto de convención internacional sobre las operaciones electrónicas

Capítulo I

Objetivo del Capítulo I: Enunciar las definiciones necesarias. Se desarrollarán en los Capítulos II y III.

Capítulo II

Objetivo del Capítulo II: Para poder aplicar las normas jurídicas articuladas en la segunda sección, expuestas *infra*, tal vez sea necesario que los Estados examinen su legislación actual o propuesta para asegurarse de que se adapta como corresponde a las operaciones electrónicas. Con objeto de facilitar ese examen y eventual aprobación de manera armonizada, se proponen las siguientes obli-

gaciones generales como marco que los Estados hayan de utilizar como apoyo de las operaciones electrónicas de alcance mundial.

Posible redacción

II. Obligaciones generales

Para estimular la libre circulación de operaciones electrónicas y evitar que se les creen obstáculos, salvo disposiciones imperativas de orden público, por la presente Convención los Estados Contratantes acuerdan:

Modificación de las normas actuales y grado mínimo de adopción de las nuevas normas: Los Estados introducirán en su legislación únicamente los cambios necesarios que sirvan de apoyo a la utilización de operaciones electrónicas. Se modificarán las normas vigentes y se aprobarán las nuevas sólo en cooperación con el sector privado y siempre que sea necesario.

Los Estados contratantes reconocen que las partes en una operación pueden determinar el método de autenticación de la operación. Reconociendo que las partes pueden hacer esta determinación y que la misma debe tener los efectos jurídicos que persiguen las partes, los Estados contratantes acuerdan lo siguiente:

Autonomía de la voluntad de las partes: Debe permitirse a las partes en una operación, en la máxima medida posible, determinar mediante contrato los métodos de autenticación tecnológicos y comerciales apropiados en la seguridad de que se reconocerá su carácter jurídicamente vinculante, estén o no esos medios tecnológicos y comerciales previstos expresamente en las leyes o en los reglamentos. Las condiciones de todo acuerdo (inclusive sistemas cerrados) entre las partes por el que se rija su operación deberán poderse exigir prescindiendo de cualquier marco legal aplicable a la autenticación electrónica.

Además, los Estados contratantes reconocen que la criptografía no es el único medio de probar la fuente o la existencia de un mensaje. Reconociendo que las partes pueden demostrar de diferentes modos la fuente o la existencia de un mensaje, los Estados contratantes acuerdan lo siguiente:

Todas las tecnologías y todos los métodos comerciales de autenticación pueden servir como prueba de autenticidad: Cuando la ley exija prueba de la autenticidad o la integridad de un mensaje, se permitirá a cada parte utilizar cualquier tecnología o método comercial de autenticación, estén o no esas tecnologías o esos métodos previstos expresamente en las leyes o en los reglamentos.

Los métodos tecnológicos de autenticación no deberán estar taxativamente prescritos por mandato legislativo sino que tendrán que tolerar las cambiantes aplicaciones de tecnologías existentes o futuras. En consecuencia, los Estados contratantes acuerdan que:

Neutralidad con respecto a las tecnologías: Ninguna norma exigirá ni impedirá la utilización ni el desarrollo de tecnologías de autenticación. Los Estados tendrán que prever que los métodos de autenticación cambiarán con el tiempo y evitar una legislación que pueda excluir la innovación o nuevas aplicaciones. Los Estados deberán evitar las leyes que, de manera intencional o no, impulsen al sector privado a adoptar únicamente una tecnología particular para la autenticación electrónica con exclusión de otros métodos viables de autenticación.

Las empresas pueden aplicar y utilizar las tecnologías de autenticación de maneras no previstas originalmente al aprobarse la legislación pertinente. Reconociendo que la tecnología puede utilizarse con fines como la demostración de la fecha o la autoridad, que pueden exceder de la verificación de la identidad e impedir el repudio, y reconociendo que los modelos comerciales de autenticación pueden no recurrir a la intervención de terceros, los Estados contratantes acuerdan que:

Neutralidad con respecto a la aplicación: Ninguna norma exigirá ni impedirá la utilización ni el desarrollo de aplicaciones o modelos de aplicación comerciales nuevos o innovadores.

Para eliminar los obstáculos a la libre circulación de operaciones electrónicas y evitar que se creen otros nuevos, salvo disposiciones imperativas de orden público, los Estados contratantes acuerdan que:

No discriminación: Los Estados concederán a los proveedores y usuarios de tecnologías y métodos comerciales de identificación de otro Estado un trato no menos favorable que el que den en las mismas circunstancias a sus propios proveedores y usuarios de tecnologías y métodos comerciales de identificación.

Evitar obstáculos innecesarios al comercio: Los Estados deberán promover la corriente de operaciones electrónicas transfronterizas y no crear obstáculos innecesarios al comercio.

Capítulo III

Objetivo del Capítulo III: Reconocer la aceptabilidad de las firmas electrónicas a efectos jurídicos y comerciales, definir las características de un escrito electrónico válido y un documento original, apoyar la admisión de pruebas electrónicas y la conservación de documentación por medios electrónicos. Estas disposiciones se tomarían de las disposiciones habilitantes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

Posible redacción

III. Obligaciones concretas

Los Estados contratantes reconocen la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y la importancia de establecer las disposiciones que lo rigen de manera uniforme e internacional. Los Estados contratantes reconocen asimismo que la información es, cada vez más, almacenada, enviada, recibida o de otro modo elaborada en forma electrónica en lugar de sobre papel. Reconociendo estas importantes prácticas comerciales, por la presente Convención, los Estados contratantes acuerdan lo siguiente:

Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos

No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de esté en forma de mensaje de datos. [Fuente: Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 5.]

Formación y validez de los contratos

1) En la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. Cuando se utilice un mensaje de datos en la formación de un contrato, no se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos.

2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a ... [excepción limitada]. [Fuente: Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 11.]

Los Estados contratantes reconocen que los requisitos formales hoy en día existentes en muchos regímenes legales pueden consti-

tuir obstáculos insuperables a la realización de operaciones electrónicas de carácter internacional. Como consecuencia, existe suma necesidad de garantizar que se permita a los mensajes transmitidos electrónicamente que satisfagan estos requisitos formales, salvo disposiciones imperativas de orden público. Por lo tanto, los Estados contratantes acuerdan lo siguiente:

Escrito

1) 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 utilizable para su ulterior consulta.

2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.

3) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a ... [excepción limitada]. [Fuente: Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 6.]

Firma

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 cuales se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier posible acuerdo pertinente.

2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma.

3) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a ... [excepción limitada]. [Fuente: Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 7.]

Original

1) Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos:

a) Si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; y

b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar.

2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original.

3) Para los fines del inciso a) del párrafo 1):

a) La integridad de la información será evaluada conforme al criterio de que haya permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de su comunicación, archivo o presentación; y

b) El grado de fiabilidad requerido será determinado a la luz de todas las circunstancias del caso.

4) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a ... [excepción limitada]. [Fuente: Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 8.]

Los Estados contratantes reconocen que la imposibilidad de que las partes prueben la existencia de operaciones electrónicas en caso de controversia y actuaciones judiciales oficiales puede constituir en sí misma una inhibición para la celebración de operaciones electrónicas. A fin de garantizar la equivalencia jurídica de los documentos electrónicos con los documentos sobre papel, los Estados contratantes acuerdan que:

Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos

1) En todo trámite legal, no se dará aplicación a regla alguna de la prueba que sea óbice para la admisión como prueba de un mensaje de datos:

- a) Por la sola razón de que se trate de un mensaje de datos; o
- b) Por razón de no haber sido presentado en su forma original, de ser ese mensaje la mejor prueba que quepa razonablemente esperar de la persona que la presenta.

2) Toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente. [Fuente: Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 9.]

Los Estados contratantes reconocen además que los requisitos para la conservación de documentación, que existan tanto por ley como en virtud de la práctica comercial, pueden resultar ser obstáculos para las operaciones electrónicas. En consecuencia, los Estados contratantes acuerdan que:

Conservación de los mensajes de datos

1) 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; y
- b) Que el mensaje de datos sea conservado con el formato en que se haya generado, enviado o 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.

2) La obligación de conservar ciertos documentos, registros o información conforme a lo dispuesto en el párrafo 1) no será aplicable a aquellos datos que tengan por única finalidad facilitar el envío o recepción del mensaje.

3) Toda persona podrá recurrir a los servicios de un tercero para observar el requisito mencionado en el párrafo 1), siempre que se cumplan las condiciones enunciadas en los incisos a), b) y c) del párrafo 1) [Fuente: Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, artículo 10.]

Documento oficioso del Gobierno de los Estados Unidos sobre las operaciones electrónicas

Con el fin estimular las operaciones electrónicas, los Estados Unidos apoyan la creación de un marco jurídico nacional y mundial uniforme que reconozca, facilite y dé fuerza obligatoria en todo el mundo a las operaciones electrónicas.

I

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha concluido su labor sobre una Ley Mode-

lo sobre Comercio Electrónico que apoya la utilización comercial de los contratos internacionales en el comercio electrónico. La Ley Modelo establece reglas y normas que definen las características de un escrito electrónico válido y un documento original, prevé la aceptabilidad de las firmas electrónicas a efectos jurídicos y comerciales y sirve de base a la admisión de pruebas informáticas. También valida y reconoce los contratos perfeccionados por medios electrónicos, fijando normas supletorias para el perfeccionamiento de los contratos y el régimen del cumplimiento de los contratos electrónicos.

Aunque muchos países, incluidos los Estados Unidos, utilizan la Ley Modelo como base para actualizar su derecho mercantil, muchos otros no lo hacen así. El Gobierno de los Estados Unidos apoya la adopción de los principios habilitantes que figuran en la Ley Modelo mediante un acuerdo internacional vinculante como punto de inicio para definir un conjunto internacional de principios comerciales uniformes para el comercio electrónico.

II

En el plano internacional, varios países examinan o han promulgado disposiciones legales relativas a las firmas numéricas para regular expresamente los métodos de autenticación, inclusive las firmas numéricas. Recientemente, la CNUDMI ha empezado a trabajar en la esfera de la autenticación, abarcando expresamente las firmas numéricas, y estudia actualmente modelos de disposiciones legales.

Desde que la CNUDMI comenzó su labor el año pasado, han aparecido nuevos modelos para la aplicación y utilización de la tecnología de las firmas numéricas. La creciente serie de métodos de autenticación y la complejidad de su uso comercial suscitan inquietudes acerca de la elaboración en este momento de normas jurídicas detalladas en esferas tales como, por ejemplo, las entidades certificadoras y la responsabilidad. En los Estados Unidos, la mayoría de los estados que han examinado recientemente proyectos legislativos han rechazado la promulgación de leyes que enuncien reglas precisas para las firmas numéricas, y han optado en su lugar por una legislación habilitante y de apoyo más generalizada que respalda la utilización de firmas numéricas y otras tecnologías de autenticación, pero que por lo demás no impone sistemas de responsabilidad o de licencias.

Este nuevo criterio legislativo refleja importantes cambios en la evolución del mercado. En particular, no parece probable que éste se decida en un futuro próximo por un mecanismo o modelo universal de autenticación. Las partes interesadas se orientan al parecer hacia una elección entre diferentes tipos de régimen de autenticación, según sean la naturaleza de la operación y la relación antecedente, de haberla, entre las partes que intervienen en ella. Por ejemplo, una gran empresa puede escoger un método de autenticación para el sistema electrónico que utiliza para comprar mercancías a los proveedores, pero otro distinto para las compras en línea de sus clientes.

Al igual que otros aspectos del comercio electrónico, los métodos y tecnologías de autenticación evolucionan con rapidez. En la esfera de las firmas numéricas, la tecnología se aplica de maneras que difieren de las infraestructuras de clave pública previstas cuando se aprobó la primera legislación en ese dominio. Por ejemplo, se pueden utilizar firmas electrónicas para fines tales como probar la fecha o la autoridad, que tal vez excedan de la mera verificación de la identidad y de impedir el repudio. Además, gran parte de su utilización se desarrolla en sistemas cerrados y no en sistemas abiertos. Se reconoce así mismo que las firmas electrónicas se emplean para un gran número de finalidades comerciales, aparte de las originalmente previstas; por ejemplo, ya se emiten en gran escala certificados de valor mínimo.

El Gobierno de los Estados Unidos apoya el desarrollo de estructuras que sirvan de sostén a diversos métodos y tecnologías de autenticación, así como a toda una variedad de modelos de aplicación. Las normas reguladoras que rigiesen la tecnología de las fir-

mas numéricas o cualquier otra tecnología de autenticación, con exclusión de otros enfoques del tema, inhibiría más que estimularía el crecimiento del comercio electrónico. No obstante, el Gobierno de los Estados Unidos reconoce el valor del diálogo que apoya la CNUDMI sobre estas cuestiones.

El Gobierno de los Estados Unidos cree que la CNUDMI debiera considerar la posibilidad de conceder una atención prioritaria a una Convención Internacional sobre las Operaciones Electrónicas. La convención eliminaría los obstáculos relacionados con la utilización del papel con que se enfrentan esas operaciones y abordaría cuestiones referentes a la autenticación electrónica.

III

La CNUDMI debería trabajar en una Convención vinculante sobre las operaciones electrónicas que comprendiese dos elementos:

Parte A: Obligaciones generales — Figurarían entre ellas: modificaciones mínimas de las actuales normas jurídicas y adopción de un mínimo de nuevas normas; neutralidad en materia de tecnología y aplicación; un criterio no discriminatorio ante las tecnologías de autenticación y las aplicaciones comerciales de otros países; evitar obstáculos innecesarios al comercio. Además:

Autonomía de la voluntad de las partes — Debe permitirse a las partes en una operación, en la máxima medida posible, determinar mediante contrato los métodos de autenticación tecnológicos

y comerciales apropiados en la seguridad de que se reconocerá su carácter jurídicamente vinculante, estén o no esos medios tecnológicos y comerciales previstos expresamente en las leyes o en los reglamentos. Las condiciones de todo acuerdo (inclusive sistemas cerrados) entre las partes por el que se rija su operación deberán poderse exigir prescindiendo de cualquier marco legal aplicable a la autenticación electrónica.

Todas las tecnologías y todos los métodos comerciales de autenticación pueden servir como prueba de autenticidad — Cuando la ley exija prueba de la autenticidad o la integridad de un mensaje, se permitirá a cada parte utilizar cualquier tecnología o método comercial de autenticación para comprobar su autenticidad, estén o no esas tecnologías o esos métodos previstos expresamente en las leyes o en los reglamentos. (Como ocurre con la autenticación de los documentos físicos, la parte que rechaza el acuerdo podrá presentar pruebas contra su autenticidad o integridad y la cuestión será resuelta por el juez de los hechos.)

Parte B: Adopción de elementos clave de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico — Disposiciones habilitantes tomadas de lo previsto en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico definirían un conjunto de principios comerciales uniformes para el comercio electrónico. La Convención reconocería la aceptabilidad de las firmas electrónicas a efectos jurídicos y comerciales, definiría las características de un escrito electrónico válido y un documento original y apoyaría la admisión de pruebas electrónicas y la conservación de documentación por medios electrónicos.

D. Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor de su 34.º período de sesiones (Viena, 8 a 19 de febrero de 1999)

(A/CN.9/457) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> |
|---|-----------------|
| INTRODUCCIÓN | 1-14 |
| I. DELIBERACIONES Y DECISIONES | 15 |
| II. PROYECTO DE RÉGIMEN UNIFORME PARA LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS | 16-122 |
| A. Observaciones generales | 16-21 |
| B. Examen de los artículos del proyecto | 22-119 |
| Artículo A. Definiciones | 22-52 |
| Artículo E. Autonomía contractual | 53-64 |
| Artículo F. Obligaciones del titular de la firma | 65-98 |
| Artículo G. Confianza en las firmas electrónicas refrendadas | 99-107 |
| Artículo H. Obligaciones del certificador de información | 108-119 |
| C. Otras cuestiones que cabría examinar | 120-122 |

INTRODUCCIÓN

1. La Comisión, en su 29.º período de sesiones (1996), decidió incluir en su programa las cuestiones de las firmas digitales y las entidades certificadoras. Se pidió al Grupo de Trabajo que examinara la conveniencia y la viabilidad de

preparar un régimen uniforme sobre estos temas. Se acordó que el régimen uniforme que se preparase debía ocuparse de cuestiones como: el fundamento jurídico en que se apoyaban los procesos de certificación, inclusive la tecnología emergente de autenticación y certificación digitales; la aplicabilidad del proceso de certificación; la asignación del riesgo y

las responsabilidades de los usuarios, proveedores y terceros en el contexto de la utilización de técnicas de certificación; las cuestiones específicas de la certificación mediante el uso de registros, y la incorporación por remisión¹.

2. En su 30.º período de sesiones (1997), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre la labor de su 31.º período de sesiones (A/CN.9/437). El Grupo de Trabajo indicaba a la Comisión que había alcanzado un consenso sobre la importancia y la necesidad de trabajar hacia la armonización del derecho en esa esfera. Aunque no hubo ninguna decisión firme sobre la forma y el contenido de esa labor, el Grupo de Trabajo había llegado a la conclusión preliminar de que era posible emprender la preparación de un proyecto de régimen uniforme, por lo menos sobre las cuestiones de las firmas digitales y las entidades certificadoras, y posiblemente sobre asuntos conexos. El Grupo de Trabajo recordó que, junto con las firmas digitales y las entidades certificadoras, la futura labor en la esfera del comercio electrónico podría tener también que referirse a: cuestiones relativas a las técnicas alternativas a la criptografía de clave pública; cuestiones generales de funciones desempeñadas por proveedores de servicio como terceros, y contratación electrónica (A/CN.9/437, párrs. 156 y 157).

3. La Comisión hizo suyas las conclusiones alcanzadas por el Grupo de Trabajo y encargó a éste la preparación de un régimen uniforme para las firmas digitales y para las entidades certificadoras (en adelante denominado “el Régimen Uniforme”).

4. Con respecto al alcance exacto y la forma del Régimen Uniforme, la Comisión convino en general en que no se podía adoptar ninguna decisión en esta etapa inicial del proceso. Se juzgó que, mientras que el Grupo de Trabajo podía concentrar adecuadamente su atención sobre las cuestiones de las firmas digitales, en vista del papel aparentemente predominante desempeñado por la criptografía de clave pública en la práctica emergente del comercio electrónico, el Régimen Uniforme debía ser coherente con la neutralidad respecto de los medios técnicos utilizados por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (en adelante denominada “Ley Modelo”). Así pues, el Régimen Uniforme no debería desalentar la utilización de otras técnicas de autenticación. Además, al ocuparse de la criptografía de clave pública, el Régimen Uniforme podría tener que admitir diversos niveles de seguridad y reconocer los diferentes efectos jurídicos y niveles de fiabilidad correspondientes a los diversos tipos de servicios prestados en el contexto de las firmas digitales. Con respecto a las entidades certificadoras, si bien la Comisión reconocía el valor de las normas orientadas por el mercado, se estimó ampliamente que el Grupo de Trabajo podría prever adecuadamente la creación de un conjunto de reglas mínimas que deberían cumplir las entidades certificadoras, en particular cuando se procurara obtener una certificación transfronteriza².

5. El Grupo de Trabajo empezó la preparación del Régimen Uniforme en su 32.º período de sesiones sobre la base de una nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.73).

6. En su 31.º período de sesiones (1998), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de su 32.º período de sesiones (A/CN.9/446). La Comisión expresó su aprecio por los esfuerzos cumplidos por el Grupo de Trabajo en la preparación y redacción de un proyecto de Régimen Uniforme para las Firmas Electrónicas. Se observó que el Grupo de Trabajo, a lo largo de sus períodos de sesiones 31.º y 32.º, había tropezado con dificultades manifiestas en alcanzar un entendimiento común de las nuevas cuestiones jurídicas que planteaba el uso cada vez mayor de las firmas digitales y otras firmas electrónicas. También se observó que no se había llegado aún a un consenso sobre cómo ocuparse de estas cuestiones en un marco jurídico internacionalmente aceptable. La Comisión estimó, no obstante, que los progresos realizados hasta el momento indicaban que el Régimen Uniforme para las Firmas Electrónicas iba tomando forma progresivamente para convertirse en una estructura eficaz.

7. La Comisión reafirmó la decisión adoptada en su 31.º período de sesiones acerca de la viabilidad de preparar ese Régimen Uniforme y expresó su confianza en que el Grupo de Trabajo podía hacer más progresos en su 33.º período de sesiones (Nueva York, 29 de junio a 10 de julio de 1998) sobre la base del proyecto revisado preparado por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.76). En el contexto de ese debate, la Comisión observó con satisfacción que el Grupo de Trabajo había llegado a ser generalmente reconocido como un foro internacional particularmente importante para el intercambio de pareceres acerca de las cuestiones jurídicas del comercio electrónico y para la preparación de soluciones a esas cuestiones³.

8. El Grupo de Trabajo continuó la revisión del Régimen Uniforme en su 33.º período de sesiones (julio de 1998) sobre la base de una nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.76). El informe de ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/454.

9. El Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 34.º período de sesiones del 8 al 19 de febrero de 1999 en Viena. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Brasil, Burkina Faso, Camerún, China, Colombia, Egipto, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Honduras, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, México, Nigeria, Paraguay, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Rumania, Singapur y Tailandia.

10. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Angola, Arabia Saudita, Belarús, Bélgica, Bolivia, Canadá, Croacia, Cuba, Eslovaquia, Georgia, Guatemala, Indonesia, Irlanda, Kuwait, Líbano, Marruecos, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, República de Corea, República Checa, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía y Uruguay.

11. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), párrs. 223 y 224.

²Ibíd., quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/52/17), párrs. 249 a 251.

³Ibíd., quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17, párrs. 207 a 211.

(Naciones Unidas/CEPE), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), Banco Africano de Desarrollo, Comisión Europea, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), Unión Asiática de Compensación, Asociación Internacional de Estudiantes de Derecho Europeos, Asociación Internacional de Puertos (AIP), Asociación Internacional de Abogados, Cámara de Comercio Internacional (CCI), Grupo de Usuarios de Telecomunicaciones Internacionales, Internet Law and Policy Forum (ILPF), Sociedad para las Telecomunicaciones Financieras Mundiales Interbancarias (S.W.I.F.T.) y Unión Internacional de Abogados (UIA).

12. El Grupo de Trabajo eligió la siguiente Mesa:

| | |
|------------------------|--|
| <i>Presidente:</i> | Sr. Jacques Gauthier (Canadá, elegido a título personal) |
| <i>Vicepresidente:</i> | Sr. Pang Khang Chau (Singapur) |
| <i>Relator:</i> | Sr. Louis-Paul Enouga (Camerún) |

13. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: programa provisional (A/CN.9/WG.IV/WP.78); dos notas de la Secretaría que contenían un proyecto revisado de régimen uniforme para las firmas electrónicas (A/CN.9/WG.IV/WP.79 y 80), y la nota de la Secretaría preparada para el 33.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/WP.76) para continuar el debate sobre las cuestiones relacionadas con el reconocimiento de firmas electrónicas extranjeras (proyectos de artículo 17 a 19).

14. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Aspectos jurídicos del comercio electrónico: proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

I. DELIBERACIONES Y DECISIONES

15. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de las firmas electrónicas sobre la base de las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.76, 79 y 80). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo con respecto a estas cuestiones quedan reflejadas en la sección II, *infra*. Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de esas deliberaciones y conclusiones, preparara un conjunto de disposiciones revisadas, con posibles variantes, para su examen por el Grupo de Trabajo en un futuro período de sesiones.

II. PROYECTO DE RÉGIMEN UNIFORME PARA LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS

A. Observaciones generales

16. Al principio, el Grupo de Trabajo intercambió opiniones sobre la situación actual de las cuestiones de reglamentación derivadas del comercio electrónico, incluida la aproba-

ción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, las firmas electrónicas y las cuestiones de la infraestructura de clave pública (en adelante denominada "ICP") en el contexto de las firmas numéricas. Las opiniones expresadas a nivel gubernamental, intergubernamental y no gubernamental confirmaron que cada vez se reconocía más la importancia del examen de las cuestiones jurídicas del comercio electrónico para facilitar y llevar a cabo este comercio electrónico y suprimir los obstáculos para el intercambio. Se informó de que recientemente varios países habían introducido o se disponían a introducir legislación de aprobación de la Ley Modelo o de reglamentación de cuestiones conexas para facilitar el comercio electrónico. Algunos de estos proyectos de ley se referían también a cuestiones relativas a las firmas electrónicas o, en algunos casos concretos, a las firmas numéricas. Otros países habían establecido grupos de trabajo, algunos de los cuales estaban estrechamente asociados a los intereses del sector privado, que estudiaban la necesidad de introducir cambios legislativos para facilitar el comercio electrónico, examinaban activamente la posible aprobación de la Ley Modelo, preparaban la legislación necesaria y estudiaban cuestiones relativas a las firmas electrónicas, incluido el establecimiento de infraestructuras de clave pública u otros proyectos estrechamente relacionados con esta cuestión.

17. El Grupo de Trabajo inició su examen del Régimen Uniforme recordando la conveniencia y viabilidad de la preparación de un régimen para las firmas electrónicas y la necesidad de fomentar la armonización legislativa en este ámbito (véase el párrafo 7, *supra*). Se señaló que se habían hecho diversas referencias a la labor emprendida concretamente sobre las firmas numéricas, y la diversidad de las leyes promulgadas sobre esta particular técnica de firma ponía de relieve la importancia de la armonización. También se señaló que si bien los principios de la neutralidad de la tecnología y de la neutralidad de los medios de comunicación eran el fundamento de la Ley Modelo, el seguimiento de esos principios en el proyecto de Régimen Uniforme, que abarcaba diversos tipos de técnicas de firma, creaba cierta tensión. Si bien se convino en general en que debía fomentarse la coherencia entre la Ley Modelo y el Régimen Uniforme, se reconoció que la redacción de disposiciones que atribuyeran efectos jurídicos concretos a estos diversos tipos de técnicas de firma requería un equilibrio difícil de conseguir. Se sugirió que el Régimen Uniforme se centrara en lo siguiente: los usos de las firmas, lo cual podría incluir el examen específico de cuestiones de equivalencia funcional para una firma "refrendada" o de alto nivel; las consecuencias del uso de diversas técnicas de firma para las partes interesadas, incluida la conducta de esas partes (en vez de tratar de establecer un vínculo entre una consecuencia jurídica determinada y la utilización de una técnica determinada de firma electrónica), y cuestiones de reconocimiento transfronterizo.

18. Se expresó la opinión de que convenía aclarar más la relación entre el artículo 7 de la Ley Modelo y el proyecto de Régimen Uniforme. Se puso en tela de juicio la necesidad y conveniencia de basarse en el artículo 7 y se señaló que podía resultar difícil hallar una solución única para cumplir el requisito sumamente flexible del artículo 7 1) b) de que el método de identificación utilizado sea "tan fiable como sea apropiado para los fines para los que" se utilice. Se hizo referencia a la diversidad de cuestiones enumeradas en la Guía para la incorporación al derecho interno (véase el párrafo 58

de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico) en relación con la finalidad con que se utilice el método. Se recordó que el Grupo de Trabajo había examinado esta cuestión en diversas ocasiones durante sus anteriores debates y en el actual proyecto de Régimen Uniforme esta cuestión estaba por resolver. También se expresó la preocupación de que al examinarse una regla sobre los tipos de técnicas de firma que puedan cumplir el requisito del artículo 7 se llegara a una disposición cuyo ámbito de aplicación pudiera considerarse muy limitado en relación con las operaciones comerciales (que generalmente no debían cumplir determinadas reglas de derecho en cuanto a la forma de las operaciones).

19. Se planteó la cuestión de la forma que debía revestir el proyecto de Régimen Uniforme y se señaló que era importante estudiar la relación entre la forma y el contenido. Se sugirieron distintas posibilidades en cuanto a la forma: reglas contractuales, disposiciones legislativas o directrices para los Estados que estudiaran la promulgación de legislación sobre firmas electrónicas. En el contexto de la forma se examinó asimismo la relación entre el Régimen Uniforme, como disposiciones legislativas, y la Ley Modelo. Se reconoció que los debates en el Grupo de Trabajo sobre la utilización de diversas técnicas de firma habían resultado particularmente útiles para comprender mejor las cuestiones pertinentes y que los documentos del Grupo de Trabajo proporcionaban una buena descripción de los conceptos básicos. En espera de una decisión final sobre la relación entre el Régimen Uniforme y la Ley Modelo, los miembros del Grupo de Trabajo manifestaron en general su preferencia por un Régimen Uniforme concebido como instrumento independiente.

20. Con respecto al alcance del Régimen Uniforme, se consideró en general que en sus disposiciones no debería tratarse específicamente de los consumidores. No obstante, ante la posibilidad de que el Régimen Uniforme resultara útil para los consumidores en ciertos casos, se sugirió que se adoptara el texto enunciado en la nota ** al artículo 1 de la Ley Modelo. Otra sugerencia fue que, en cualquier caso, el ámbito de transacciones de consumo comprendidas en el Régimen Uniforme debería limitarse a las transacciones comerciales descritas en la nota *** al artículo 1 de la Ley Modelo (véanse los párrafos 56 a 70, *infra*, para la continuación de las deliberaciones).

21. El Grupo de Trabajo estimó que el proyecto de Régimen Uniforme que figuraba en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.80 (en el presente informe denominado simplemente documento WP.80) constituía una base más aceptable para el debate que el que estaba recogido en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.79 (en el presente informe denominado simplemente documento WP.79). Se subrayó que podría ser útil que el Grupo de Trabajo estudiara el documento WP.79 una vez concluido su examen del documento WP.80 a fin de determinar si convenía abordar alguna otra cuestión.

B. Examen de los artículos del proyecto

Artículo A. Definiciones

22. El texto del proyecto de artículo A examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Para los fines del presente Régimen:

“a) Por ‘firma electrónica’ se entenderá los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y [que puedan ser] utilizados para [identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos e indicar que el titular de la firma aprueba la información contenida en el mensaje de datos].

“b) Por ‘firma electrónica refrendada’ se entenderá una firma electrónica que [se crea y] puede verificarse mediante la aplicación de un procedimiento de seguridad o de una combinación de procedimientos de seguridad que garantice que esa firma electrónica:

- “i) Sea exclusiva del titular de la firma [para los fines para los] [en el contexto en el] que se utilice;
- “ii) Se pueda utilizar para identificar objetivamente al titular de la firma en relación con el mensaje de datos;
- “iii) Haya sido creada y consignada en el mensaje de datos por el titular de la firma o utilizando un medio bajo el control exclusivo del titular de la firma.

“c) Por ‘titular de la firma’ se entenderá la persona que pueda crear y adjuntar a un mensaje de datos, o en cuyo nombre se puede crear o adjuntar a un mensaje de datos, una firma electrónica refrendada.

“d) Por ‘certificador de información’ se entenderá toda persona o entidad que, en el curso habitual de su negocio, proporcione [servicios de identificación] [información de certificación] que se [utilicen] [utilice] para apoyar la utilización de firmas electrónicas refrendadas.”

Inciso a) — Definición de “firma electrónica”

23. Abordando desde una perspectiva amplia la cuestión de la definición de la firma electrónica, se sugirió que esa definición era superflua, ya que el concepto de firma electrónica era sobradamente conocido y comprendido. También se opinó que no habría que utilizar el término “firma”, pues daba a entender que en el proyecto se definía el concepto jurídico de la firma, cuando en realidad con el Régimen Uniforme se pretendía simplemente regular el uso de ciertos tipos de tecnología. La firma electrónica, al igual que la firma numérica, era un concepto técnico y no debería utilizarse como término jurídico que indicara efectos jurídicos. Se opinó asimismo que no hacía falta ninguna definición, dado que el concepto de “firma electrónica” ya estaba suficientemente explicado en el artículo 7 de la Ley Modelo.

24. Frente a esos argumentos se señaló que las palabras “firma electrónica” no podían ser una simple expresión técnica dado que no se referían a ningún tipo determinado de técnica de firma, sino que pretendían establecer un vínculo entre diversas técnicas y el concepto jurídico de firma. En cuanto a si el artículo 7 de la Ley Modelo regulaba suficientemente la cuestión de la definición de la “firma” en un entorno electrónico, se sostuvo que el artículo 7 no contenía ninguna definición. El artículo 7 tenía la finalidad de regular con una norma de equivalencia funcional toda una serie de situaciones en que se utilizaran mecanismos técnicos para producir formas sustitutorias de las firmas manuscritas tradi-

cionales. Se consideró en general que la necesidad de la definición de “firma electrónica” debía abordarse en función de la estructura del documento WP.80. Se estimó que era necesaria una definición no sólo porque el proyecto de artículo B daba efectos jurídicos a la firma electrónica sino también para poder formular una definición de firma electrónica refrendada. Tras las deliberaciones, se convino en general en que en el texto figurara una definición de “firma electrónica”. Sin embargo, se expresó la opinión de que no era necesaria una definición, porque ésta no tendría efectos jurídicos (véase el párrafo 48, *infra*).

25. Se hicieron diversas sugerencias para mejorar la definición de “firma electrónica”. Recibió un amplio apoyo la propuesta de eliminar los corchetes de las palabras “que puedan ser”. Se consideró en general que la definición no debía abarcar únicamente el supuesto en que se utilizara efectivamente una firma electrónica sino que más bien debía indicar la posibilidad de utilizarla como mecanismo técnico para la firma.

26. Se señaló también que el término “aprueba” era demasiado subjetivo y creaba incertidumbre, pues dependía de las intenciones del signatario en el momento de firmar. Se sugirió que se utilizara un enunciado más objetivo y se propuso sustituir el texto del inciso por el siguiente texto, basado en un proyecto de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco común para las firmas electrónicas:

“Por ‘firma electrónica’ se entenderán los datos en forma electrónica adjuntados o lógicamente asociados a otros datos electrónicos y que sirvan de método de autenticación.”

27. En relación con esta propuesta, se señaló que la palabra “aprueba” no implicaba necesariamente una evaluación de la intención subjetiva del signatario, por ejemplo en relación con los efectos contractuales u otros efectos jurídicos del mensaje, sino que se limitaba a asociar al signatario con el mensaje, lo cual era un elemento necesario de la mayoría de las definiciones existentes de cualquier tipo de firma, como lo ilustraba la utilización del concepto de “aprobación” en el artículo 7 de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo no aprobó la variante propuesta.

28. A fin de reflejar algunas de las opiniones y preocupaciones que se expresaron durante los debates, se sugirió que se expresaran más claramente los elementos necesarios para definir una firma electrónica, por ejemplo de la forma siguiente:

“Por ‘firma electrónica’ se entenderán los datos en forma electrónica:

“a) Consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo;

“b) Facilitados por un signatario con miras a identificarse;

“c) Utilizados por un signatario para indicar que aprueba el contenido del mensaje de datos; y

“d) Que puedan utilizarse para verificar esa identificación.”

29. Se subrayó que los cambios propuestos tenían la finalidad de aclarar lo siguiente: en primer lugar, que si bien los datos que constituían la firma electrónica debían facilitarse

para identificar al signatario, podía ocurrir que de hecho esos datos no se utilizaran con tal fin hasta cierto tiempo después de haberse creado la firma, y en segundo lugar, que la verificación podía correr a cargo del receptor, del signatario o de un tercero, pero que debía ser posible verificar los medios de identificación. Sin embargo, atendiendo a las observaciones hechas anteriormente sobre la palabra “aprueba”, se sugirió suprimir el inciso c).

30. Si bien el texto sugerido recibió cierto apoyo, se expresaron dudas acerca de la necesidad del inciso d). Este inciso daba a entender la posible participación de terceros en la verificación de la firma y quedaba por tanto al margen de la firma en sí. Además, tal vez no resultara necesario en el contexto de la categoría general de la firma electrónica, ya que esa categoría podría abarcar tipos de firmas en que la verificación tuviera escasa importancia.

31. A fin de ajustar la definición que figura en el documento WP.80 al artículo 7 de la Ley Modelo, se sugirió que se sustituyeran las palabras “forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y” por las palabras “cualquier método en relación con un mensaje de datos” de modo que el texto dijera lo siguiente:

“Por ‘firma electrónica’ se entenderá cualquier método relacionado con un mensaje de datos que pueda ser utilizado para [identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos e indicar que el titular de la firma aprueba la información contenida en el mensaje de datos].”

32. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo decidió mantener en el texto la definición del inciso a), suprimiendo todos los corchetes. Se decidió también que, para proseguir los debates ulteriormente, se preparara una variante basada en el texto antes sugerido (véase el párrafo 31, *supra*), referente a la utilización del término “método” de forma similar al artículo 7 de la Ley Modelo.

Inciso b) — Definición de “firma electrónica refrendada”

33. Se sugirió que debía reemplazarse la noción de “firma electrónica refrendada” por la de “firma electrónica certificada”, lo que, según se dijo, estaba más en armonía con la práctica de las firmas digitales. Aunque la propuesta recibió cierto apoyo, se estimó en general que era preferible la noción de firma “refrendada”, dado que no sería necesaria en todos los casos la intervención de un tercero para certificar la firma.

34. Con el fin de expresar mejor la idea de que la firma electrónica refrendada debía ser única como firma y exclusiva del signatario, se hizo la propuesta de sustituir el inciso b) por el siguiente:

“Por ‘firma electrónica refrendada’ se entenderá la firma electrónica de la que pueda demostrarse, mediante la utilización de un procedimiento de seguridad, que:

“i) Era única en el contexto en que se utilizó; y

“ii) No fue utilizada por ninguna otra persona distinta del signatario.”

35. Se expresó cierto apoyo a favor de la propuesta. No obstante, se plantearon dudas sobre si los elementos de la definición contenidos en la nueva propuesta o en los incisos

originales i) a iii) creaban alguna diferencia sustancial entre una “firma electrónica” y una “firma electrónica refrendada”. Con el fin de expresar el carácter específico de una “firma electrónica refrendada”, se sugirió que se introdujera en el inciso *b)* un texto adicional análogo al del apartado iv) del inciso *b)* que figura en el WP.79 como sigue:

“iv) Haya sido creada y esté vinculada al mensaje de datos al que se refiera de alguna forma que ponga en evidencia todo cambio que se introduzca en dicho mensaje.”

36. Hubo fuerte apoyo a favor de la adición sugerida, que se dijo establecía una vinculación necesaria (que de otro modo faltaría) entre la firma refrendada y la información contenida en el mensaje de datos. Se afirmó que consignar una “firma electrónica refrendada” haría más difícil toda alteración posterior del mensaje, análogamente a como la utilización de una firma manuscrita hacía más difícil alterar el contenido de un documento sobre papel. Además, se señaló que, si bien la función descrita en el apartado iv) era parecida a la “función parásita” ofrecida por las firmas digitales, toda otra firma técnica (por ejemplo, técnicas de autenticación basadas en la dinámica de la firma) debería poder ofrecer el mismo nivel de fiabilidad en cuanto a la integridad del mensaje. Esta garantía era particularmente necesaria vista la facilidad con que se podían introducir cambios no detectables en los documentos en forma electrónica.

37. Se objetó, empero, que no todas las firmas electrónicas que brindaban un alto grado de seguridad desempeñarían la función mencionada en el apartado iv), que se dijo era típica únicamente de ciertos tipos de firma digital. En cuanto a un posible paralelo entre la función parásita y la firma manuscrita, se señaló que esta última no ofrecía por sí misma una gran certidumbre de que el documento no hubiese sido alterado. Con respecto a la diferencia entre una “firma electrónica” conforme al inciso *a)* y una firma “refrendada” conforme a los apartados i) a iii) del inciso *b)*, se expresó que sólo la firma “refrendada” entrañaba intrínsecamente la utilización de procedimientos de seguridad que pudiesen proporcionar garantías altamente objetivas en cuanto a la identidad del signatario. Se manifestó la opinión de que esa función de identificación debía considerarse aparte de la función de verificación de la integridad del mensaje, que sólo podría ser necesaria cuando la ley exigiese un documento original. Como cuestión de redacción, se afirmó que la del apartado iv) podría prestarse a malas interpretaciones, en particular si la disposición de que toda alteración en el mensaje de datos debía ser puesta “en evidencia” hubiera de interpretarse en el sentido de que se explicitase la naturaleza exacta de la alteración. Se propuso que, de mantenerse el apartado iv), debería utilizarse la redacción basada en el texto del inciso *a)* del párrafo 1 del artículo 8 de la Ley Modelo (por ejemplo, “proporciona una garantía razonable de que se ha conservado la integridad del mensaje”).

38. Se expresó preocupación por el hecho de que la introducción del apartado iv) en la definición de “firma electrónica refrendada” podía plantear cuestiones en cuanto a la coherencia de las normas uniformes con el artículo 8 de la Ley Modelo. Mientras que el artículo 8 disponía que debía garantizarse la integridad “a partir del momento en que [la información] se generó por primera vez en su forma definitiva”, el apartado iv) requeriría la integridad sólo desde el momento en que se consignase la firma. Se respondió que la

definición de “firma electrónica refrendada” no tenía por fin ocuparse de la equivalencia funcional entre un mensaje de datos y un documento original a todos los efectos jurídicos. Por el contrario, la definición se proponía garantizar que una firma electrónica refrendada pudiese identificar de forma fiable un mensaje determinado como el mensaje que se había enviado.

39. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió que se añadiese al texto original del inciso *b)* entre corchetes un texto análogo al del apartado iv) sugerido o, como alternativa, al texto propuesto en el párrafo 34, *supra*, para continuar el examen después que el Grupo de Trabajo hubiese estudiado las disposiciones sustantivas del proyecto de Régimen Uniforme. Se juzgó que tal vez no hubiera que reexaminar la definición de “firma electrónica refrendada” junto con la arquitectura general del Régimen Uniforme, una vez aclarado el propósito de ocuparse de dos categorías de firmas electrónicas, en particular por lo que se refiere a los efectos jurídicos de ambos tipos de firma. Se sugirió que podría justificarse tratar las firmas electrónicas que ofrecían un elevado grado de fiabilidad sólo si el Régimen Uniforme hubiese de proporcionar un equivalente funcional a usos específicos de firmas manuscritas (por ejemplo, documentos formales constitutivos de obligaciones, firmas certificadas por testigos y otros tipos de firmas certificadas). Pero se sugirió también que la unificación o armonización internacional de esos usos específicos de firmas manuscritas podría ser particularmente difícil, a la vez que era de escasa importancia para la gran mayoría de las operaciones comerciales internacionales. Si, por estas razones, esos requisitos específicos de forma hubiesen de permanecer fuera del ámbito del Régimen Uniforme, el beneficio adicional que cabría esperar de utilizar una “firma electrónica refrendada” por oposición a una simple “firma electrónica” podría tener que aclararse ulteriormente, posiblemente en el contexto del proyecto de artículo B. El Grupo de Trabajo acordó que se reabriese el debate sobre la cuestión en una etapa posterior.

Inciso c) — Definición de “titular de la firma”

40. Aunque se mostró apoyo general al contenido del inciso *c)*, se planteó la pregunta de si la definición de “titular de la firma” debía simplemente reemplazar la definición de “signatario” que figura en el documento WP.79. Se sugirió que, si bien el titular de la firma y el signatario serían, en la mayoría de los casos, la misma persona, podría ser preciso utilizar ambos conceptos para distinguir el acto de firmar de la mera posesión de un dispositivo de firma. Mientras que el debate se centró en la definición de “titular de la firma”, se estimó en general que tal vez hubiera que reabrirlo en una etapa posterior en torno a la posible definición de “signatario”.

41. Se expresaron diversas opiniones sobre la formulación exacta del inciso *c)*. Una de ellas era que la definición no debía sólo abarcar situaciones en las que se utilizase una “firma electrónica refrendada” sino comprender también situaciones en que el dispositivo de firma se utilizase en el contexto de simples “firmas electrónicas”. En la medida en que al “titular de la firma” se le pudieran conceder derechos e imponer obligaciones conforme a los proyectos de artículo E, F y G, no había razones para no atribuir los mismos derechos y obligaciones a los usuarios de “firmas electrónicas” en general. Se reclamó cautela, no obstante, para no gravar a todos

los usuarios de firmas electrónicas con las obligaciones creadas al titular de la firma conforme a esos artículos. Por ejemplo, según las leyes de ciertos países, el simple mecanografiado del nombre del signatario al pie de un mensaje de correo electrónico puede bastar como “firma”. Pero no sería conveniente disponer que el signatario protegiese esas “firmas” en la misma medida que el “titular de la firma” debe proteger el “dispositivo de firma” que contiene una clave privada en el entorno de una infraestructura de clave pública (ICP). Se convino en general en que sería preciso examinar más el asunto en el contexto de los proyectos de artículo E a G.

42. Una opinión ampliamente compartida fue que el inciso c) debía aplicarse sólo al titular “legítimo” del dispositivo de firma, como persona cuyos derechos y obligaciones se trataban en posteriores artículos del Régimen Uniforme. Ninguna persona que entrase en posesión de un dispositivo de firma por medios fraudulentos debería ser protegido por el Régimen Uniforme.

43. Se expresó preocupación por que las palabras “en cuyo nombre” pudiesen plantear cuestiones relativas al derecho en materia de mandato y representación de personas jurídicas, en las que el Régimen Uniforme no debería mezclarse. Como respuesta, se observó que se había introducido una redacción análoga en la definición de “iniciador” conforme a la Ley Modelo, partiendo del supuesto de que toda consecuencia relativa al mandato debía resolverse mediante referencia al derecho aplicable fuera de la Ley Modelo. Se estimó en general que debía hacerse la misma suposición en el “Régimen Uniforme” (véase el párrafo 90, *infra*).

44. Otro motivo de preocupación fue que la noción de “titular de la firma” pudiera ser incoherente con la noción de “iniciador” conforme a la Ley Modelo. Se afirmó, respondiendo a esto, que mientras que el titular de la firma y el iniciador podían ser la misma persona, seguía estando justificado mantener dos definiciones, en vista de sus distintas finalidades. La noción de iniciador se utilizaba para determinar la persona a quien cabía atribuir el mensaje, mientras que el titular de la firma debía ser identificado para determinar las obligaciones de la persona que operase un dispositivo de firma.

45. Como cuestión de redacción, se sugirió que sería más correcta la noción de “titular de un dispositivo de firma”, aunque fuese más engorrosa, que la noción de “titular de la firma”.

46. Con el objeto de atender a algunas de las opiniones y preocupaciones expresadas, se sugirió que podría considerarse una redacción alternativa del inciso c) en el sentido siguiente:

“Por ‘signatario’ se entenderá una persona que legítimamente posea un dispositivo de creación de firmas y actúe a título propio o de la entidad que representa.”

47. El Grupo de Trabajo no concluyó sus deliberaciones respecto del inciso c). En el contexto del debate sobre la definición de “titular de la firma”, se expresó la opinión de que el alcance de la definición (como el alcance del proyecto de Régimen Uniforme en general) era demasiado amplio y que, en consecuencia, las diversas normas contenidas en él eran demasiado generales para dar una respuesta significativa a las dificultades con que se tropezaba en la práctica con res-

pecto a las infraestructuras de clave pública (ICP) en el contexto de las cuales se utilizaban las firmas digitales (para la continuación de las deliberaciones, véase el párrafo 66, *infra*).

48. El Grupo de Trabajo inició un debate general sobre el alcance del Régimen Uniforme. En vista de diversas observaciones y preocupaciones expresadas en etapas anteriores del examen, se sugirió que no debían utilizarse los conceptos de firma electrónica y de firma electrónica refrendada en el Régimen Uniforme ya que no se trataba en realidad de “firmas”, sino de técnicas que permitían la identificación del remitente de un mensaje de datos y la de los mensajes enviados. Por consiguiente, no había razón para utilizar el término “firma” para describir esas técnicas y, en realidad, el hacerlo podría crear confusión, ya que ese término era portador de significados estrechamente vinculados con su utilización en un entorno de papel y con los efectos jurídicos de su utilización en ese entorno. Se sugirió que el artículo 7 de la Ley Modelo ofrecía una norma que se ocupaba suficientemente del equivalente funcional de las firmas en los entornos de papel y electrónico en la medida en que esa norma era necesaria. No correspondía formular una norma que indicase cuáles técnicas de firma satisfacerían los requisitos del artículo 7, en vista de estos factores y de las dificultades inherentes a tratar de asegurarse de que tecnologías aún no desarrolladas pudiesen ser incluidas en el alcance de esa disposición. Además, se expresó la opinión de que adoptar una sola norma para indicar cuál técnica de firma satisfaría el artículo 7 de la Ley Modelo sería inapropiado, habida cuenta de la diversidad del concepto de “firma” en las diferentes tradiciones jurídicas.

49. Otra sugerencia fue que el Grupo de Trabajo debía examinar las tecnologías que se habían desarrollado y que se utilizaban en las operaciones comerciales, como las técnicas de firma digital dentro de una infraestructura de clave pública (ICP). Una vez acordadas las reglas sobre las ICP, sería posible considerar si esas normas podrían tener una aplicación más amplia. Sobre esa base, se propuso que el Grupo de Trabajo no siguiese adelante con el examen de los proyectos A a D del documento de WP.80, sino que se centrara en los proyectos de artículo F a H del documento WP.80 en el contexto de las ICP (véase el párrafo 4, *supra*).

50. Esa sugerencia recibió amplio apoyo, si bien se expresaron ciertos temores de que el enfoque basado en las ICP pudiese ser demasiado estrecho y propicio a que se discriminase contra tecnologías distintas de las ICP. Se sugirió que no debían desecharse sin ulterior examen los proyectos de artículo A a D, pero que el debate podría aplazarse hasta que se hubiesen examinado los proyectos de artículo F a H. Se señaló que, en particular, el proyecto de artículo B podía cumplir una importante función al definir el ámbito de aplicación de los artículos F a H. Además, se sugirió que el artículo E, que se ocupaba del principio de autonomía de la voluntad de las partes, sería importante para cualquier examen de las obligaciones de las partes en los artículos F a H. Otra sugerencia fue que se examinase también la cuestión del reconocimiento transfronterizo de firmas digitales y certificados extranjeros, como se trata en los proyectos de artículo 17 a 19 del documento A/CN.9/WG.IV/WP.76. Se observó igualmente que el documento WP.79 podía servir de útil referencia para determinar si había otras cuestiones (además de los proyectos de artículo E a H y cuestiones de reconocimiento transfronterizo) que pudiesen examinarse en el contexto de normas sobre ICP.

51. El Grupo de Trabajo convino en general en continuar su examen de estas cuestiones sobre la base de que se centraría en primer lugar en las normas para las ICP reflejadas en los proyectos de artículo E a H del documento WP.80, con la posibilidad de considerar la ampliación de esas normas una vez acordadas; que las cuestiones de la neutralidad de los medios y los efectos jurídicos de las ICP no debían proseguirse en esta etapa, sino tenerlas presentes para la continuación del debate en una etapa posterior, y que las cuestiones de reconocimiento transfronterizo se añadirían a los temas que se examinasen. Se reconoció que, dado que el documento WP.80 no había sido redactado pensando conforme a este enfoque, debía estimarse que el documento constituía sólo un punto de partida para el debate. En cuanto a la forma del Régimen Uniforme, si bien no se podía adoptar ninguna decisión definitiva en esta etapa, el Grupo de Trabajo adoptó como hipótesis de trabajo que las disposiciones que se preparaban serían normas jurídicas con comentario, y no meras directrices (para la continuación de las deliberaciones, véase el párrafo 72, *infra*).

52. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el contenido de los artículos E a G del proyecto.

Artículo E. *Autonomía contractual*

53. El texto del proyecto de artículo E examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“El titular de una firma y toda persona que pueda confiar en la firma electrónica del titular de la firma podrán convenir en que entre ellos la firma electrónica sea considerada una firma electrónica refrendada.”

54. Dado que el Grupo de Trabajo tenía que examinar la cuestión de la autonomía de las partes en el contexto de las infraestructuras de clave pública (ICP), se estimó que el criterio del proyecto de artículo E era tal vez demasiado limitado y que la cuestión requería un enfoque más amplio. Si bien se convino en general en que las partes comerciales debían tener autonomía contractual y repartirse los riesgos, tal vez convenía fijar algunos límites, por ejemplo, en relación con la protección del consumidor o con otras cuestiones de orden público.

55. A fin de facilitar el debate sobre un enfoque más amplio de la autonomía de las partes, se propuso el siguiente texto:

“1) El presente Régimen se propone regular únicamente las relaciones comerciales y no podrá aplicarse de ninguna forma que entre en conflicto con leyes de protección del consumidor.

“2) Las partes comerciales podrán convenir, expresa o implícitamente, en apartarse de algún aspecto del presente Régimen o en modificarlo.

“(En el comentario se diría que ‘nada de lo dispuesto en el presente Régimen es imperativo’.) (En el comentario se diría que la presente disposición sobre autonomía se refiere únicamente al presente Régimen y no afecta al orden público ni a las leyes imperativas aplicables a contratos, como las disposiciones relativas a los contratos leoninos.)

“3) Nada de lo dispuesto en el presente Régimen se aplicará de modo que excluya, restrinja o discrimine otras posibles formas de firmas electrónicas [que cumplan los re-

quisitos del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico] [que sean aplicables a un mensaje de datos y sean tan fiables 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.]”

56. Se apoyó en general la idea de adoptar un artículo similar al texto propuesto. En cuanto a la redacción, se sugirió que la referencia al consumidor en el párrafo 1 del proyecto de artículo se ajustara al texto de la nota ** al artículo 1 de la Ley Modelo, que dice: “La presente Ley no deroga ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor” (véanse los párrafos 20, *supra*, y 70, *infra*). También se sugirió que se suprimiera el segundo corchete del párrafo 3), ya que la referencia al artículo 7 de la Ley Modelo era la opción más apropiada y que, a fin de ajustar el texto al artículo 7, se suprimieran las palabras “formas de firmas electrónicas” y se sustituyeran por la palabra “métodos”. Además, se sugirió que el título del proyecto de artículo E se sustituyera por las palabras “autonomía de las partes”. Estas propuestas de redacción recibieron un apoyo general.

57. Se sostuvo que la referencia al acuerdo entre las partes no trataba con suficiente claridad la cuestión de los posibles perjuicios de terceros que no fueran partes en el acuerdo. A fin de asegurar que un acuerdo entre las partes no pudiera tener repercusiones para terceros, se propuso que se adoptara la referencia del proyecto de artículo E en el sentido de que las partes tuvieran libertad para acordar ciertos efectos “entre ellas”. Estas sugerencias recibieron un amplio apoyo.

58. Se expresó cierta inquietud sobre el significado del párrafo 3) y su relación con los párrafos 1) y 2). Se señaló que mientras que los párrafos 1) y 2) estaban claramente relacionados con la cuestión de la autonomía de las partes, el párrafo 3) introducía un principio distinto: el de la no discriminación. Por el momento, no se examinó más el contenido de esa disposición, pero se propuso que el párrafo 3) constituyera un artículo independiente. Esta propuesta recibió un amplio apoyo. Por lo que respecta al significado del párrafo 3), se argumentó que esa disposición no era necesaria, ya que la finalidad del proyecto de Régimen no sería beneficiar a una técnica determinada, aunque se hiciera hincapié en las infraestructuras de clave pública. Sin embargo, se consideró que, hasta que el Grupo de Trabajo no adoptara una decisión definitiva sobre si el Régimen Uniforme regularía alguna consecuencia jurídica de la utilización de firmas numéricas o de otras firmas electrónicas, una disposición similar al párrafo 3) propuesto resultaba útil.

59. Otro problema que planteaba el artículo propuesto era que, al examinarse en el contexto del proyecto de artículo F, que regulaba las obligaciones tanto contractuales como extracontractuales, el artículo propuesto sobre autonomía de las partes podría permitir que éstas convinieran en modificar las normas de responsabilidad extracontractual. Frente a este argumento se sostuvo que, en las relaciones comerciales, las partes debían tener libertad para modificar esas obligaciones y, por ejemplo, aceptar niveles de responsabilidad superiores o inferiores a los que pudieran prever las normas generales de responsabilidad extracontractual.

60. A fin de tener en cuenta las diversas opiniones y preocupaciones expresadas durante el debate, se presentó la siguiente propuesta modificada:

“1) El presente Régimen Uniforme se aplicará únicamente a las relaciones comerciales y no se aplicará con miras a derogar leyes destinadas a proteger al consumidor.

“2) Las partes comerciales podrán acordar entre ellas, expresa o implícitamente, la posibilidad de apartarse de cualquier aspecto del presente Régimen o de modificarlo.

“(En el comentario se diría que ‘nada de lo dispuesto en el presente Régimen es imperativo’.) (En el comentario se diría que la presente disposición sobre autonomía se refiere únicamente al presente Régimen y que no afecta al *orden público* ni a las leyes imperativas aplicables a los contratos [, como las disposiciones relativas a los contratos leoninos].) (En el comentario puede examinarse la importancia de las palabras ‘entre ellas’.)

“3) Nada de lo dispuesto en el presente Régimen se aplicará de modo que excluya, restrinja o discrimine otros posibles métodos [de firma] que cumplan los requisitos del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.”

61. La propuesta revisada recibió un amplio apoyo. Sin embargo, se sugirió que el principio de la autonomía de las partes podía expresarse de forma más sucinta. También se expresaron dudas sobre si el Régimen debía limitarse a las relaciones comerciales, como se indicaba en el párrafo 1) de la propuesta, o si los artículos F a H del proyecto podían ser también útiles en el contexto de los consumidores. Se sugirió que el Régimen fuera aplicable tanto a los consumidores como a las partes comerciales, siempre y cuando el derecho imperativo para la protección del consumidor no resultara afectado. Se expresó la opinión de que la referencia a la ley imperativa o al *orden público* debería pasar del comentario al texto de la norma propuesta, de forma explícita.

62. A fin de tener en cuenta algunas de las preocupaciones planteadas en relación con los párrafos 1) y 2) de la propuesta, se sugirieron términos como los siguientes:

“El presente Régimen sólo será aplicable cuando las partes no hayan convenido otra cosa y no derogará ninguna ley imperativa ni el *orden público*.”

Esta propuesta recibió cierto apoyo.

63. Se observó que, a fin de llegar a un acuerdo adecuado sobre el alcance de un artículo relativo a la autonomía de las partes, tal vez hubiera que examinar la naturaleza de los artículos F a H del proyecto. Se consideró, por una parte, que esos artículos tenían la finalidad de ser disposiciones supletorias o de llenar un vacío cuando las partes no hubieran acordado nada sobre las cuestiones abarcadas. Por otra parte, se sostuvo que los artículos del proyecto serían aplicables a menos que las partes convinieran otra cosa. La opinión de que los artículos F a H del proyecto debían ser disposiciones encaminadas a llenar vacíos recibió un fuerte apoyo.

64. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que tanto la propuesta detallada como la propuesta concisa de un nuevo artículo sobre la autonomía de las partes abordaban el mismo principio. El Grupo de Trabajo convino en que, para reanudar los debates en un futuro período de sesiones, el artículo revisado sobre la autonomía de las partes debería: abordar el mantenimiento de las leyes de protección del consumidor; centrarse en las relaciones comerciales, definidas en la nota **** al artículo 1 de la Ley Modelo; asegurar la libertad de las partes para llegar a un

acuerdo, y preservar las leyes imperativas. El Grupo de Trabajo convino en que estos principios sobre la autonomía de las partes constituirían una base satisfactoria para el examen de los artículos F a H del proyecto y que el debate sobre la autonomía de las partes podría reanudarse ulteriormente en función del examen de dichos artículos. Con respecto a la necesidad de una disposición sobre la no discriminación, que se había planteado en la propuesta de un artículo más detallado sobre la autonomía de las partes, no se adoptó ninguna decisión. Se acordó aplazar el examen de ese principio hasta que se hubieran estudiado los artículos F a H del proyecto.

Artículo F. *Obligaciones del titular de la firma*

65. El texto del proyecto de Artículo F examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) El titular de la firma tendrá la obligación de:

“a) Actuar con diligencia para evitar toda utilización no autorizada de su firma;

“b) Dar aviso [a quien corresponda] [lo antes posible] cuando exista el riesgo de que su firma quede en entredicho y pueda utilizarse para crear firmas electrónicas reñidas no autorizadas;

“c) Asegurar que todas las declaraciones o manifestaciones materiales hechas por el titular de la firma a certificadores de información y a partes que confían en él sean exactas y completas, según conste al titular de la firma.

“2) El titular de la firma será responsable de las consecuencias de su cumplimiento de las obligaciones enunciadas en el párrafo 1).”

Observaciones generales

66. Como conclusión provisional de sus deliberaciones sobre la definición de “titular de la firma” en el proyecto de artículo A (véanse los párrafos 40 a 47, *supra*), el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si el “titular de la firma” debía ser el sujeto de las obligaciones expuestas en el proyecto de artículo F. Se recordó que, dado que la noción de “firma” se utilizaba como referencia a un dispositivo técnico y no a la noción jurídica de firma, el uso de la expresión “titular de la firma” podía prestarse a interpretaciones equivocadas. Se sugirió que debía preferirse la expresión “titular del dispositivo”. Se recordó también que, vista la decisión del Grupo de Trabajo de examinar primeramente las cuestiones de las ICP antes de ampliar quizá el alcance del Régimen Uniforme para que abarcara igualmente otras técnicas de firma electrónica, podía ser más conveniente utilizar la terminología establecida de las ICP. Se sugirió, en consecuencia, que podían ser preferibles términos como “signatario” o “titular de la firma”. Aunque hubo acuerdo general para reemplazar la expresión “titular de la firma” por otra más adecuada, no se adoptó ninguna decisión definitiva sobre en qué podía consistir esa expresión más adecuada. Se decidió que tal vez hubiera que reexaminar la utilización de las expresiones “titular del dispositivo”, “titular del dispositivo de firma”, “titular de la clave” y “suscriptor”, todas las cuales se utilizaron como sinónimos durante el debate, y definir las en una etapa posterior.

67. En el contexto de ese debate, se señaló que las nociones de “titular de la clave” y “suscriptor” podían corresponder a diferentes períodos en el ciclo de vida de un par de claves. Se sugirió que, mientras que el par de claves se crearía normalmente antes de la solicitud de un certificado, el Régimen Uniforme debía aplicarse únicamente a las claves y a los titulares de claves en el tiempo en que se expidiese (o solicitase) un certificado de identidad para permitir la utilización práctica de las claves. Se expresó apoyo a favor de esa sugerencia. No obstante, la opinión predominante fue que, si bien las obligaciones del titular de la clave debían nacer sólo con respecto a los pares de claves efectivamente protegidos por un certificado (es decir, en el momento en que se expidiese el certificado), el deber del titular de la clave de proteger esas claves certificadas contra un uso indebido debía retrotraerse al momento de la creación del par de claves.

68. Respecto a la referencia general a las ICP y a la terminología de las ICP, se expresó el parecer de que la interacción de las relaciones entre tres tipos distintos de partes (es decir, titulares de claves, entidades certificadoras y partes que confían en las firmas) correspondía a un posible modelo de ICP, pero que eran concebibles otros modelos, por ejemplo, cuando no participaba ninguna entidad certificadora independiente. Esa opinión fue generalmente aceptada por el Grupo de Trabajo. Sin embargo, se estimó también en general que uno de los principales beneficios que cabía extraer de centrarse en las cuestiones de ICP era facilitar la estructuración del Régimen Uniforme con referencia a tres funciones (o papeles) con respecto a los pares de claves, a saber, la función del emisor (o suscriptor) de la clave, la función de certificación y la función de confianza. Hubo acuerdo general en que esas tres funciones eran comunes a todos los modelos de ICP. Se convino también en que esas tres funciones debían ser abordadas independientemente de que fueran desempeñadas por tres entidades separadas o de que dos de esas funciones fuesen desempeñadas por la misma persona (por ejemplo, cuando la entidad certificadora era también la parte que confiaba en la firma). Además, fue parecer difundido que centrarse en las funciones típicas de las ICP y no en algún modelo concreto podía facilitar el desarrollo, en una etapa posterior, de una norma plenamente neutral con respecto a los medios técnicos (para la continuación de las deliberaciones véase el párrafo 109, *infra*).

69. El Grupo de Trabajo examinó luego quién podía ser el sujeto de las obligaciones enumeradas en el proyecto de artículo F. Se juzgó generalmente que sólo debía tenerse en cuenta al titular “legítimo” de la clave. Además, hubo acuerdo general en que sólo un titular de clave consciente de que se hallaba en posesión de un par de claves y que hubiese mostrado intención de utilizar la clave debía ser considerado sujeto de las obligaciones. Se hizo referencia a la titularidad de una tarjeta de crédito como análoga a la de un par de claves. Con todo, hubo conciencia de que se debían tener igualmente en cuenta otros tipos de situación. Por ejemplo, un posible comprador podría recibir de un comerciante un par de claves para utilizarlos con el fin de asegurar posibles operaciones con ese comerciante. Ese par de claves podía ser enviado como mensaje electrónico, sin que el receptor del mensaje se enterara de la emisión y la atribución de ese par de claves. Se convino en general en que, en ese caso, el receptor del par de claves no debía estar incluido en ninguna definición de “titular de la clave” y no estaría sometido a ninguna obligación conforme al Régimen Uniforme. Se se-

ñaló que la noción de “diligencia razonable” podría atender suficientemente a esta situación, puesto que no podía esperarse ninguna “diligencia razonable” en cuanto al par de claves del titular no enterado.

70. En el contexto del debate sobre quién podía ser el sujeto de las obligaciones enumeradas en el proyecto de artículo F, el Grupo de Trabajo examinó las consecuencias de su anterior decisión de ocuparse de las cuestiones de las leyes de protección a los consumidores mediante una disposición análoga a la nota ** al artículo 1 de la Ley Modelo. Se expresó la opinión de que (por lo menos conforme a las leyes de un número limitado de países), incluso si un titular de clave había expresado la intención de utilizar un par de claves, las obligaciones establecidas en el proyecto de artículo F podían considerarse demasiado duras si hubiera que considerar al titular de la clave como un consumidor. Aunque se juzgó en general que, en un gran número de países, el deber general de diligencia expresado en el proyecto de artículo F se aplicaría también a los consumidores, el Grupo de Trabajo reafirmó su decisión de no emprender la preparación de un derecho específico para los consumidores en relación con el comercio electrónico. Se recordó que, según esa decisión, no obstante, los consumidores no quedaban excluidos del ámbito del Régimen Uniforme y que correspondería a cada Estado promulgante determinar la necesidad de excluir a categorías concretas de usuarios de claves de la aplicación del Régimen (para las deliberaciones anteriores, véanse los párrafos 20 y 56, *supra*).

71. El Grupo de Trabajo prosiguió con un debate acerca de la persona o las personas a quienes el titular de la clave debía las diversas obligaciones establecidas en el proyecto de artículo F. Se expresó el parecer de que esas obligaciones se debían a la entidad certificadora o a cualquier otra parte que pudiese confiar en una firma digital en el contexto de relaciones contractuales con el titular de la clave. La opinión predominante fue, sin embargo, que las obligaciones del titular de la clave se debían a cualquier parte que pudiese razonablemente confiar en una firma digital, independientemente de si esa parte estaba o no vinculada con el titular de la clave en una relación contractual. Si bien las relaciones entre el titular de la clave y una entidad certificadora o un emisor independiente de la clave serían normalmente de naturaleza contractual, la relación entre el titular y las partes que confiaban en la firma podía ser contractual en el contexto de la operación comercial o basarse en la responsabilidad extracontractual. Dada su naturaleza general, se sugirió que las “obligaciones” enunciadas en el proyecto de artículo F podrían describirse más correctamente como “deberes” del titular de la clave. El Grupo de Trabajo tomó nota de esa sugerencia. Hubo acuerdo general en que el texto del Régimen Uniforme debía poner en claro que las obligaciones del titular de la clave tenían que deberse a cualquier parte que confiase razonablemente en la utilización de una clave y experimentase una pérdida como resultado de la omisión del titular de la clave en el cumplimiento de sus obligaciones. También se acordó que, a los efectos del proyecto de artículo F, la noción de “parte que razonablemente confiaba” en el uso de una clave debía comprender a las entidades certificadoras.

72. En el contexto del debate general sobre el proyecto de artículo F, se expresó la opinión de que la actual insistencia del Régimen Uniforme en el establecimiento de un conjunto de disposiciones prescriptivas de naturaleza legislativa era

en exceso ambiciosa (véanse los párrafos 19 y 51, *supra*). Por consiguiente, se sugirió que las cuestiones que actualmente se trataban en el Régimen Uniforme podrían resolverse más fácilmente si se reexaminase la finalidad de la naturaleza de todo el proyecto. Se propusieron dos posibles soluciones alternativas al actual proyecto. Una de ellas era limitar el contenido del Régimen a una disposición legislativa modelo de carácter general, cuyo efecto sería prever el reconocimiento más amplio posible de la autonomía de la voluntad de las partes. El resto de las cuestiones a que actualmente se refería el Régimen Uniforme podría entonces abordarse mediante una guía jurídica orientada a ayudar a las partes en la estructuración de sus contratos respecto de las cuestiones relacionadas con las firmas electrónicas. Otra posibilidad era ocuparse de todo el conjunto de cuestiones tratadas en el Régimen Uniforme mediante una guía legislativa, posiblemente acompañada de disposiciones ilustrativas. Aunque se señaló que la presente hipótesis de trabajo respecto de la preparación de disposiciones legislativas modelo acompañadas por una guía legislativa podía, en la práctica, diferir escasamente de la segunda de las posibilidades propuestas, el parecer muy predominante fue que el Grupo de Trabajo debía proseguir su tarea (cuya importancia se reafirmó aunque algunas delegaciones pusieran en duda su viabilidad) sobre la base de la actual hipótesis de trabajo (véase el párrafo 51, *supra*). Se observó que, cuando correspondiera, el Grupo de Trabajo podría estudiar la introducción de formulaciones optativas en el texto del Régimen Uniforme.

Párrafo 1)

Inciso a)

73. Fue parecer generalizado que debían insertarse nuevos elementos junto con la noción de “evitar toda utilización no autorizada de la clave”. Se sugirió que el titular de la clave debía estar obligado a: evitar el uso indebido de la clave, y actuar con diligencia reteniendo el control de la clave y el de la información contenida en el dispositivo de firma o utilizada en relación con ese dispositivo para crear la firma digital. Se acordó en general que era indispensable la noción de “control” de la clave y de la información en ella contenida, especialmente para determinar el momento en que el titular de la clave debía asumir las obligaciones expuestas en el proyecto de artículo F. En particular en las situaciones en que el control de la clave se transfiriera entre varios titulares sucesivos, el proyecto de artículo F debía dejar claro que sólo la persona que tuviese la clave bajo su control estaba obligada a protegerla.

74. En relación con el debate sobre quién tiene la clave bajo su control, se planteó la cuestión de si, en algún momento, pudiera haber más de un titular de la misma clave. Se propuso añadir al párrafo 1) un texto de este o parecido tenor: “Si [hay titulares comunes] [más de una persona tiene la clave bajo su control], los deberes conforme al párrafo 1) tienen carácter solidario”. El Grupo de Trabajo tomó nota de la propuesta y decidió que quedase reflejada en el proyecto revisado de Régimen Uniforme que se prepararía para continuar el debate en un período de sesiones posterior.

75. Con respecto a las palabras “actuar con diligencia”, se observó que el proyecto de artículo F reflejaba el supuesto de que la responsabilidad del titular de la clave se basara en

una norma de diligencia (denominada también “responsabilidad por negligencia”) y no en la noción de responsabilidad objetiva.

Inciso b)

76. Recibió apoyo general una norma en el sentido del inciso b). Se señaló que las palabras entre corchetes indicaban dos importantes asuntos que había que aclarar: las personas a las que había que dar aviso y el momento en que había que darlo.

77. Sobre la primera cuestión, se formuló la sugerencia de que no debía incluirse en el texto ninguna referencia a las partes que había que avisar, o que, por lo menos, no se debía especificarlas, ya que, si se distribuían las funciones de la entidad certificadora, podrían ser competentes varios órganos distintos. Se propuso que esta cuestión volviera a examinarse en un momento posterior, cuando resultase claro cómo se resolvería la cuestión del alcance de los deberes comprendidos en el Régimen y las personas a las que se aplicarían. En ese momento, podría incluirse en este artículo una referencia concreta a las personas pertinentes. Por las mismas razones, se sugirió que se mantuviese la expresión “a quien corresponda”.

78. Sobre la cuestión del momento en que debía darse aviso, se sugirió que se adoptase “sin demora injustificada”, ya que la expresión era bien comprendida y ampliamente utilizada en varios ordenamientos jurídicos y proporcionaba una norma convenientemente flexible.

79. Se planteó una cuestión conexa acerca del momento en que nacía el deber de dar aviso. Una posibilidad que se mencionó fue que nacía al menos desde el momento en que se tenía conocimiento real de que la clave estaba en entredicho, pero se sugirió que podía nacer antes si se podía demostrar que el titular de la clave debería haber sabido o habría sabido que la clave se encontraba en entredicho. Otra opinión fue que el deber de dar aviso nacía cuando el titular de la clave tenía “suficientes motivos de sospecha” o una “sospecha razonable” de que la clave estuviese en entredicho o de que estuvo o podía haberlo estado. Se preguntó si había diferencia entre la prueba del conocimiento en la primera propuesta y la cuestión del hecho de la situación comprometida en la segunda. Se expresaron opiniones divergentes sobre si estas normas eran iguales o lograban el mismo resultado o si éste era en todos los casos deseable. Respecto del último punto se expresó la opinión de que asignar la responsabilidad sobre la base de que la clave “podía haber estado en entredicho” imponía una carga demasiado pesada al titular de la clave y podría desalentar la utilización de la tecnología. Tras el debate, el Grupo de Trabajo convino en general en que había que incluir los dos criterios en un proyecto revisado de inciso b) para su futuro examen.

80. Se sugirió que la norma contenida en el inciso b), aunque se refería en sustancia a la cuestión de la negligencia, había de ser complementada con otra referente a la imputación del riesgo. Si hubiera que tener en cuenta el riesgo, sería necesario decidir cuándo el riesgo se pasaba al titular de la clave —cuando se daba aviso, cuando se recibía el aviso o cuando se adoptaban medidas a raíz del aviso. Se señaló como respuesta que las cuestiones del traslado del riesgo eran diferentes de las normas sobre una conducta correcta y

razonable, basadas en el concepto de culpa. El concepto de riesgo era importante cuando no estaba en juego la culpa. Debían mantenerse separados ambos tipos de norma, ya que la responsabilidad no podía asimilarse al riesgo. Se observó que el inciso *a)* definía un deber de actuar con diligencia respecto de la clave que, conforme al párrafo 2) podía dar lugar a responsabilidad en el caso en que no se hubiera actuado así. En tal caso, el inciso *b)* era importante, ya que proporcionaba un medio por el cual el titular de la clave podía mitigar los efectos de la omisión de actuar con diligencia, dando aviso de la situación comprometida de la clave. En el contexto de la responsabilidad, se señaló también que podría ser importante tener presente la base de la relación entre las partes, contractual o no contractual, y el contenido del posible contrato. Hubo apoyo general para que se formulase una norma basada en la culpa.

81. Se formuló la pregunta de si el Grupo de Trabajo deseaba estudiar la posibilidad de abordar los efectos jurídicos de la omisión en cuidar de la clave. Un parecer fue que, dado que anteriormente había resultado muy difícil llegar a un consenso sobre esta cuestión, no debía ser examinada ahora. Otra sugerencia fue que el documento WP.79 se refería con mayor detalle a cuestiones relativas a los efectos y ofrecería un punto de partida útil para el ulterior examen de estas cuestiones. Otra opinión más fue que la responsabilidad no podía tratarse en detalle más allá de lo contenido en el párrafo 2), que quedaba aún por examinar.

82. Como cuestión de redacción, se sugirió que las palabras “y pueda utilizarse para crear firmas electrónicas refrendadas no autorizadas” no eran necesarias, ya que quedaba claro para qué podía utilizarse el dispositivo de firma, y no era preciso decirlo.

83. El Grupo de Trabajo convino en que un futuro proyecto de inciso *b)* debía reflejar los cambios debatidos: había que dar aviso “sin demora injustificada”; las dos normas “supo o debía haber sabido” y “está o podría haber estado en entredicho” debían ponerse entre corchetes como textos alternativos, y debían suprimirse las palabras “y pueda utilizarse para crear firmas electrónicas refrendadas no autorizadas”.

Inciso c)

84. Se sugirió que se suprimieran las palabras “a certificadores de información y a partes que confían en él”, ya que si bien eran probablemente las manifestaciones hechas a esas partes las que deberían regularse, era concebible que se hicieran manifestaciones a otras partes pertinentes. El artículo debía centrarse en la obligación de que la información fuera exacta y completa, independientemente de la persona a la que se comunicara la información. Frente a esta sugerencia, se señaló que, si se suprimían las palabras referentes a los certificadores de información y a las partes que confiaban en el titular, podía darse a entender que la obligación era ilimitada, cuando lo importante era hacer hincapié en las manifestaciones relacionadas con el proceso de identificación. Se propuso que después de las palabras “declaraciones o manifestaciones materiales” se añadieran las palabras “que guarden relación con la expedición del certificado”.

85. En relación con la prueba objetiva se sugirió también que después de las palabras “declaraciones o manifestaciones materiales” se agregaran las palabras “que tengan perti-

nencia para el proceso de expedición de un certificado o que estén incluidas en el certificado”. Se argumentó que esa prueba limitaba el inciso *c)* a las declaraciones efectuadas por el titular de la clave o por la persona que solicitara un certificado y no sería pertinente en los casos en que el titular de la clave no solicitara un certificado. Sin embargo, no se pretendía que esas palabras se interpretaran en el sentido de que la persona que solicitara un certificado fuera responsable de las declaraciones incorrectamente enunciadas en el certificado o que no estuvieran basadas en información proporcionada por el solicitante de un certificado. En tales casos, el certificador de información tendría, en virtud del proyecto de artículo H, una obligación correspondiente con respecto al contenido del certificado. No obstante, el titular de la clave, de interpretarse estrechamente la obligación, sería responsable ante la parte que confiara en él si ésta sufriera pérdidas o daños a consecuencia de información errónea o falsa facilitada por el titular de la clave y especificada en el certificado. En contra de que se limitara el inciso al proceso de certificación se sostuvo que la obligación enunciada en el inciso *c)* debía ser general e incluir el suministro de información en virtud del inciso *b)*.

86. En otra propuesta referente al inciso *c)* se sugirió que esa disposición se dividiera en dos partes. Las declaraciones efectuadas a una parte que confiara en el titular podrían quedar abarcadas por la obligación general de que la información fuera completa y exacta, mientras que las declaraciones efectuadas a un certificador de información con miras a obtener un certificado podrían regularse en otro inciso. En el caso de la información facilitada al certificador de información, se puso de relieve la relación entre la obligación prevista en este proyecto de artículo y la enunciada en el proyecto de artículo H 1) *b)* (que imponía una obligación con respecto a la información que debía certificarse).

87. Se expresó cierta inquietud acerca de las personas a las que habrían de aplicarse las obligaciones previstas en el párrafo 1). Se señaló que tal vez no fuera apropiado considerar que el artículo F en su conjunto imponía obligaciones a la misma persona, ya que de hecho los incisos del actual proyecto se referían a distintos conceptos. Por ejemplo, el inciso *a)* se refería a información y al mecanismo en que se almacenaba esa información y a la forma en que se utilizaba. Tal vez la obligación no fuera aplicable únicamente al titular de la clave sino a una categoría más amplia de personas. Por otra parte, el inciso *c)* se refería a información en forma de declaraciones efectuadas a ciertas personas con miras a obtener un certificado. Esas diferencias tal vez tuvieran que tratarse por separado al revisar las obligaciones enunciadas en el párrafo 1) del proyecto de artículo F.

88. Con respecto a la constancia que tuviera de la información el titular de la clave en el momento de efectuar declaraciones, se señaló que ese elemento era innecesariamente subjetivo y poco consistente y podría entrañar, por ejemplo, una menor responsabilidad cuando el titular de la clave fuera temerario o inepto. Era preciso redactar la disposición en términos objetivos dejando claro que ésta no era la consecuencia que se pretendía dar al inciso. Se sugirió que las palabras “según conste al titular de la firma” se sustituyeran por una referencia al criterio de la debida diligencia; el inciso podría empezar con las palabras “actuar con la debida diligencia al asegurar que ...”. Con respecto a las palabras “exactas y completas”, se expresó un parecer en el sentido de que la referen-

cia a una declaración “completa” era superflua, ya que, en algunas jurisdicciones, el concepto de “lo completo” estaba ya incluido en el concepto de “lo exacto”. El Grupo de Trabajo tomó nota de esa opinión.

89. Con respecto a la terminología, el Grupo de Trabajo examinó de nuevo el significado de varios términos y expresiones, como el titular de la firma, el titular del dispositivo, el titular de la clave, el dispositivo de firma, el dispositivo de creación de firmas, el dispositivo de verificación de firmas (véanse los párrafos 40 a 47, *supra*). Se propuso que por “titular de la clave” se entendiera la persona que adjuntara o en cuyo nombre se adjuntara la firma al mensaje de datos y se adoptara así el enunciado del inciso *c*) del artículo A en el documento WP.80, una definición en la que se reconocía el concepto de representación. Con respecto al dispositivo o a la firma utilizada, el Grupo de Trabajo convino en general en que lo que se examinaba no era el dispositivo utilizado para crear la clave sino el utilizado para crear la firma.

90. El Grupo de Trabajo estudió la conveniencia de agregar al texto el concepto de representación en relación con el titular de la clave (para las deliberaciones anteriores, véase el párrafo 43, *supra*). Según la opinión general, este concepto no debería figurar en el Régimen Uniforme, ya que sería difícil llegar a un acuerdo sobre los principios de representación, y la inclusión de ese concepto en el texto daría al proyecto de artículo F un alcance demasiado amplio. Cuando hubiera intermediario, como en el caso de un empleado que utilizara un mecanismo de firma para la empresa, ese artículo, sin perjuicio del derecho de sociedades, haría que la firma del empleado se considerase como la de la empresa, que era de hecho la “titular de la clave”. El Grupo de Trabajo reafirmó su decisión anterior de que las cuestiones de representación debían resolverse en el derecho aplicable.

91. En cuanto a la redacción, se sostuvo que en algunas jurisdicciones el término “material” no era apropiado y, por lo tanto, no debería utilizarse. También se sugirió que, habida cuenta de que la obligación prevista en el inciso *c*) precedía temporalmente a la obligación enunciada en el inciso *a*), se invirtiera el orden de esos dos incisos.

92. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo convino en que el inciso *c*) se limitara a abordar las obligaciones del titular de la clave en el contexto del proceso de certificación; el titular de la clave asegurara que las manifestaciones fueran exactas y completas; la referencia a “según conste al titular de la firma” se sustituyera por las palabras “actuará con la debida diligencia” al principio del inciso; se completaran las palabras “declaraciones o manifestaciones materiales” con las palabras “que tengan pertinencia para el proceso de expedición de un certificado o que figuren en el certificado”, pero dejando claro que el titular de la clave sólo sería responsable de tales declaraciones cuando estuvieran debidamente consignadas en el certificado y no sería responsable de los errores e inexactitudes introducidos por el certificador de información; se suprimieran las palabras “a certificadores de información y a partes que confían en él”; se invirtiera el orden de los incisos *a*) y *c*); no se abordara el concepto de representación en este artículo.

Párrafo 2)

93. La propuesta de mantener el proyecto de párrafo 2) sin enmiendas recibió cierto apoyo. Sin embargo se expresó in-

quietud por el hecho de que el Régimen Uniforme aludiera a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las obligaciones enunciadas en el proyecto de párrafo 1). Un modo de abordar esas consecuencias era hacer una referencia concreta al derecho nacional o al derecho aplicable, y una segunda solución, promover la armonización estudiando las posibles consecuencias de una disposición uniforme que regulara la cuestión de los daños y perjuicios pero no vinculara al titular de la clave a las consecuencias de la utilización del mecanismo de firma, particularmente debido a que podían plantearse cuestiones de autorización e intención. No obstante, se estimó por otra parte que el mensaje de datos debería atribuirse al titular de la clave (véanse los párrafos 97 y 104, *infra*). A fin de centrar el párrafo 2) en los daños y perjuicios más que en las consecuencias, se propuso que se adoptara el siguiente texto: “El titular de la clave será responsable de los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento de las obligaciones enunciadas en el párrafo 1)”. A fin de abordar las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las obligaciones enunciadas en el proyecto de párrafo 1), se propuso también que se estudiara el proyecto de artículo 7 recogido en el documento WP.79, o tal vez un artículo similar al artículo 74 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Con miras a examinar más a fondo esta propuesta se sugirió el siguiente texto basado en el artículo 74:

“La responsabilidad del titular de la clave no podrá exceder de la pérdida que el titular de la clave hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de su incumplimiento, tomando en consideración los hechos de que el titular de la clave tuvo o debió haber tenido conocimiento como consecuencias posibles del incumplimiento, por parte del titular de la clave, de las obligaciones enunciadas en el párrafo 1).”

94. A raíz de esta propuesta basada en el artículo 74 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, se argumentó que la responsabilidad que pudiera derivarse de un contrato de compraventa de mercaderías no era la misma que la que pudiera derivarse de la utilización de una firma, y no podía cuantificarse del mismo modo. Si bien los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato de compraventa de mercaderías eran previsibles, no ocurría lo mismo en el caso de la utilización de una técnica de firma determinada. Se dijo en ese contexto que, en virtud del Régimen Uniforme, el empleo de una técnica de firma determinada no debía traducirse en ninguna limitación especial de responsabilidad (ni en ninguna otra ventaja competitiva sobre los usuarios de firmas manuales tradicionales) que beneficiara a los usuarios de la tecnología electrónica. Por otra parte, se opinó que la prueba de la previsibilidad de los daños y perjuicios era una norma de aceptación internacional que podía resultar útil en el contexto de las firmas y facilitar la redacción de una disposición uniforme. También se estimó que, si había que examinar un artículo sobre daños y perjuicios, tal vez fuera necesario hacer una distinción entre los daños y perjuicios derivados de la actuación del titular de la clave y de su incumplimiento de lo exigido en el proyecto de párrafo 1), y los daños y perjuicios derivados de la omisión de toda actuación por parte del titular de la clave, es decir, entre los daños y perjuicios directos y los indirectos.

95. Se sugirió que las obligaciones del titular de la clave en el artículo F se analizaran en función de las partes o de

las clases de partes respecto de las cuales debiera cumplirse la obligación: el certificador de información, por un lado, y un grupo de posibles partes que confiaran en el titular, por otro. Estaba claro que la relación entre el titular de la clave y el certificador de información sería una relación contractual que se regiría por el derecho aplicable. Se expresaron dudas sobre si era apropiado aplicar a tal relación contractual una regla sobre la previsibilidad de los daños y perjuicios o sobre su carácter lejano. Con respecto al grupo de partes que confían en el titular, se estimó que tal vez sería más apropiado establecer una regla que determinara cuáles de las partes que confían en el titular podían sufrir previsiblemente daños y perjuicios y el tipo de daños y perjuicios de los que el titular de la clave sería responsable. Se expresaron dudas sobre si el artículo 74 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa englobaba ambos conceptos y sobre si, en cualquier caso, sería apropiado formular una única regla de previsibilidad que abarcara las obligaciones enunciadas en los incisos *a*) a *c*) del proyecto de párrafo 1). También se señaló que el proyecto de artículo G regulaba cuestiones relativas a la parte que confiaba en el titular y habría de ser tenido en cuenta en cualquier otro artículo que abordara las consecuencias del incumplimiento, por parte del titular de la clave, de las obligaciones previstas en el proyecto de artículo F.

96. A fin de aclarar el ámbito de aplicación del proyecto de párrafo 2), se propuso que se suprimieran las palabras “consecuencias de su incumplimiento de las obligaciones enunciadas en el párrafo 1)”, para evitar así toda incertidumbre sobre el posible significado de la inclusión de esas palabras en el texto y para evitar consideraciones sobre si la obligación incumplida era contractual. También se señaló que las palabras “las consecuencias” podían dar a entender que abarcaban *todas* las posibles consecuencias y no reflejaban la idea del carácter lejano de esas posibles consecuencias. La propuesta de suprimir esas palabras recibió un amplio apoyo.

97. Se expresó también la preocupación de que, de leerse conjuntamente los artículos F y G del proyecto, pudiera producirse un efecto jurídico distinto de la responsabilidad, que es la atribución. Se sostuvo que para evitar toda incertidumbre era imprescindible adoptar una regla o una presunción rebatible sobre la atribución de la firma. Si bien algunas opiniones coincidieron en que tal artículo podría resultar útil y fomentaría una mayor confianza en el comercio electrónico, se señaló que indudablemente surgirían dificultades en el contexto del artículo 13 de la Ley Modelo referente a la atribución de los mensajes de datos. Se convino en general en que la atribución no fuera examinada en el contexto del proyecto de artículo F (véase el párrafo 104, *infra*).

98. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo convino en que, habida cuenta de que se apoyaba tanto el mantenimiento del párrafo 2) en su forma actual, con algunas enmiendas, como el examen de una disposición sobre las consecuencias, posiblemente basada en el artículo 74 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, convendría que en los futuros documentos de trabajo que examinara el Grupo de Trabajo se incluyera un proyecto revisado de párrafo 2) que previera ambas posibilidades. La aplicación de tal disposición debería limitarse a las obligaciones que se incluyeran en una versión revisada del párrafo 1) del proyecto de artículo F.

Artículo G. *Confianza en las firmas electrónicas refrendadas*

99. El texto del proyecto de artículo G examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“Toda persona tiene derecho a confiar en una firma electrónica refrendada, siempre que haya tomado medidas oportunas para cerciorarse de que la firma electrónica refrendada es válida, no está en entredicho ni ha sido revocada.”

100. Se expresaron algunas inquietudes por estimarse que la forma en que se había redactado el artículo no era apropiada. Se señaló que la cuestión que debería examinarse no era si la parte que confiaba en la firma tenía derecho a hacerlo, sino qué debería hacer todo aquel que tratara de confiar en la firma antes de que la confianza pudiera considerarse razonable. En este sentido, sería importante señalar los casos en los que no sería razonable confiar en la firma. Para reflejar este cambio de enfoque, se propuso la siguiente redacción:

“1) Toda persona tendrá derecho a no confiar en un certificado o en una firma avalada por un certificado en la medida en que no sea razonable hacerlo.

“2) Para determinar si es razonable confiar, deberá tenerse en cuenta lo siguiente:

“a) Toda restricción a que esté sujeto el certificado;

“b) La naturaleza de la operación correspondiente que el certificado o la firma tengan por objeto avalar;

“c) Si la parte que confía ha adoptado las medidas adecuadas para determinar la fiabilidad de la firma o del certificado;

“d) Todo acuerdo, uso comercial o trato que la parte que confía tenga con el certificador de información o el suscriptor.”

101. Esta propuesta recibió apoyo. Para aclarar la cuestión a la que se trataba de hacer referencia con la expresión operación correspondiente del inciso *b*), se señaló que podían surgir situaciones en las que tal vez no fuera suficiente confiar únicamente en la utilización de una técnica de identificación y pudiera ser necesaria alguna otra forma de identificación o comprobación. Se puso el ejemplo de una situación en la que un banco deseara obtener confirmación de que una operación que pudiera considerarse inhabitual en el caso de un cliente determinado fuera realmente la operación de dicho cliente, junto con la utilización de una técnica de identificación adecuada. Se manifestó cierta inquietud por considerarse que los factores enumerados en los incisos *a*) a *d*) pudieran ser demasiado generales y, dado que el Grupo de Trabajo presumía que se estaba abordando la infraestructura de clave pública, tal vez sería útil hacer una referencia específica a la necesidad de comprobar la validez o fiabilidad del certificado. Para ello, se sugirió que se añadiera al inciso *c*) la frase siguiente: “incluida la remisión a una lista de revocación de certificados si fuera procedente”.

102. Se sugirió que, además de los factores enumerados en los incisos *a*) a *d*) de la propuesta, se hiciera referencia asimismo al hecho de que la parte que confía supiera o debiera haber sabido que la clave estaba en entredicho o había sido revocada o, como alternativa, que no era razonable confiar

en la firma o en el certificado. Para dar más flexibilidad al texto propuesto, se formuló una nueva sugerencia de añadir la expresión “en su caso”, en el párrafo 2), tras la expresión “deberá tenerse en cuenta”. Ambas propuestas recibieron cierto apoyo.

103. También se manifestó cierto apoyo a favor de mantener la formulación actual del artículo G o de suprimirlo por completo. Se señaló que, si se elaboraba un artículo según el texto propuesto, se daría a entender que se establecían requisitos o condiciones para confiar en las firmas refrendadas. Las consecuencias de dichos requisitos, examinadas en el contexto del artículo 13 de la Ley Modelo, podrían crear una situación en la que sería más fácil confiar en una firma electrónica relativamente insegura que en la firma refrendada, que es más segura, lo que podría dificultar la utilización de la firma más segura. Según otra de las opiniones, debería establecerse alguna relación entre la confianza en la firma y el artículo 13 de la Ley Modelo, en concreto los párrafos 3) y 4). Según otra de las opiniones, la formulación actual del proyecto de artículo G ponía de manifiesto un criterio más positivo con respecto a si las partes tenían derecho a tener confianza en la utilización de ese tipo de firma. No obstante, se dijo que la parte que confiaba tal vez necesitaría adoptar algunas precauciones y se formuló la siguiente propuesta:

“Toda persona tendrá derecho a confiar en una firma electrónica refrendada siempre que haya tomado medidas oportunas para comprobar la validez de la firma conforme a los criterios acordados con el titular de la clave o para verificar la información proporcionada por el certificador de información.”

Esta propuesta no fue apoyada.

104. Se manifestó la inquietud de que el Grupo de Trabajo pudiese estar tratando de introducir en el proyecto de artículo G efectos jurídicos que estaban contemplados en los artículos B y C, pero que se había decidido no examinar por el momento. Formular el proyecto de artículo G como un derecho a confiar podría suponer ciertos efectos jurídicos, mientras que determinar lo que había que hacer para confiar evitaba abordar la cuestión de los efectos jurídicos que podía tener la firma. Se dijo que puesto que los artículos F, G y H del proyecto se centraban en normas de conducta de las partes dentro de una infraestructura de clave pública, no era conveniente incluir los efectos jurídicos. En cuanto a la cuestión de la atribución que planteaba el artículo 13 de la Ley Modelo (véase el párrafo 97, *supra*), se señaló que, mientras que el artículo 13 tenía un alcance que se limitaba en general al caso de que existiese una relación contractual entre el iniciador y el destinatario del mensaje de datos, el objetivo del presente Régimen Uniforme era contar con una esfera de referencia más amplia. También se señaló que formular el proyecto de artículo G como una serie de medidas que deberían tenerse en cuenta a fin de determinar si era razonable confiar no era incoherente con el requisito de diligencia debida que figuraba en el artículo 13, ni creaba efectos jurídicos en cuanto a la validez de la firma. Con respecto al último punto, se señaló que el proyecto de artículo F, en la forma revisada por el Grupo de Trabajo, no abordaba la cuestión de la validez o del efecto jurídico de la firma y que, por tanto, la forma de estos dos proyectos de artículo era coherente.

105. Según un punto de vista opuesto, la formulación del proyecto de artículo G como un derecho añadía significado a

la Ley Modelo, con independencia de que su efecto jurídico específico se expresara en otros artículos. Se propuso que el planteamiento de establecer un derecho a confiar se combinase con las medidas que deberían examinarse para determinar si la confianza era razonable, redactando el artículo en los siguientes términos: “1) Toda persona tendrá derecho a confiar en un certificado o en una firma avalada por un certificado en la medida en que sea razonable hacerlo”. A continuación podrían desarrollarse, en un segundo párrafo, las cuestiones que debieran examinarse conforme a la propuesta anterior, añadiendo otra categoría que incluyera “cualquier otro factor pertinente”.

106. En cuanto a la redacción, se señaló que los términos “confianza” y “refrendada” no eran de uso frecuente en algunos idiomas u ordenamientos jurídicos, y que tal vez sería necesario buscar términos más adecuados.

107. Tras el debate, el Grupo de Trabajo acordó que ambas formulaciones del proyecto de artículo G (véanse los párrafos 100 y 105, *supra*) fueran incluidas en un artículo G revisado que se examinaría ulteriormente; que se incluyeran las referencias a “cualquier otro factor pertinente” y a si la parte que confiaba sabía o debiera haber sabido que la clave estaba en entredicho o había sido revocada o, como alternativa, que no era razonable confiar en la firma o en el certificado, y que, conforme a lo debatido, se añadiera al párrafo 2) la expresión “en su caso”.

Artículo H. *Obligaciones del certificador de información*

108. El texto del proyecto de artículo H examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

“1) Todo certificador de información tendrá la obligación de:

“a) Actuar en función de las declaraciones que haga con respecto a sus prácticas;

“b) Adoptar medidas razonables para determinar con exactitud la identidad del titular de la firma y cualquier otro hecho o dato que certifique el certificador de información;

“c) Proporcionar medios razonablemente accesibles que permitan a la parte interesada averiguar:

“i) La identidad del certificador de información;

“ii) El método utilizado para identificar al titular de la firma;

“iii) Toda limitación de los fines con los que pueda utilizarse la firma; y

“iv) Si la firma es válida y no está en entredicho.

“d) Proporcionar a los titulares de firmas un medio para dar aviso de que una firma electrónica refrendada está en entredicho;

“e) Asegurar que todas las declaraciones y manifestaciones sustanciales que haga el certificador de información sean exactas y completas según conste al certificador;

“f) utilizar sistemas y procedimientos fiables para prestar sus servicios.

“2) Todo certificador de información será responsable de las consecuencias de su incumplimiento de las obligaciones enunciadas en el párrafo 1).”

Observaciones generales

109. Se expresó el parecer de que la expresión de opiniones acerca de los deberes y la responsabilidad de una entidad certificadora estaba en gran medida condicionada por la definición que se diese de esta última. En particular, habría que adoptar una decisión sobre si las funciones de una entidad certificadora podrían ser desempeñadas por una persona o entidad que fuese también parte en la operación subyacente, a cuyo efecto podría utilizarse un certificado (hipótesis de trabajo actualmente adoptada por el Grupo de Trabajo), o si la entidad certificadora debía, en todos los casos, ser independiente de las partes (situación análoga a la de un notario público en varios países de tradición jurídica romanística). Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió continuar sus deliberaciones sobre el asunto basándose en la hipótesis de trabajo adoptada en ese período de sesiones (véase el párrafo 68, *supra*). Si bien el Grupo de Trabajo no analizó la definición de “entidad certificadora” como tal, se convino en general en que las palabras “en el curso habitual de su negocio” del proyecto de artículo A, no debían interpretarse en el sentido de que las actividades relacionadas con la certificación tuvieran que ser las actividades empresariales exclusivas de una entidad certificadora. Se expresó el parecer de que quizá no fuera necesario distinguir entre una entidad que expidiera certificados simplemente como parte inherente a sus actividades empresariales y otra que se dedicara a expedir certificados (exclusivamente o además de otras actividades empresariales que pudiera realizar). Otra opinión fue que, dado el importante papel desempeñado por las entidades certificadoras y las responsabilidades que podían derivarse, tanto para esas entidades como para las partes que confiaran, el Régimen Uniforme debía aclarar la situación jurídica de las entidades certificadoras. Tras un debate, se acordó que las cuestiones de la definición, la función y la condición de las entidades certificadoras tendrían que seguirse examinando en un futuro período de sesiones.

Párrafo 1)

110. El debate se centró en si la lista de deberes contenida en el párrafo 1), prescindiendo de en qué consistieran, debía o no ser taxativa. Recibió fuerte apoyo la opinión de que el párrafo 1) debía redactarse en términos de una lista de deberes abierta de carácter ilustrativo. Se sugirió una redacción de este o parecido tenor como palabras iniciales del párrafo 1): “Sin limitar la generalidad de la obligación de actuar con diligencia de la entidad certificadora, ésta quedará obligada, entre otras cosas, a ...”. Se afirmó que, aunque esa formulación pudiera parecer gravosa para la entidad certificadora, sería en realidad coherente con la norma general que se aplicaría actualmente a las entidades certificadoras en muchos ordenamientos jurídicos. Se dijo también que una expresión amplia de las obligaciones de la entidad certificadora en el párrafo 1) podría compensarse con exoneraciones de la responsabilidad, que se establecerían en el párrafo 2) o en el proyecto de artículo E. A ese respecto, se sugirió que podría

ser conveniente centrar la atención del Grupo de Trabajo sobre las maneras en que las cláusulas contractuales que exoneraban de responsabilidad a la entidad certificadora podrían ampliarse más allá de la esfera contractual. Como respuesta, se afirmó que, incluso dentro de la esfera contractual, había que establecer limitaciones a la capacidad de las entidades certificadoras de limitar su responsabilidad, por ejemplo, cuando esa limitación resultaría manifiestamente injusta. El Grupo de Trabajo acordó que la cuestión de las limitaciones contractuales y de otra índole de la responsabilidad de la entidad certificadora tendría que ser ulteriormente examinada en un futuro período de sesiones.

111. Otra opinión fue que el párrafo 1) debía redactarse en términos de una lista exhaustiva de deberes. Se aseguró que, conforme al derecho de ciertos países, la entidad certificadora podía no estar sometida a un deber general de diligencia. Había pues que enunciar en detalle las diversas obligaciones de la entidad para determinar el alcance exacto de su responsabilidad. Otra justificación de esa opinión fue que el Régimen Uniforme debía tratar sólo del desempeño de las funciones de la entidad certificadora, sin repetir los principios generales de la responsabilidad civil extracontractual que podían ser aplicables a cualquier persona dedicada a cualquier actividad. Según esa opinión, como el concepto de “función de la entidad certificadora” podía determinarse, el Régimen Uniforme sólo debía tratar de las actividades comprendidas en esas funciones, y no ser de carácter abierto. Se convino en que ambas opiniones debían quedar reflejadas en el texto revisado que se prepararía para continuar el debate en un futuro período de sesiones.

112. En cuanto al fondo de los deberes concretos enumerados en los incisos a) a f), se expresó un apoyo general. Se hicieron diversas sugerencias sobre cómo se podía mejorar la expresión de esos deberes. Una consistió en que podía ser superfluo el deber de identificar al titular de la firma, conforme al inciso b), como simple ilustración del deber más general de velar por la exactitud de las declaraciones sustanciales según el inciso e). Se estimó, empero, en general, que el inciso b) era útil para aumentar la claridad. Otra sugerencia fue que el inciso b) contuviese una obligación adicional de declarar en el certificado la identidad del titular de la clave.

113. Otra sugerencia formulada fue que, entre sus deberes básicos, la entidad certificadora debía estar obligada a llevar una lista de revocaciones de certificados (LRC). Se sugirió que podrían añadirse las siguientes palabras al inciso b): “y garantizar el funcionamiento de un servicio pronto e inmediato de revocación”. Se expresó apoyo a favor de esa sugerencia. Se señaló, no obstante, que la obligación de llevar una LRC podía ser adecuada para operaciones y certificados de alto valor (por ejemplo, para las “firmas electrónicas refrendadas”, destinadas a producir efectos jurídicos) pero resultaría excesivamente gravosa (y contraria a la práctica vigente) si hubiera que imponerla con respecto a todos los certificados (incluidos “los certificados baratos” utilizados en el contexto de cantidades apreciables de firmas digitales). A ese respecto, se recordó que una de las principales dificultades del actual proyecto era fijar un criterio funcional para distinguir entre el nivel superior de operaciones (para el que se procuraba obtener un alto grado de seguridad, mediante requisitos exigentes para los certificados y las entidades certificadoras, posiblemente con miras a producir efectos concretos y predeterminados de carácter jurídico) y la masa de

usos de nivel inferior de firmas y certificados digitales (en los que la producción de efectos jurídicos en cuanto a “firma” carecía en gran parte de importancia y donde la principal necesidad normativa era no injerirse en la autonomía de la voluntad de las partes). Se expresó el parecer de que, aunque no se pudiese encontrar ese criterio funcional, limitar el ámbito del Régimen Uniforme a la esfera comercial (es decir, excluidas las operaciones de los consumidores) podría constituir una solución aceptable.

114. Se formularon otras sugerencias para dejar reflejados otros elementos en la lista de deberes fijada en el inciso *c*) del párrafo 1), de la siguiente manera: una obligación de proporcionar información en cuanto a la revocación y la suspensión de certificados; en el inciso *e*), una redacción paralela a una disposición análoga del proyecto de artículo F, y en el inciso *f*), un texto que expresase la obligación de la entidad certificadora de utilizar recursos humanos fidedignos en la prestación de sus servicios. Se propuso insertar en el párrafo 1) el siguiente texto: “que la persona nombrada en el certificado posee [poseyó en el momento pertinente] la clave privada correspondiente a la clave pública”, y “que las claves son un par de claves en funcionamiento”.

Párrafo 2)

115. Con respecto a la disposición general relativa a la responsabilidad de la entidad certificadora por incumplimiento de las obligaciones enunciadas en el párrafo 1), muchos miembros del Grupo de Trabajo coincidieron en estimar que sería apropiado crear una disposición uniforme que no se limitara a remitir al derecho aplicable. Respecto del posible contenido de tal disposición, se sugirió que previera una responsabilidad general por negligencia, sujeta a posibles exenciones contractuales y con la posibilidad de que la entidad certificadora quedara exenta de responsabilidad si demostraba haber cumplido las obligaciones previstas en el párrafo 1). En sustitución del texto actual del párrafo 2) se propuso el siguiente texto:

“2) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3), toda entidad certificadora será responsable de los daños y perjuicios sufridos por:

“*a*) Toda parte que haya celebrado un contrato con la entidad certificadora para la expedición de un certificado; o por

“*b*) Toda persona que confíe en un certificado expedido por la entidad certificadora cuando los daños y perjuicios sean imputables a información incorrecta o errónea consignada en el certificado.

“3) La entidad certificadora no será responsable en virtud del párrafo 2

“*a*) Cuando, y en la medida en que, haya incluido en la información consignada en el certificado una declaración por la que limite el alcance o la magnitud de su responsabilidad a una determinada persona; o

“*b*) Si demuestra que [no actuó con negligencia] [adoptó todas las medidas razonables para prevenir los daños].”

116. Si bien se apoyó esa propuesta, hubo fuertes objeciones por considerarse que si se adoptaba el texto propuesto, se

establecería una estricta pauta de responsabilidad por “cualquier daño”, y que la imposición de una estricta pauta de responsabilidad a las entidades certificadoras podía frenar de forma notable la expansión del comercio electrónico. Con respecto al texto propuesto del inciso *a*) del párrafo 3), se expresaron dudas sobre si la información consignada en el certificado con miras a limitar la responsabilidad de la entidad certificadora con respecto a ese certificado podía aplicarse indistintamente a la responsabilidad contractual y extracontractual. En ese contexto, se instó al Grupo de Trabajo a que no introdujera en el Régimen Uniforme ninguna distinción significativa que se basara en los conceptos de responsabilidad contractual y extracontractual, dado que el sentido de estos conceptos podía variar notablemente de un país a otro. Además, se expresó la opinión de que no debería invocarse la cláusula que limitaba la responsabilidad de la entidad certificadora en la medida en que la exclusión o limitación de la responsabilidad resultaría sumamente injusta. Esta opinión fue apoyada por algunas delegaciones.

117. Se apoyó, asimismo, la propuesta de mantener la estructura actual del párrafo 2), en relación con una lista exhaustiva de obligaciones en el párrafo 1).

118. Con respecto al debate sobre las obligaciones de la entidad certificadora, se planteó la cuestión de quién sería responsable de una pérdida resultante de haber confiado en un certificado no fidedigno (por ejemplo, en entredicho o revocado) cuando todas las partes hubieran actuado con diligencia conforme a los artículos F, G y H del proyecto de Régimen Uniforme. Se sugirió, por una parte, que con la formulación negativa del proyecto de artículo G, la parte que hubiera confiado en la firma soportaría ese riesgo residual. Se argumentó que, en la práctica, con la confianza en los medios de comunicación como el teléfono y la telecopia, el riesgo residual ya correspondía a la parte que confiaba en tales medios. Por otra parte, se sugirió que se introdujeran disposiciones en el proyecto de artículo H para que fuera la entidad certificadora la que soportara el riesgo residual. También se sugirió que el Régimen Uniforme no se pronunciara al respecto y dejara que los tribunales, habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes, determinaran a cuál de las partes debía corresponder ese riesgo.

119. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo no adoptó una decisión definitiva sobre el contenido del proyecto de artículo H. Se pidió a la Secretaría que preparara variantes que reflejaran las diversas opiniones expresadas a fin de reanudar el debate en un período de sesiones ulterior.

C. Otras cuestiones que cabría examinar

120. El Grupo de Trabajo procedió a enumerar las cuestiones que por falta de tiempo no habían podido tratarse en ese período de sesiones pero que deberían examinarse en el contexto de las nuevas disposiciones que posiblemente se agregaran al Régimen Uniforme. Se expresó la opinión de que, en sus futuras deliberaciones sobre el Régimen Uniforme, el Grupo de Trabajo tal vez deseara estudiar la introducción de un artículo que dispusiera que los certificados no debían ser objeto de discriminación en función del lugar en que hubieran sido expedidos. Se propuso el siguiente texto: “Al determinar si, o en qué medida, un certificado surte efectos jurídicos, no se tomará en consideración el lugar en que se haya expedido el certificado ni el Estado en que el expedidor ten-

ga su establecimiento". El Grupo de Trabajo tomó nota de esta propuesta.

121. Otras de las cuestiones que cabría examinar en el futuro eran las siguientes: el reconocimiento transfronterizo de los certificados; el efecto jurídico de las firmas electrónicas; la atribución de firmas electrónicas; la relación entre el Régimen Uniforme y la Ley Modelo; la definición y las cualidades mínimas de las entidades certificadoras; la posible incompatibilidad de las funciones de las entidades certificadoras con el desempeño de otras funciones en la misma transacción, y la revocación y suspensión de certificados.

122. Se señaló que, según las previsiones, el próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebraría en Viena del 6 al 17 de septiembre de 1999. Estas fechas están sujetas a que la Comisión las confirme en su 32.º período de sesiones, que se celebrará en Viena del 17 de mayo al 4 de junio de 1999. Se sugirió, en nombre de cierto número de delegaciones, que la duración de los futuros períodos de sesiones del Grupo de Trabajo se limitara a una semana y que la Comisión examinara a fondo esta cuestión en su 32.º período de sesiones. El Grupo de Trabajo señaló, con respecto a dicha sugerencia, que sólo la Comisión podía decidir al respecto.

E. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 34.º período de sesiones: proyecto de Régimen Uniforme para las firmas electrónicas: nota de la Secretaría

(A/CN.9/WG.IV/WP.79) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> |
|--|-----------------|
| INTRODUCCIÓN | 1-11 |
| I. OBSERVACIONES GENERALES | 12-14 |
| II. PROYECTOS DE ARTÍCULO SOBRE LAS FIRMAS NUMÉRICAS, OTRAS FIRMAS ELECTRÓNICAS, LAS ENTIDADES CERTIFICADORAS Y CUESTIONES JURÍDICAS CONEXAS | 15-53 |
| Capítulo I. Ámbito de aplicación y disposiciones generales | 15-20 |
| Capítulo II. Firmas electrónicas | 21-48 |
| Sección I. Firmas electrónicas en general | 21-23 |
| Artículo 1. Definiciones | 21 |
| Artículo 2. Observancia de los requisitos jurídicos | 22-23 |
| Sección II. Firmas electrónicas [refrendadas] | 24-44 |
| Artículo 3. Presunción de firma | 24-30 |
| Artículo 4. Presunción de autoría de la firma electrónica [refrendada] | 31-33 |
| Artículo 5. Presunción de integridad | 34-37 |
| Artículo 6. Predeterminación de la firma electrónica [refrendada] | 38-41 |
| Artículo 7. Responsabilidad por una firma electrónica refrendada | 42-44 |
| Sección III. Firmas numéricas respaldadas por certificados | 45-48 |
| Artículo 8. Contenido de un certificado [refrendado] | 45-46 |
| Artículo 9. Efectos de las firmas numéricas respaldadas por certificados | 47-48 |
| Capítulo III. Entidades certificadoras y cuestiones conexas | 49-53 |
| Artículo 10. Declaración inherente a la emisión de todo certificado [refrendado] | 49-50 |
| Artículo 11. Responsabilidad contractual | 51 |
| Artículo 12. Responsabilidad de la entidad certificadora ante toda parte que confíe en un certificado | 52 |
| Observaciones generales respecto de los proyectos de artículo 13 a 15 | 53 |
| Artículo 13. Revocación de certificados | — |

| | Párrafos |
|---|----------|
| Artículo 14. Suspensión de certificados | — |
| Artículo 15. Registro de certificados | — |

INTRODUCCIÓN

1. En su 29.º período de sesiones (1996), la Comisión decidió incluir en su programa las cuestiones de las firmas numéricas y de las entidades certificadoras. Se pidió al Grupo de Trabajo sobre comercio electrónico que estudiara la conveniencia y la viabilidad de preparar una normativa uniforme relativa a estos temas. Se convino en que dicho régimen uniforme se refiriera a cuestiones tales como: el fundamento jurídico de los procedimientos de certificación, así como de la nueva tecnología de autenticación y certificación digitales; la aplicabilidad de esos procedimientos de certificación; la asignación del riesgo y de la responsabilidad imputables a los usuarios, proveedores y terceros en el contexto del empleo de esas nuevas técnicas de certificación; peculiaridades propias de la de certificación mediante recursos a la inscripción registral, y la incorporación por remisión¹.

2. En su 30.º período de sesiones (1997), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de su 31.º período de sesiones (A/CN.9/437). El Grupo de Trabajo indicó a la Comisión que había llegado a un consenso sobre la importancia y la necesidad de la tarea de armonizar el derecho aplicable a las firmas numéricas y a las entidades certificadoras. Si bien no había adoptado una decisión definitiva sobre la forma y el contenido de esa labor, el Grupo de Trabajo había llegado a la conclusión preliminar de que era viable emprender la preparación de un proyecto de régimen uniforme al menos sobre las cuestiones relacionadas con las firmas numéricas y las entidades certificadoras, así como posiblemente sobre otras cuestiones conexas. El Grupo de Trabajo recordó que la futura labor en el campo del comercio electrónico tal vez hubiera de abordar, junto a las firmas numéricas y las entidades certificadoras, las siguientes cuestiones: las alternativas técnicas a la criptografía de clave pública; la problemática general de las funciones prestadas por los terceros proveedores de servicios, y la contratación por vía electrónica (A/CN.9/437, párrs. 156 y 157).

3. La Comisión hizo suyas las conclusiones del Grupo de Trabajo y le encomendó la preparación de un régimen uniforme sobre las cuestiones jurídicas relativas a la firma numérica y a las entidades certificadoras (en adelante denominado “el Régimen Uniforme”).

4. Con respecto al alcance exacto y a la forma de ese Régimen Uniforme, la Comisión convino, en general, en que no era posible adoptar una decisión al respecto en una etapa tan temprana del proceso. Se opinó que, si bien el Grupo de Trabajo podría concentrar su atención en las cuestiones relativas a la firma numérica, en vista de la función al parecer predominante desempeñada por la criptografía de clave pública en la práctica más reciente del comercio electrónico, el Régimen Uniforme que se preparara debería atenerse al criterio de la neutralidad respecto de los medios técnicos utilizables

que ya se había adoptado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (la Ley Modelo). Por ello, el Régimen Uniforme no debería desalentar el recurso a otras técnicas de autenticación. Además, al ocuparse de la criptografía de clave pública, tal vez fuera preciso que el Régimen Uniforme acomodara diversos grados de seguridad y reconociera diversos efectos jurídicos y grados de responsabilidad en función de la propia diversidad de los servicios prestados en el contexto de las firmas numéricas. Respecto de las entidades certificadoras, si bien la Comisión reconoció el valor de las normas de fiabilidad fijadas por el mercado, predominó el parecer de que el Grupo de Trabajo podría considerar el establecimiento de un conjunto de normas mínimas que las entidades certificadoras habrían de observar, particularmente en casos en que se solicitara una certificación de validez transfronteriza².

5. El Grupo de Trabajo inició su labor de preparación del Régimen Uniforme en su 32.º período de sesiones, sobre la base de una nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.73).

6. En su 31.º período de sesiones (1998), la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de su 32.º período de sesiones (A/CN.9/446). La Comisión expresó su reconocimiento por la labor efectuada por el Grupo de Trabajo en la preparación del proyecto de Régimen Uniforme. Se tomó nota de las dificultades evidentes con que había tropezado el Grupo de Trabajo, en sus períodos de sesiones 31.º y 32.º, para llegar a un entendimiento común de las nuevas cuestiones jurídicas que dimanaban del uso cada vez mayor de las firmas numéricas y otras firmas electrónicas. También se tomó nota de que aún no se había logrado un consenso respecto de la forma en que convendría resolver esas cuestiones en un marco jurídico internacionalmente aceptable. Ahora bien, la Comisión fue en general del parecer de que los progresos efectuados hasta la fecha eran un claro indicio de que el proyecto de Régimen Uniforme para las firmas electrónicas iba adquiriendo paulatinamente todas las características de una estructura funcional.

7. La Comisión reiteró una decisión sobre la viabilidad de preparar el deseado Régimen Uniforme y expresó su confianza de que el Grupo de Trabajo efectuara nuevos progresos durante su 33.º período de sesiones (Nueva York, 29 de junio a 10 de julio de 1998) sobre la base del proyecto revisado preparado por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.76). En el marco de sus deliberaciones, la Comisión observó con satisfacción que el Grupo de Trabajo había sido reconocido como un foro internacional particularmente importante para el intercambio de pareceres sobre las cuestiones jurídicas relativas al comercio electrónico y para la búsqueda de soluciones para la problemática propia de ese comercio.

8. El Grupo de Trabajo prosiguió su examen del Régimen Uniforme en su 33.º período de sesiones (1998) sobre la

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 7 (A/51/17), párrs. 223 y 224.

²Ibíd., quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/52/17), párrs. 249 a 251.

base de una nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.76). El informe de ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/454.

9. La presente nota contiene los proyectos de artículo revisados a la luz de las deliberaciones y decisiones del propio Grupo de Trabajo, así como de la Comisión en su 31.º período de sesiones, anteriormente reseñadas. La finalidad del texto revisado es la de reflejar las decisiones del Grupo de Trabajo en su 33.º período de sesiones.

10. Al preparar la presente nota, la Secretaría fue asistida por un grupo de expertos en el que participaron peritos invitados por la Secretaría, y peritos designados por países y entidades internacionales interesadas.

11. De conformidad con las instrucciones relativas a la limitación y al estricto control de la documentación de las Naciones Unidas, se ha procurado reducir en lo posible las observaciones explicativas de los proyectos de artículo. Durante la reunión se darán verbalmente otras explicaciones adicionales.

I. OBSERVACIONES GENERALES

12. La finalidad del Régimen Uniforme, reflejada en los proyectos de artículo presentados en la parte II de la presente nota, es la de facilitar el creciente empleo que se hace de las firmas electrónicas en las operaciones comerciales internacionales. Inspirándose en los muchos instrumentos legales ya en vigor o que se están preparando en cierto número de países, el presente régimen quisiera prevenir toda eventual falta de armonía en el régimen aplicable al comercio electrónico sentando una serie de pautas sobre el fundamento para que se reconozca la validez jurídica de las firmas numéricas y demás firmas electrónicas, con la asistencia eventual de entidades certificadoras, para las cuales se han preparado también cierto número de reglas básicas.

13. Al haber centrado su atención en los aspectos de derecho privado de las obligaciones comerciales, el Régimen Uniforme no trata de resolver todas las cuestiones que puedan ir surgiendo en el contexto de un empleo más difundido de la firma electrónica. En particular, el Régimen Uniforme no trata de todos los aspectos de orden público, de derecho administrativo, de legislación protectora del consumidor o de derecho penal que el legislador deberá probablemente tener en cuenta al preparar un marco jurídico interno general para la firma electrónica.

14. Al haber adoptado como base la Ley Modelo, el Régimen Uniforme trata de reflejar en particular: el principio de la neutralidad respecto de los medios técnicos utilizados; el criterio de la no discriminación de todo equivalente funcional de los conceptos y prácticas que tradicionalmente funcionan sobre soporte de papel, y una amplia confianza en la autonomía contractual de las partes. El proyecto de Régimen ha sido concebido para ser utilizado como marco normativo mínimo en un entorno “abierto” (es decir, un entorno en el que las partes negocien por vía electrónica sin acuerdo previo) y como reglas de derecho supletorio en un entorno “cerrado” (es decir, un entorno en el que las partes estén obligadas por reglas contractuales y procedimientos previamente estipulados que habrán de ser respetados al negociar por vía electrónica).

II. PROYECTOS DE ARTÍCULO SOBRE LAS FIRMAS NUMÉRICAS, OTRAS FIRMAS ELECTRÓNICAS, LAS ENTIDADES CERTIFICADORAS Y CUESTIONES JURÍDICAS CONEXAS

Capítulo I. Ámbito de aplicación y disposiciones generales

15. Al considerar los proyectos de artículo propuestos para ser incluidos en el Régimen Uniforme, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar desde una perspectiva más general la relación entre el Régimen Uniforme y la Ley Modelo. En particular, el Grupo de Trabajo tal vez desee hacer alguna propuesta a la Comisión sobre si convendría formular el Régimen Uniforme para la firma numérica como un instrumento jurídico aparte o si sería preferible incorporarlo a la Ley Modelo en lo que pasaría a ser una versión ampliada de la misma, por ejemplo, como nueva parte III de la Ley Modelo.

16. Si se prepara el Régimen Uniforme como un instrumento aparte, se sugiere que será preciso dotarlo de disposiciones como las del artículo 1 (Ámbito de aplicación), artículo 2 (definiciones), artículo 3 (Interpretación) y artículo 4 (Modificación mediante acuerdo) de la Ley Modelo. Si bien no se reproducen esos artículos en la presente nota, cabe señalar que, al preparar los proyectos de artículo del Régimen Uniforme, la Secretaría partió de la hipótesis de que esas disposiciones figurarían en el Régimen Uniforme. Respecto al ámbito de aplicación del Régimen Uniforme, debe señalarse que, de incluirse una disposición como la del artículo 1 de la Ley Modelo, no se excluiría a las operaciones con consumidores de su ámbito de aplicación, salvo que se previera algún conflicto entre la normativa interna aplicable a las operaciones con consumidores y el Régimen Uniforme.

17. Respecto a la cuestión de la autonomía contractual, tal vez no baste para solucionarla con una remisión al artículo 4 (Modificación mediante acuerdo) de la Ley Modelo. El artículo 4 hace una distinción entre las disposiciones de la Ley Modelo de las que cabe apartarse libremente por vía contractual y las disposiciones que deberán ser tenidas como imperativas, de no autorizar la ley por lo demás aplicable su modificación mediante acuerdo. Respecto de las firmas electrónicas, la importancia práctica de las llamadas redes “cerradas” obliga a reconocer una amplia autonomía contractual a las partes. Ahora bien, tal vez se hayan de considerar también las restricciones de orden público a la autonomía contractual y en particular la normativa protectora del consumidor contra los abusos de algunos contratos de adhesión. El Grupo de Trabajo tal vez desee incluir en el Régimen Uniforme una disposición, como la del artículo 4 1) de la Ley Modelo, en la que se estatuya que, de no disponer otra cosa el Régimen Uniforme o alguna otra norma aplicable, las firmas electrónicas y los certificados que se emitan o se reciban y en los que se deposite confianza, de conformidad con los procedimientos estipulados de común acuerdo entre las partes en una operación, surtirán el efecto convenido en el acuerdo. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee enunciar una regla de interpretación por la que se estatuya que para determinar si un certificado, o una firma electrónica o un mensaje de datos verificado por remisión a ese certificado, es lo bastante fiable para determinado fin deberá ser tenido en cuenta todo acuerdo al respecto de las partes, toda pauta de conducta es-

tablecida entre ellas, así como todo uso comercial que sea del caso.

18. Además de las disposiciones anteriormente mencionadas, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si un preámbulo aclararía la finalidad por la que se desea introducir el Régimen Uniforme, a saber, la de promover una utilización eficiente de las vías electrónicas de negociación al establecer un marco de seguridad y al atribuir al mensaje escrito y al mensaje electrónico idéntica consideración en lo que respecta a su validez jurídica.

19. En su 33.º período de sesiones el Grupo de Trabajo expresó dudas sobre la idoneidad de los términos “refrendada” o “segura”, con los que se describían ciertas técnicas de firma que permitirían dar una fiabilidad mayor que la de una “firma electrónica” en general (A/CN.9/454, párr. 29). El Grupo de Trabajo concluyó que, en ausencia de un término más apropiado, se retuviera el término “refrendada”. Por ese motivo en la presente revisión del Régimen Uniforme se encontrará el término “refrendada” entre corchetes.

20. Al examinar la relación entre el Régimen Uniforme y el artículo 7 de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si debe limitarse el ámbito de aplicación del Régimen Uniforme a aquellos supuestos en los que se impongan requisitos legales de forma o en los que la ley prescriba ciertos efectos para la no observancia de ciertos requisitos de escritura o de firma. Conviene recordar que en la preparación de la Ley Modelo se examinó lo que debe entenderse por requisito de forma. El párrafo 68 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno observa que el empleo del término “la ley” en la Ley Modelo ha de entenderse como referido no sólo a toda norma de derecho sustantivo legal o reglamentario, sino también a toda disposición de derecho jurisprudencial y de derecho procesal. Por ello, el término “la ley” abarca también al régimen interno de la prueba. Cuando una norma de derecho interno no imponga determinado requisito, sino que prescriba ciertas consecuencias para la ausencia de, por ejemplo, un escrito o una firma, deberá considerarse que esa norma está englobada en el concepto que la Ley Modelo designa por el término “la ley”.

Capítulo II. Firmas electrónicas

Sección I. Firmas electrónicas en general

Artículo 1. Definiciones

Para los fines del presente Régimen:

a) Por “firma electrónica” se entenderá los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y [que puedan ser] utilizados para [identificar al signatario del mensaje de datos e indicar que el signatario aprueba la información contenida en el mensaje de datos] [satisfacer las condiciones enunciadas en el artículo 7 1) a) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico];

b) Por “firma electrónica” [refrendada] se entenderá una firma electrónica que [se crea y] [que desde el momento en que se consigna] puede verificarse mediante la aplicación de un procedimiento de seguridad o de una combinación de procedimientos de seguridad que garantice que esa firma electrónica:

- i) Sea exclusiva del signatario [para los fines para los] [en el contexto en el] que se utilice;
- ii) Se pueda utilizar para identificar objetivamente al signatario del mensaje de datos;
- iii) Haya sido creada y consignada en el mensaje de datos por el signatario utilizando un medio bajo el control exclusivo del signatario; [y]
- iv) Haya sido creada y esté vinculada al mensaje de datos al que se refiera de alguna forma que ponga en evidencia todo cambio que se introduzca en dicho mensaje].

c) Variante A:

Por “firma numérica” se entenderá toda firma electrónica creada mediante la transformación de un mensaje de datos con la ayuda de una función para la abreviación del mensaje y de un sistema de criptografía asimétrica que utilice la clave privada del signatario, de tal modo que toda persona que disponga del mensaje inicial no transformado de datos, de su transformación cifrada y de la clave pública correspondiente del signatario pueda determinar [con exactitud]:

- i) Si la transformación se efectuó utilizando la clave privada que corresponda a la clave pública del signatario; y
- ii) Si el mensaje inicial de datos ha sido alterado desde que se efectuó la transformación;

Variante B:

Por “firma numérica” se entenderá una transformación cifrada (mediante una técnica de criptografía asimétrica) de la representación numérica de un mensaje de datos que permita, a toda persona que disponga del mensaje de datos y de la clave pública pertinente, determinar:

- i) Si la transformación se efectuó utilizando la clave privada que corresponda a la clave pública pertinente; y
- ii) Si el mensaje de datos no ha sido alterado desde la transformación criptográfica;

d) Por “entidad certificadora” se entenderá toda persona o entidad que, en el curso habitual de su negocio, extienda certificados [de identificación] relativos a las claves criptográficas utilizadas para los fines de las firmas numéricas. [La presente definición se entenderá de conformidad con toda otra norma del derecho por lo demás aplicable que requiera que una entidad certificadora esté licenciada o acreditada, o que funcione con arreglo a lo dispuesto en dicha norma.]

e) Por “certificado [de identificación]” se entenderá todo mensaje de datos u otro texto que sea emitido por la entidad certificadora con la intención de confirmar la identidad [o alguna otra característica importante] de una persona o entidad en cuyo poder obre un juego determinado de claves.

f) Por “certificado [refrendado]” se entenderá todo certificado [de identificación] emitido al servicio de una firma electrónica [refrendada].

g) Por “declaración sobre prácticas de certificación” se entenderá toda declaración publicada por una entidad certificadora en la que se definan las prácticas que la entidad certi-

ficadora utiliza para emitir certificados o para todo otro trámite que realice al respecto.

h) Por “signatario” se entenderá la persona que consigna, o en cuyo nombre se consigne, [una firma electrónica] [una serie de datos utilizados como firma electrónica].

Referencias

A/CN.9/454, párr. 20;

A/CN.9/WG.IV/WP.76, párrs. 16 a 20;

A/CN.9/446, párrs. 27 a 46 (proyecto de artículo 1), 62 a 70 (proyecto de artículo 4), 130 y 131 (proyecto de artículo 8), 132 y 133 (proyecto de artículo 9);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 16 a 27, 37 y 38, 50 a 57 y 58 a 60;

A/CN.9/437, párrs. 29 a 50 y 90 a 113 (proyectos de artículo A, B y C); y

A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 52 a 60.

Observaciones

21. En su anterior período de sesiones, por falta de tiempo suficiente, el Grupo de Trabajo pospuso su examen del proyecto de artículo 1 para un ulterior período de sesiones (A/CN.9/454, párr. 19). Salvo la supresión de la palabra “segura” referida a las firmas electrónicas, el texto del proyecto de artículo 1 de la presente nota es idéntico al texto del proyecto de artículo 1 enunciado en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.76.

Artículo 2. *Observancia de los requisitos jurídicos*

1) En lo que concierne a todo mensaje de datos autenticado mediante una firma electrónica [que no sea una firma electrónica [refrendada]], esa firma satisfará toda exigencia jurídica de que se consigne una firma si es tan fiable como procede para la finalidad para la cual se creó, o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias, incluido cualquier acuerdo que pueda existir al respecto.

2) El párrafo 1) será aplicable, sea que la exigencia jurídica que en él se menciona esté en forma de una obligación, sea que la ley se limite a prescribir ciertas consecuencias para el supuesto de que falte una firma.

3) De no disponerse expresamente otra cosa en [el presente Régimen], toda firma electrónica que no sea una firma electrónica [refrendada] no estará sujeta al reglamento, a las normas o a los procedimientos para la concesión de licencias establecidos por ... [los órganos o las entidades designados por el Estado en el proyecto de artículo 6] ni a las presunciones establecidas por los artículos 3, 4 y 5.

4) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Referencias

A/CN.9/454/párrs. 21 a 27

A/CN.9/WG.IV/WP.76, párr. 21;

A/CN.9/446, párrs. 27 a 46 (proyecto de artículo 1).

Observaciones

22. La finalidad del proyecto de artículo 2 es la de confirmar la conexión entre el artículo 7 de la Ley Modelo y el Régimen Uniforme. El proyecto de artículo 2 1) incorpora a esta regla el debido reconocimiento de la autonomía contractual de las partes. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si conviene mantener el texto que figura entre corchetes en el proyecto de artículo 2 1) [“que no sea una firma electrónica refrendada”] ya que esas palabras sugieren que una firma electrónica refrendada no cumple con los requisitos del artículo 7 de la Ley Modelo. Esto parece contradecir el efecto buscado por la variante B del proyecto de artículo 3.

23. El proyecto de artículo 2 2) ha sido insertado en aras de una mayor coherencia con el artículo 7 de la Ley Modelo y por razones que se mencionaron anteriormente en relación con el significado de la expresión “la ley”. El proyecto de artículo 2 3) pone en claro que ciertas reglas más estrictas, que sean aplicables al nivel de la llamada firma electrónica “refrendada” o “segura”, tal como algún régimen eventual de licencias para las entidades certificadoras o alguna otra reglamentación de las firmas numéricas, no serán aplicables, en general, a todo tipo de “firma electrónica”.

Sección II. *Firmas electrónicas [refrendadas]*

Artículo 3

Variante A:

Artículo 3. *Conformidad de la firma electrónica [refrendada] con las exigencias legales*

1) De exigir la ley una firma, esa exigencia quedará satisfecha por una firma electrónica [refrendada], [salvo que se pruebe que esa firma no cumple con los requisitos del artículo 7 de la Ley Modelo].

2) El párrafo 1) será aplicable tanto si la exigencia a la que se refiere está expresada en forma de una obligación como si la ley simplemente prescribe ciertas consecuencias para la ausencia de una firma.

3) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Variante B:

Artículo 3. *Presunción de firma*

1) Todo mensaje de datos se presumirá firmado si lleva una firma electrónica [refrendada] o si esa firma va lógicamente asociada a dicho mensaje.

2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Variante C:

Artículo 3. *Consecuencias dimanantes de una firma electrónica refrendada*

1) Cuando la ley prescriba ciertos efectos jurídicos para [el empleo de] una firma, esos efectos dimanarán de toda firma electrónica [refrendada].

2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Referencias

A/CN.9/454, párrs. 28 a 39;

A/CN.9/WG.IV/WP.76, párrs. 22 y 23;

A/CN.9/446, párrs. 47 a 49 (proyecto de artículo 2) y 49 a 61 (proyecto de artículo 3);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 28 a 36; y

A/CN.9/437, párrs. 43, 48 y 92.

Observaciones

Variante A

24. La variante A enuncia una regla para las firmas electrónicas refrendadas que simplifica el cumplimiento de los requisitos del artículo 7 de la Ley Modelo. Esta variante del proyecto de artículo 3 y el proyecto de artículo 2 sientan la base funcional del Régimen Uniforme. En primer lugar, el proyecto de artículo 2 reitera el principio del artículo 7 de la Ley Modelo de que toda firma electrónica satisface la exigencia legal de una firma con tal de que esa firma satisfaga ciertas condiciones. En segundo lugar, la variante A del proyecto de artículo 3 dispone que la firma electrónica [refrendada] *sí* satisface esas condiciones, de tal modo que se abre de hecho una vía simplificada para cumplir con los requisitos del artículo 7.

25. La disposición que confirma que la noción expresada por el término “la ley” se refiere tanto al supuesto de que la exigencia impuesta por la norma aplicable esté en forma de una obligación como al supuesto de que esa norma se limite a prescribir ciertas consecuencias para la ausencia de determinado requisito se ha repetido en el párrafo 2) de la variante A, para asegurarse de que el término “la ley” conserva el mismo sentido en el proyecto de Régimen Uniforme que el que posee en la Ley Modelo.

26. Si se mantienen las palabras que figuran entre corchetes en la variante A, esa variante abrirá una vía simplificada para cumplir con los requisitos del artículo 7 de la Ley Modelo, que podrá ser obstruida si se presenta alguna prueba que demuestre que no se ha cumplido con algún requisito del artículo 7. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si deben retenerse esas palabras en el proyecto de artículo 3.

Variante B

27. La finalidad de la variante B es la de crear una presunción que permita considerar que el mensaje de datos ha sido “firmado” si está autenticado por una firma electrónica refrendada. En su forma actual, esta presunción trata la “firma” de un mensaje como una cuestión aparte de la identificación del signatario. Tal presunción puede ser importante en casos para los que no se haya impuesto el requisito formal de la firma, entendido en el sentido del artículo 7 de la Ley Modelo, pero en los que la existencia de una firma en un mensaje de datos sea importante para algún otro fin, o en casos en los que se exija que el mensaje vaya firmado sin que haya de especificarse la identidad del signatario o en los que no se plantee la cuestión de la identidad del signatario.

28. Conforme a su texto actual, la variante B sería aplicable a supuestos que el artículo 7 no contempla. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si los dos brazos del artículo 7 (es decir, la exigencia legal de una firma o que la ley prevea ciertas consecuencias para la ausencia de una firma) engloban a todos los supuestos en los que cabe utilizar una firma con efectos jurídicos. De no ser así, podría ser conveniente contar con una disposición formulada en los términos de la variante B, que cabría entonces retener como complemento de la variante A, para atender a ciertos supuestos adicionales.

29. Se ha suprimido la referencia que se hacía en el anterior proyecto de artículo 3 al momento en el que se consignaba la firma, pero el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si esta noción debe ser incluida en alguna otra parte del proyecto de Régimen Uniforme.

Variante C

30. La finalidad de esta variante es enunciar en el Régimen Uniforme un principio de no discriminación igual de claro que el del artículo 5 de la Ley Modelo. Esta variante tiene por finalidad asegurar que, siempre que la firma surta algún efecto jurídico, ese efecto sea igual para la firma manuscrita que para la firma electrónica, aun cuando no se exija el requisito formal de la firma. El efecto de esta variante es muy parecido al de la variante B, ya que ambas remiten al derecho interno para lo relativo a los efectos de que el mensaje vaya o no firmado (variante B) o lleve o no consignada una firma (variante C).

Artículo 4. Presunción de autoría de la firma electrónica [refrendada]

1) Se presumirá que toda firma electrónica [refrendada] es la de la persona que la haya, o en cuyo nombre se haya, al parecer consignado, salvo que se pruebe que la firma electrónica [refrendada] no fue consignada ni por el supuesto signatario ni por una persona autorizada para actuar en su nombre.

2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a los siguientes supuestos: [...].

Referencias

A/CN.9/454, párrs. 40 a 53;

A/CN.9/WG.IV/WP.76, párr. 24;

A/CN.9/446, párrs. 49 a 61 (proyecto de artículo 3);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párr. 33 a 36;

A/CN.9/437, párrs. 118 a 124 (proyecto de artículo E); y

A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 64 y 65.

Observaciones

31. El proyecto de artículo 4 enuncia una presunción de autoría respecto de la firma electrónica [refrendada], y señala dos supuestos en los que la presunción no es aplicable. Se ocupa, por ello, de cuestiones reguladas en el artículo 13 de la Ley Modelo, aunque su texto es algo distinto. El proyecto de artículo 4, por ejemplo adopta la forma de una presunción

de autoría *juris tantum* o refutable. El artículo 13 2) de la Ley Modelo está, por el contrario, redactado en términos de lo que se da por supuesto, y el artículo 13 3) enuncia una regla que faculta al destinatario para actuar en razón de una presunción de autoría del mensaje de datos. El proyecto de artículo 4 se ocupa de la autoría de la firma, mientras que el artículo 13 de la Ley Modelo se ocupa de la autoría del mensaje de datos. Los criterios enunciados en el proyecto de artículo 4 para la atribución de la firma son ligeramente distintos de los criterios utilizados en el artículo 13 de la Ley Modelo para la atribución del mensaje de datos.

32. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la relación entre el proyecto de artículo 4 y el artículo 13 de la Ley Modelo y en particular, la cuestión de si existe alguna necesidad jurídica que aconseje hacer una distinción entre la atribución del mensaje y la atribución de la firma consignada en el mismo. Debe tenerse presente que, por razones técnicas, tal vez no sea posible hacer esta distinción. Tal vez convenga que la atribución de la firma siga a la atribución del mensaje de datos, o viceversa, pero que baste con una sola regla de atribución o autoría.

33. El proyecto de artículo 4 aborda además la cuestión de la utilización no autorizada de una firma electrónica. A ese respecto tal vez duplique ciertas cuestiones reguladas por el artículo 13 de la Ley Modelo. El proyecto de artículo 4 dispone, por ejemplo, que la presunción de autoría no será aplicable en el caso en que la firma no fue consignada ni por el supuesto signatario ni por una persona autorizada por el supuesto signatario. El artículo 13 dispone, por el contrario, que aun cuando el mensaje de datos no esté autorizado, el destinatario podrá considerar ese mensaje de datos como si fuera del supuesto autor. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la necesidad de insertar en el Régimen Uniforme una nueva regla sobre empleo no autorizado de firmas, que precise además cuál es su relación con la regla de la responsabilidad del proyecto de artículo 7.

Artículo 5. Presunción de integridad

1) Variante A:

Cuando [un procedimiento de seguridad fiable] [una firma electrónica refrendada] sea correctamente aplicado[a] a una parte designada de un mensaje de datos, de forma que indique que esa parte del mensaje no ha sido modificada desde determinado momento, se presumirá que desde ese momento no se ha modificado la parte designada del mensaje de datos.

Variante B:

Cuando un procedimiento de seguridad permita demostrar [de modo fidedigno] [con un notable grado de certidumbre] que no se ha alterado un mensaje de datos desde determinado momento, se presumirá que [no se ha alterado] el mensaje de datos [se ha conservado en su integridad] desde ese momento.

2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a los siguientes supuestos: [...]

Referencias

A/CN.9/454, párrs. 54 y 63;

A/CN.9/WG.IV/WP.76, párrs. 25 a 26;

A/CN.9/446, párrs. 47 y 48 (proyecto de artículo 2);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 28 a 32; y

A/CN.9/437, párrs. 43, 48 y 92.

Observaciones

34. Se ha revisado el proyecto de artículo 5 de conformidad con la decisión del Grupo de Trabajo en su 33.º período de sesiones (A/CN.9/454, párrs. 54 a 63). El proyecto revisado pretende establecer una presunción respecto de la integridad del mensaje de datos. Para establecer esa presunción ambas variantes del proyecto de artículo parecen requerir que la firma o el procedimiento de seguridad hayan sido efectivamente aplicados de tal modo que se pueda determinar si el mensaje ha sido o no alterado. De disponerse de esa prueba, se diría que de poco serviría establecer una presunción a ese respecto. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si el proyecto de artículo debe redactarse en términos de una presunción o en términos de una regla de derecho sustantivo.

35. Una de las subvariantes que ofrece la variante A está basada en el principio de que la consignación de la firma debe ser reveladora de la integridad del mensaje. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si *tanto* la aplicación como la verificación de la firma (y el empleo de la función de desfiguración (*hash*)) o cifrado del mensaje son requeridas, o si sería preferible que el texto requiera únicamente la aplicación al mensaje de un procedimiento de seguridad.

36. El proyecto de artículo 5 1), tanto en la variante A como en la B, vincula directamente la firma del mensaje a su integridad, vinculación que tal vez no sea siempre ni útil ni necesaria. En algunos casos, la función reveladora de la integridad es un elemento indisociable de la técnica de firma electrónica utilizada (como sucede en algunos tipos de firma electrónica [refrendada]), y toda presunción de integridad se limitaría a declarar lo que es el resultado directo de la tecnología empleada. En otros casos, la tecnología de firma utilizada tal vez no sea capaz de satisfacer esa exigencia de integridad, aun cuando, por lo demás, esa firma pueda ser considerada como una firma electrónica [refrendada]. Puede haber, además, casos en los que sea necesario demostrar la integridad de un mensaje que no haya sido firmado. Para tales casos, puede que no sea conveniente establecer un vínculo directo entre la integridad del mensaje y su firma.

37. De requerirse la integridad para demostrar que el mensaje es un original, se debe acudir a la regla del artículo 8 de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si conviene incluir una presunción de integridad a título de regla de derecho sustantivo del presente Régimen, si la función de integridad debe figurar en la definición de firma electrónica [refrendada] y cuál debe ser la relación entre el proyecto de artículo 5 y el artículo 8 de la Ley Modelo.

Artículo 6. Predeterminación de la firma electrónica [refrendada]

1) [El órgano o la entidad designada por este Estado como competente] podrá determinar:

a) Que una firma electrónica [es una firma electrónica [refrendada]] [satisface los requisitos del artículo 7 de la Ley Modelo];

[b) Que un procedimiento de seguridad satisface los requisitos del artículo 5].

2) Toda determinación efectuada a tenor del párrafo 1) deberá ser conforme a las normas técnicas internacionales.

3) [A reserva [del presente régimen y] de la ley aplicable] las partes podrán estipular que toda firma electrónica será tenida entre ellas como:

[a) Firma electrónica [refrendada]];

[b) Firma que cumple con los requisitos del artículo 7 de la Ley Modelo].

Referencias

A/CN.9/454, párrs. 64 a 75

A/CN.9/WG.IV/WP.76, párr. 27.

A/CN.9/446, párrs. 37 a 45 (proyecto de artículo 1); y

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párr. 27.

Observaciones

38. La anterior versión del proyecto de artículo 6 1) hablaba de que la firma satisficiera los requisitos del proyecto de artículo 1 b) (la definición de firma electrónica [refrendada]). La actual revisión de proyecto de artículo 6 permite la determinación de que una firma electrónica *es* una firma electrónica [refrendada] o, a título alternativo, que la firma electrónica cumple con los requisitos del artículo 7, abriéndose así una vía claramente simplificada. Si una firma electrónica es una firma electrónica [refrendada] con arreglo a la variante A del proyecto de artículo 3, no hay necesidad alguna de declarar que cumple con los requisitos del artículo 7, ya que ello emana claramente de su condición de [refrendada].

39. La versión revisada del proyecto de artículo 6 1) b), tal como fue convenida en el 33.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/454, párr. 73), hace referencia a los “requisitos del artículo 5”. En su forma revisada en ese mismo período de sesiones (A/CN.9/454, párr. 61) el proyecto de artículo 5 ya no enuncia el requisito de la integridad. El Grupo de Trabajo tal vez desee reconsiderar la conveniencia de mantener la remisión que se hace al artículo 5 en el proyecto de artículo 6 1) b).

40. En el proyecto de artículo 6 2), se han suprimido las palabras “en la medida en que existan” por juzgarlas innecesarias en el contexto de una Ley Modelo. En la medida en que esas normas existan, debe estimularse a los Estados que incorporen a su derecho interno el Régimen Uniforme a observar esas normas, por lo que convendría indicar algo al respecto, por ejemplo, en una guía para la incorporación del Régimen Uniforme al derecho interno.

41. Se ha revisado la formulación del proyecto de artículo 6 3) en respuesta a la inquietud expresada en el 33.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/454, párr. 71) de que, si bien se debe respetar la autonomía de las partes, todo acuerdo entre las partes sobre el empleo de determinada firma electrónica no deberá obrar en perjuicio de terceros.

La revisión atiende asimismo a las inquietudes (A/CN.9/454, párr. 75) sobre el empleo de la frase “determinar el *efecto* de una firma” (se ha añadido la bastardilla) y las consecuencias eventuales de esa frase en el contexto de los diversos ordenamientos. El proyecto de párrafo 3) adopta la formulación del párrafo 1), a los efectos de determinación de la condición de [refrendada] como alternativa de la determinación de si la firma cumple con los requisitos del artículo 7 de la Ley Modelo.

Artículo 7. Responsabilidad por una firma electrónica refrendada

Variante A:

Caso de que la utilización de una firma electrónica [refrendada] no haya sido autorizada y de que el supuesto signatario no haya obrado con la debida diligencia para impedir la utilización no autorizada de su firma y para evitar que el destinatario confíe en ella,

Variante X: esa firma se considerará no obstante autorizada, salvo que la parte que haya confiado en ella supiera o hubiera debido saber que la firma no estaba autorizada.

Variante Y: el supuesto signatario responderá únicamente por los gastos en que se incurra para restituir a las partes a su situación anterior a la utilización no autorizada de la firma, salvo que la parte que haya confiado en la firma supiera o hubiera debido saber que esa firma no era la del supuesto signatario.

Variante Z: el supuesto signatario responderá de los daños causados y [deberá abonar una indemnización a la parte que confió en la firma], salvo que la parte que haya confiado en la firma supiera o hubiera debido saber que la firma no era la del supuesto signatario.

Variante B:

1) Caso de que:

a) La utilización de la firma electrónica [refrendada] no haya sido autorizada;

b) El supuesto signatario no haya obrado con la debida diligencia para impedir la utilización no autorizada de su firma y para evitar que el destinatario confíe en ella; y

c) El destinatario haya obrado razonablemente al confiar en la firma de buena fe y en perjuicio propio la firma será [imputada] [imputable] al supuesto signatario en lo que concierne a la atribución de la responsabilidad por los gastos de restituir a las partes a la situación en que se hallaban con anterioridad a la utilización no autorizada de la firma.

2) El párrafo 1) no será aplicable en la medida en que el destinatario supiera o hubiera debido saber que la firma no estaba autorizada.

Variante C:

1) Caso de que se consigne una firma electrónica [refrendada] en un mensaje de datos y que:

a) La utilización de la firma electrónica [refrendada] no haya sido autorizada;

b) El supuesto signatario no haya obrado con la debida diligencia para impedir la utilización no autorizada de su firma; y

c) El destinatario haya obrado razonablemente al confiar en la firma de buena fe y en perjuicio propio, el mensaje de datos será imputado al supuesto signatario salvo que ello [no sea ni justo ni equitativo] [sea claramente contrario a la equidad], a la luz de los fines para los que se utilizó el mensaje de datos y de toda otra circunstancia que sea del caso.

2) [Caso de que sean aplicables los incisos a), b) y c) del párrafo 1), y de que el mensaje de datos no sea imputado al supuesto signatario a tenor del párrafo 1) por motivo de inequidad manifiesta], el supuesto signatario deberá responder, no obstante, por los gastos de restituir al destinatario a la situación en que se hallaba con anterioridad a la utilización no autorizada de la firma.

3) No será aplicable lo dispuesto en el párrafo 1):

a) En la medida en que el destinatario supiera o hubiera debido saber, de haber obrado con la debida diligencia, que la firma no era la del supuesto signatario;

b) Si el destinatario recibió aviso del supuesto signatario de que la firma no era suya y si dispuso de tiempo suficiente para obrar en consecuencia.

4) Sería claramente contrario a la equidad atribuir una firma no autorizada al supuesto signatario a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1) cuando:

a) Esa atribución causaría un daño al supuesto signatario fuera de toda proporción con la pérdida ocasionada al destinatario;

b) [...].

Referencias

ACN.9/454, párrs. 76 a 88:

A/CN.9WG.IV/WP.76, párrs. 28 a 30;

ACN.9/446, párrs. 49 a 61 (proyecto de artículo 3);

A/CN.9WG.IV/WP.73, párrs. 33 a 36;

ACN.9/437, párrs. 118 a 124 (proyecto de artículo E); y

A/CN.9WG.IV/WP.71, párrs. 64 y 65.

Observaciones

42. Se ha revisado el proyecto de artículo 7 para incluir en él cierto número de variantes conforme a las indicaciones del Grupo de Trabajo en su 33.º período de sesiones (A/CN.9/454, párrs. 76 a 88). En su formulación actual, las variantes A y B abordan ciertas cuestiones reguladas en el artículo 13 de la Ley Modelo y en particular en su párrafo 3). Cabe señalar, no obstante, que el artículo 13 se ocupa de la autoría del mensaje de datos, mientras que el proyecto de artículo 7 se ocupa del empleo no autorizado de la firma.

43. La manera en que se trata la cuestión de la autoría en el proyecto de artículo 7 difiere ligeramente del trato que se le da en el artículo 13. Por ejemplo, conforme al artículo 13 4) a) y b), caso de que reciba un mensaje no autorizado en el sentido considerado en el artículo 13 3) b), el destinatario podrá confiar en el mensaje, con tal de que no se le haya dado aviso de la falta de autorización o salvo que deba saber por algún otro motivo que el mensaje no estaba autorizado. El artículo 13 no especifica que el supuesto signatario

pueda alegar la excepción de que obró con la diligencia debida para proteger su firma (es decir, procurando impedir el acceso al método utilizado por el signatario para identificar el mensaje de datos como suyo), lo que le es posible a tenor de la variante B 1) b) del proyecto de artículo 7. Además, el artículo 13 no aborda la cuestión del destinatario que obró de buena fe y en perjuicio propio al prestar confianza al mensaje; por el contrario, está claro que la variante B 1) c) del proyecto de artículo 7 del Régimen Uniforme se inspira en el daño ocasionado al destinatario y en la idea de restitución.

44. El artículo 13 de la Ley Modelo y el proyecto de artículo 7 del Régimen Uniforme adoptan un enfoque distinto. El artículo 13 se ocupa de la autoría del mensaje mientras que el proyecto de artículo 7 enuncia una regla de responsabilidad para la atribución de la firma. El Grupo de Trabajo tal vez desee recordar la decisión que ha de tomarse respecto del proyecto de artículo 4 sobre si existe una necesidad jurídica para establecer una distinción entre la determinación de la autoría del mensaje y la determinación de la autoría de la firma (véase el párrafo 32, *supra*). Tal vez sea conveniente considerar la relación entre estos dos proyectos de artículo a fin de evitar toda confusión, en supuestos de mensajes de datos firmados, sobre cuál de los dos artículos sería aplicable para determinar la autoría del mensaje. Una posible solución sería la de enunciar una regla especial para el supuesto de que el mensaje de datos vaya firmado por una firma electrónica [refrendada]. Se ha incluido a este fin la variante C del proyecto de artículo 7. Además de la salvedad de inequidad manifiesta, el proyecto de párrafo 3) de la variante C reitera los dos supuestos enunciados por el artículo 13 en los que no cabe atribuir el mensaje al supuesto signatario mientras que el proyecto de artículo 4) de la variante C imparte cierta orientación sobre lo que sería claramente contrario a la equidad en la atribución no condicionada de la autoría.

Sección III. Firmas numéricas respaldadas por certificados

Artículo 8. Contenido de un certificado [refrendado]

Variante A:

1) Para los fines del presente Régimen, un certificado [refrendado] deberá, por lo menos:

a) Identificar a la entidad certificadora que lo emita;

b) Nombrar o identificar al [signatario] [titular del certificado] o un dispositivo o agente electrónico bajo control [del signatario] [del titular del certificado] [de esa persona];

c) Llevar una clave pública que corresponda a una clave privada que obre en poder del [signatario] [titular del certificado];

d) Definir el período de vigencia del certificado;

e) Llevar la firma numérica o algún otro refrendo de la entidad certificadora que lo haya emitido;

[f] Especificar, de haber alguna, toda restricción que se haya impuesto al ámbito de utilización de la clave pública;

[g] Definir el algoritmo que haya de aplicarse].

Variante B:

1) Al comunicar a alguna parte interesada los datos que figuren en un certificado, la entidad certificadora [o el titular de un certificado] se cerciorará de que esa información incluye, como mínimo, los datos indicados en el párrafo 2) salvo que la entidad certificadora [o el titular del certificado, según sea el caso] y esa parte hayan convenido expresamente otra cosa.

Variante X:

2) La información a la que se refiere el párrafo 1) deberá incluir:

- a) En todos los certificados,
 - i) Los datos sociales de la entidad certificadora que lo utilice;
 - ii) La clave pública que corresponda a la clave privada que obre en poder del [signatario] [titular del certificado];
 - iii) La firma numérica o de otra índole de la entidad certificadora que emita el certificado [la información];
- b) En los certificados [...],
 - i) El período de vigencia del certificado;
 - ii) Toda restricción, de haber alguna, que sea aplicable al ámbito de utilización de la clave pública;
 - iii) La definición del algoritmo que haya de aplicarse.

Variante Y:

2) La información a la que se refiere el párrafo 1) deberá incluir:

- a) Los datos sociales de la entidad certificadora que utilice [el certificado] [la información];
 - b) El nombre o la identidad del [signatario] [titular del certificado] o un dispositivo o agente electrónico bajo el control de [el signatario] [el titular del certificado] [esa persona].
 - c) La clave pública que corresponda a la clave privada que obre en poder del [signatario] [titular del certificado];
 - d) La firma numérica o de otra índole de la entidad certificadora que expida el certificado [la información];
- 3) Los certificados podrán asimismo contener otra información, como sería:
- a) El período de validez del certificado;
 - b) Toda restricción, de haber alguna, que sea aplicable al ámbito de utilización de la clave pública;
 - c) La definición del algoritmo que haya de aplicarse.

Referencias

A/CN.9/454, párrs. 89 a 116;

A/CN.9/WG.IV/WP.76, párr. 31;

A/CN.9/446, párrs. 113 a 131 (proyecto de artículo 8);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 50 a 57;

A/CN.9/437, párrs. 98 a 113 (proyecto de artículo C); y A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 18 a 45 y 59 y 60.

Observaciones

45. En vista del ritmo al que la tecnología evoluciona y del desarrollo de formas de certificación que no siguen el modelo tripartito (signatario, parte que deposite su confianza en la firma y entidad certificadora), se expresó inquietud en el 33.º período de sesiones del Grupo de Trabajo acerca de la conveniencia de regular el contenido de los certificados en una única disposición (A/CN.9/454, párrs. 90 a 97). En la presente revisión del proyecto de artículo 8 figuran las dos variantes que al parecer del Grupo de Trabajo (A/CN.9/454, párr. 116) deberían servir de base para posteriores deliberaciones.

46. La variante B refleja la inquietud de que la emisión de un certificado se refiera únicamente a la entrega de un certificado al titular del mismo, lo que supone una relación contractual, pero no la comunicación de los datos que consten en el certificado a cualquier tercero que confíe en el certificado. La variante B establece la obligación de facilitar ciertos datos inscritos en un certificado, pero esa obligación no conlleva la de consignar esos datos en un certificado para darlos así a conocer. Podrían surgir problemas, caso de haber alguna obligación de dar a conocer datos no inscritos en un certificado. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si convendría enunciar en una disposición el mínimo de datos que habrán de incluirse en un certificado y enunciar en una disposición aparte la obligación de dar a conocer la información consignada en el mismo.

Artículo 9. *Efectos de las firmas numéricas respaldadas por certificados*

1) Por lo que se refiere a la totalidad o a una parte de un mensaje de datos, caso de estar el iniciador identificado por una firma numérica, esa firma será una firma electrónica [refrendada] si:

Variante A:

- a) La firma numérica ha sido creada durante la vigencia de un certificado válido y ha sido [correctamente] verificada [durante la vigencia de un certificado válido] por referencia a la clave pública indicada en el certificado;
- b) El propósito del certificado sea vincular la identidad [del signatario] [de una persona] [del iniciador] a una clave pública;
- c) El certificado se haya emitido al servicio de firmas numéricas que sean firmas electrónicas [refrendadas]; y
- d) El certificado se haya emitido:
 - i) Por una entidad certificadora licenciada por ... [el Estado promulgante designará al órgano o a la autoridad competente para licenciar entidades certificadoras y para promulgar el reglamento de funcionamiento de toda entidad certificadora licenciada]; o
 - ii) Por una entidad certificadora acreditada por un órgano acreditador competente que aplique nor-

mas comercialmente adecuadas e internacionalmente reconocidas relativas a la fiabilidad de la tecnología, de las prácticas y de toda otra característica pertinente de la entidad certificadora. Una lista no excluyente de los órganos o las normas que sean conformes al presente párrafo podrá ser publicada por ... [el Estado promulgante designará al órgano o a la autoridad competente para establecer normas reconocidas que sean aplicables al funcionamiento de toda entidad certificadora licenciada]; o

- [iii) De conformidad con normas comercialmente adecuadas e internacionalmente reconocidas.]

Variante B:

a) La firma numérica ha sido creada [por una vía segura] durante la vigencia de un certificado válido y ha sido [correctamente] verificada durante la vigencia de un certificado válido] por referencia a una clave pública indicada en el certificado; y

b) Ese certificado vincula la identidad de la persona a una clave pública conforme a procedimientos establecidos por:

- i) [El Estado promulgante designará al órgano o a la autoridad competente para licenciar entidades certificadoras y para promulgar el reglamento de funcionamiento de toda entidad certificadora licenciada]; o
- ii) Una autoridad acreditadora competente que aplique normas comercialmente adecuadas e internacionalmente reconocidas relativas a la fiabilidad de la tecnología, de las prácticas y de toda otra característica pertinente de la entidad certificadora; o
- iii) [Normas internacionales y prácticas o usos comerciales que sean bien conocidos y habitualmente observados en el ramo comercial de la operación considerada].

2) Toda firma numérica que no satisfaga los requisitos del párrafo 1) será considerada como firma electrónica [refrendada] si:

- a) Existen indicios suficientes para dar a entender que:
 - i) El certificado vincula con exactitud la identidad del [titular del certificado] [...] a la clave pública; y
 - ii) La firma numérica fue correctamente creada y verificada utilizando un procedimiento de seguridad fidedigno; o
- b) Cumple con los requisitos de una firma electrónica [refrendada] enunciados en otras disposiciones del presente Régimen.

Referencias

A/CN.9/454, párrs. 117 a 138;

A/CN.9/WG.IV/WP.76, párrs. 32 a 38;

A/CN.9/446, párrs. 71 a 84 (proyecto de artículo 5);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 39 a 44; y
A/CN.9/437, párrs. 43, 48 y 92.

Observaciones

47. Se ha revisado el proyecto de artículo 9 a la luz de las decisiones del Grupo de Trabajo en su 33.º período de sesiones (A/CN.9/454, párr. 136) de que se incluyan en el texto las variantes A y B para un ulterior examen de las mismas. El proyecto de artículo enuncia las condiciones que ha de satisfacer una firma numérica para poder ser considerada como una firma electrónica [refrendada]. La firma electrónica [refrendada] se define en el proyecto de artículo 1 b) como una firma que satisface ciertas condiciones. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si las condiciones del proyecto de artículo 9 son adicionales a las condiciones generales enunciadas en la definición, o si sólo pretenden aclarar y pormenorizar esas condiciones. El texto actual del proyecto de artículo 9 2) b) dispone, no obstante, que una firma numérica podrá ser considerada como firma electrónica [refrendada] aun cuando no satisfaga los requisitos del proyecto de artículo 9 1), con tal de que esa firma numérica pueda ser considerada como firma electrónica [refrendada] con arreglo a lo dispuesto al respecto en algún otro artículo del Régimen Uniforme. Esa regla sería aplicable a toda firma que corresponda a la noción enunciada en la definición del proyecto de artículo 1. De no formularse el proyecto de artículo 9 como una pormenorización clara de las condiciones de la definición del proyecto de artículo 1, el Régimen estaría estableciendo dos criterios distintos para determinar lo que cabe considerar como firma electrónica [refrendada].

48. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar el proyecto de artículo 9 en el contexto del proyecto de artículo 1, prestando particular atención a la tecnología propia de la firma numérica. El proyecto de artículo podría, por ejemplo, pormenorizar expresamente cómo había de cumplir una firma numérica con los requisitos del proyecto de artículo 1 b) i) a iii).

Capítulo III. Entidades certificadoras y cuestiones conexas

Artículo 10. Declaración inherente a la emisión de todo certificado [refrendado]

1) Al emitir un certificado [refrendado], la entidad certificadora declara [a toda persona que razonablemente confíe en ese certificado] que:

a) Ha cumplido con todos los requisitos aplicables [del presente Régimen];

b) Toda la información que figura en el certificado [refrendado] es exacta en la fecha de su emisión, [a menos que la entidad certificadora haya declarado en el mismo que la exactitud de ciertos datos no ha sido confirmada];

c) No hay ningún hecho material del que la entidad certificadora tenga conocimiento que se haya omitido del certificado [refrendado] y que podría perjudicar la fiabilidad de la información en él consignada; y

[d) Caso de haber ella publicado una declaración sobre prácticas de certificación, el certificado [refrendado] por ella emitido es en todo conforme con dicha declaración.]

2) La entidad certificadora, al emitir un certificado [refrendado], certifica además, respecto del [signatario] [titular] indicado en el mismo, [a toda persona que razonablemente confíe en dicho certificado]:

a) Que la clave pública y la clave privada del [signatario] [titular] indicado en el certificado [refrendado] funcionan a modo de juego conjunto; y

b) Que en el momento de emitir el certificado [refrendado], la clave privada es:

i) A del [signatario] [titular] indicado en el mismo; y

ii) Corresponde a la clave pública indicada en el mismo.

Referencias

A/CN.9/454, párrs. 139 a 144;

A/CN.9/WG.IV/WP.76, párr. 39;

A/CN.9/446, párrs. 134 a 145 (proyecto de artículo 10);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 61 a 63;

A/CN.9/437, párrs. 51 a 73 (proyecto de artículo H); y

A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 70 a 72.

Observaciones

49. El proyecto de artículo 10 refleja la sola decisión tomada al respecto por el Grupo de Trabajo en su 33.º período de sesiones (A/CN.9/454, párrs. 140 a 144), aunque el Grupo de Trabajo convino en que se considerara este artículo más adelante junto con los proyectos de artículo 11 y 12.

50. La versión revisada del proyecto de artículo 10 se declara aplicable únicamente a las firmas electrónicas [refrendadas] por considerarse que tal vez no sería apropiado que esta norma imperativa sea declarada aplicable a todo tipo de certificados, por ser posible que surjan diversos tipos de certificados con muy diversas aplicaciones.

Artículo 11. Responsabilidad contractual

1) En lo que concierne a una entidad certificadora que emite un certificado y al titular de ese certificado [o a toda otra parte que confíe en la firma y mantenga una relación contractual con la entidad certificadora], los derechos y las obligaciones de las partes [y sus eventuales limitaciones] quedarán determinados por el acuerdo celebrado entre las partes [, a reserva de lo que disponga al respecto la ley aplicable].

2) [A reserva de lo dispuesto en el artículo 10,] toda entidad certificadora podrá, exonerarse, por vía contractual, de su responsabilidad por cualquier pérdida incurrida a resultas de la confianza depositada en el certificado. No obstante, la cláusula que limite o excluya la responsabilidad de la entidad certificadora no podrá ser invocada si esa exclusión o limitación de la responsabilidad contractual [es gravemente contraria a la equidad] [es intrínsecamente contraria a la equidad] y da lugar a un desequilibrio manifiesto entre las partes] [otorga, sin justificación, una ventaja excesiva a algu-

na de las partes], a la luz de la finalidad del contrato y de toda otra circunstancia que sea del caso.

Referencias

A/CN.9/454, párrs. 145 a 157;

A/CN.9/WG.IV/WP.76, párr. 40;

A/CN.9/446, párrs. 146 a 154 (proyecto de artículo 11);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 64 y 65;

A/CN.9/437, párrs. 51 a 73 (proyecto de artículo H); y

A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 70 a 72.

Observaciones

51. El proyecto de artículo 11 refleja la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 33.º período de sesiones (A/CN.9/454, párr. 149) de mantener en lo esencial en el Régimen Uniforme una disposición como la del proyecto de artículo 11. Se expresó inquietud de que en algunos ordenamientos no se entendiera la expresión “gravemente contraria a la equidad” (A/CN.9/454, párr. 152). Se recordó al Grupo de Trabajo que el párrafo 2) estaba inspirado en los Principios del UNIDROIT relativos a los contratos comerciales internacionales (artículo 7.1.6) en una tentativa de encontrar una pauta uniforme para la evaluación de la aceptabilidad general de las cláusulas de exoneración. La referencia a la posibilidad de que la limitación o exención de toda responsabilidad sea “gravemente contraria a la equidad” sugiere la adopción de un enfoque flexible para la determinación de la validez de las cláusulas de exoneración, a fin de promover un mayor reconocimiento de las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad de lo que sería el caso si el Régimen Uniforme remitiera simplemente al derecho por lo demás aplicable (A/CN.9/WG.IV/WP.73, párr. 64). Se han incluido algunas expresiones adicionales entre corchetes para explicitar mejor el sentido de la expresión “gravemente contraria a la equidad”. Estas expresiones se han tomado de la documentación explicativa del artículo 7.1.6 de los Principios del UNIDROIT.

Artículo 12. Responsabilidad de la entidad certificadora ante toda parte que confíe en un certificado

1) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2), toda entidad certificadora que emita un certificado será responsable ante toda persona que razonablemente confíe en el certificado por:

a) Los errores y omisiones que pueda haber en el certificado, salvo que la entidad certificadora demuestre que ella o sus representantes adoptaron las debidas medidas para evitar que hubiera errores u omisiones en el certificado;

b) No haber inscrito en el registro la revocación del certificado salvo que la entidad certificadora demuestre que ella o sus representantes adoptaron todas las medidas razonables para inscribir prontamente la revocación tan pronto como les fuera notificada; y

c) Las consecuencias imputables a la no observancia de algún procedimiento enunciado en la declaración sobre prácticas de certificación publicada por la entidad certificadora.

2) La confianza en un certificado no será razonable en la medida en que sea contraria a la información consignada en el certificado [o incorporada al mismo por remisión] [o que figure en una lista de revocaciones] [o en los datos relativos a la revocación]. [La confianza no será razonable, en particular, [si es] [en la medida en que sea]:

a) Para alguna finalidad contraria a los fines para los que se emitió el certificado;

b) Respecto de una operación cuyo valor exceda del valor para el que sea válido el certificado; o

c) [...].

Referencias

A/CN.9/454, párrs. 158 a 163;

A/CN.9/WG.IV/WP.76, párr. 41;

A/CN.9/446, párrs. 155 a 173 (proyecto de artículo 12);

A/CN.9/WG.IV/WP.73, párrs. 66 y 67;

A/CN.9/437, párrs. 51 a 73 (proyecto de artículo H); y

A/CN.9/WG.IV/WP.71, párrs. 70 a 72.

Observaciones

52. En su 33.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que los proyectos de artículo 10, 11 y 12 deberían ser considerados juntos en alguna reunión ulterior para asegurarse de que las obligaciones impuestas a las entidades certificadoras correspondían a las reglas de la responsabilidad establecidas por el Régimen Uniforme (A/CN.9/454, párr. 159), pero que se debería retener el proyecto de artículo 12 con algunos cambios de redacción. Esos cambios figuran ya en la presente revisión del proyecto de artículo 12.

Observaciones generales respecto de los proyectos de artículo 13 a 15

53. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo hizo sólo un examen preliminar de los proyectos de artículo 13, 14 y 15 (A/CN.9/454, párrs. 164 a 169). Se expresaron algunas inquietudes sobre la minuciosidad de algunos de esos proyectos de artículo y sobre los supuestos técnicos en los que se basaban. Se sugirió en el Grupo de Trabajo que esos artículos fueran únicamente aplicables a las firmas numéricas y que, dado que regulaban las obligaciones básicas de la entidad certificadora, convendría dilucidar el contenido de esas obligaciones antes de entrar a examinar el tema de la responsabilidad. Se convino en colocar esos proyectos de artículo entre corchetes en espera de su ulterior examen.

[Artículo 13. *Revocación de certificados*

1) Durante el período de vigencia de un certificado, la entidad certificadora que emitió el certificado deberá revocarlo de conformidad con las políticas y los procedimientos aplicables a la revocación, definidos en la declaración sobre prácticas de certificación aplicables, o, en su ausencia, actuando con prontitud al recibir:

a) Una solicitud de revocación del [signatario] [titular] identificado en el certificado y confirmación de que la perso-

na que solicita la revocación es el [legítimo] [signatario] [titular], o es un mandatario del [signatario] [titular] facultado para solicitar la revocación;

b) Prueba fidedigna del fallecimiento del [signatario] [titular], si el [signatario] [titular] es una persona física; o

c) Prueba fidedigna de que el [signatario] [titular] ha sido disuelto o ha cesado de existir, si el [signatario] [titular] es una persona jurídica.

2) El [signatario que sea titular] [titular] de un juego certificado de claves estará obligado a hacer revocar, o a pedir que se revoque, el certificado correspondiente si llega a su conocimiento que la clave privada se ha perdido, corre peligro o está expuesta a ser de algún modo indebidamente utilizada. El [signatario] [titular] que, llegada esa situación, no haga revocar, o no pida que se revoque, el certificado será responsable ante cualquier persona que haya confiado en ese mensaje por no haber cumplido el [signatario] [titular] con su obligación de revocar el certificado.

3) Independientemente de si el [signatario] [titular] identificado en un certificado consiente o no en la revocación, la entidad certificadora que emitió ese certificado deberá revocarlo con prontitud al tener conocimiento de que:

a) Un hecho material indicado en ese certificado sea falso;

b) La clave privada de la entidad certificadora o su sistema de información corra algún peligro que comprometa la fiabilidad del certificado; o

c) La clave privada o el sistema de información del [signatario] [titular] corra peligro.

4) Al revocar un certificado a tenor de lo dispuesto en el párrafo 3), la entidad certificadora deberá dar aviso de esa revocación al [signatario] [titular] y a toda parte que confíe en el certificado, actuando de conformidad con las políticas y los procedimientos aplicables al aviso de revocación definidos en la declaración sobre prácticas de certificación aplicables o, en su ausencia, actuando con prontitud, y, caso de haberse publicado el certificado, deberá prontamente publicar un aviso de esa revocación, y deberá, por lo demás, informar de la misma a toda parte que confíe en el certificado que se dirija a ella al respecto.

5) [En lo que concierne al [signatario] [titular] y a la entidad certificadora,] la revocación surtirá efecto desde el momento en que sea [recibida] [inscrita en su registro] por la entidad certificadora.

[6] En lo que concierne a la entidad certificadora y a toda parte que confíe en el certificado, la revocación surtirá efecto desde el momento en que sea [inscrita] [publicada] por la entidad certificadora.]]

[Artículo 14. *Suspensión de certificados*

Durante el período de vigencia de un certificado, la entidad certificadora que lo emitió deberá suspenderlo de conformidad con las políticas y los procedimientos que rijan la suspensión definidos en la declaración sobre prácticas de certificación aplicable o, a falta de tales políticas y procedimientos, prontamente al recibir una solicitud en ese sentido de una persona que la entidad certificadora crea razonablemente que es el [signatario] [titular] indicado en el certifica-

do o una persona autorizada para actuar en nombre de ese [signatario] [titular].]

[Artículo 15. *Registro de certificados*

- 1) Toda entidad certificadora deberá llevar un registro electrónico de certificados emitidos, al que tenga acceso el público, que indique la fecha de expiración de cada certificado o la fecha en que se suspenda o revoque un certificado.
- 2) La entidad certificadora deberá llevar ese registro

Variante A: al menos durante [30] [10] [5] años.

Variante B: durante los ... [*el Estado promulgante determinará el plazo durante el cual debe mantenerse en el registro la información pertinente*] siguientes a la fecha de revocación o de expiración del período de vigencia de todo certificado emitido por esa entidad certificadora.

Variante C: de conformidad con las políticas y los procedimientos definidos por la entidad certificadora en la declaración sobre prácticas de certificación aplicables.]

F. Documento de Trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 34.º período de sesiones: firmas electrónicas: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.80) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> |
|--|-----------------|
| INTRODUCCIÓN | 1-6 |
| PROYECTOS DE ARTÍCULO SOBRE LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS..... | 7-24 |
| Artículo A. Definiciones | 7-10 |
| Artículo B. Observancia de los requisitos para la firma | 11-12 |
| Artículo C. Observancia de los requisitos de original | 13-14 |
| Artículo D. Determinación de la firma electrónica refrendada | 15 |
| Artículo E. Autonomía contractual | 16-17 |
| Artículo F. Obligaciones del titular de la firma | 18-19 |
| Artículo G. Confianza en las firmas electrónicas refrendadas | 20-21 |
| Artículo H. Obligaciones del certificador de información | 22-24 |

INTRODUCCIÓN

1. La Comisión, en su 30.º período de sesiones celebrado en mayo de 1997, encomendó al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico la preparación de un régimen uniforme sobre las cuestiones jurídicas que plantean las firmas numéricas y las entidades certificadoras. Con respecto a la forma y al alcance exactos de ese régimen uniforme, en ese período de sesiones se acordó en general que en esa etapa inicial del proceso aún no podían adoptarse decisiones. Además, se consideró que, si bien era apropiado que el Grupo de Trabajo centrara su atención en problemas que planteaban las firmas numéricas ante la evidente preponderancia de la criptografía de clave pública en las nuevas prácticas de comercio electrónico, el régimen uniforme que se preparara debía ajustarse al criterio de neutralidad que se había adoptado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (en adelante denominada “la Ley Modelo”). Así pues, en el régimen uniforme no debería desalentarse la utilización de otras técnicas de autenticación. Además, al regular la criptografía de clave pública, tal vez convendría que el régimen uniforme previera diversos grados de seguridad y re-

conociera los diversos efectos jurídicos y los grados de responsabilidad que se derivaran de los diversos tipos de servicios prestados en el contexto de las firmas numéricas. Con respecto a las entidades certificadoras, si bien la Comisión reconoció el valor de las normas de fiabilidad o seguridad fijadas por el mercado, se consideró en general que podía ser conveniente que el Grupo de Trabajo previera el establecimiento de una serie mínima de normas que hubieran de cumplir las entidades certificadoras, en particular cuando se solicitara una certificación de validez transfronteriza¹.

2. En su 31.º período de sesiones celebrado en junio de 1998, la Comisión tuvo ante sí el informe del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada por éste en su 32.º período de sesiones (A/CN.9/446). La Comisión expresó su reconocimiento por los esfuerzos realizados por el Grupo de Trabajo en su preparación del proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas. Se observó que el Grupo de Trabajo, a lo

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 y corrección (A/52/17 y Corr.1), párr. 250.*

largo de sus períodos de sesiones 31.º y 32.º, había experimentado obvias dificultades para llegar a un criterio común sobre las nuevas cuestiones jurídicas que planteaba la utilización cada vez mayor de las firmas numéricas y otras firmas electrónicas. Se señaló asimismo que aún no se había llegado a un consenso sobre el modo de abordar esas cuestiones en un marco jurídico internacionalmente aceptable. Sin embargo, la Comisión consideró en general que con los progresos realizados hasta la fecha el proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas se iba convirtiendo en una estructura sobre la que era posible trabajar. La Comisión reafirmó la decisión adoptada en su 31.º período de sesiones en relación con la viabilidad de la preparación de ese régimen uniforme² y expresó su confianza en que el Grupo de Trabajo podría realizar mayores progresos en su 33.º período de sesiones (Nueva York, 29 de junio a 10 de julio de 1998) sobre la base del proyecto revisado que había preparado la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.76). En el contexto de ese debate, la Comisión observó con satisfacción que el Grupo de Trabajo se había convertido en general en un foro internacional reconocido por su particular importancia en el intercambio de opiniones sobre las cuestiones jurídicas del comercio electrónico y en la preparación de soluciones para esos problemas³.

3. El Grupo de Trabajo continuó revisando el Régimen Uniforme en su 33.º período de sesiones (julio de 1998) sobre la base de la nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.76). El informe de ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/454. La Secretaría preparó una nota en la que figuraban proyectos de disposiciones revisadas basadas en las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/WP.79).

4. La presente nota contiene proyectos de artículo, algunos de los cuales están basados en los que figuran en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.79, que el Grupo de Trabajo podría examinar en combinación con los proyectos de artículo 1 a 15 del proyecto revisado de Régimen Uniforme, o en lugar de éstos.

5. La finalidad de la presente nota es facilitar las deliberaciones en el Grupo de Trabajo aportando proyectos de artículo basados en los elementos clave de los capítulos II y III del proyecto revisado de Régimen Uniforme que figura en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.79, junto con tres proyectos de artículo en que se abordan las dificultades experimentadas por el Grupo de Trabajo en sus debates sobre las cuestiones de responsabilidad. Como tales, esos tres artículos se basan en una serie de obligaciones de las partes en operaciones de firma ya enunciadas en los capítulos II y III del proyecto revisado de Régimen Uniforme. En la medida de lo necesario se han revisado la terminología y las definiciones del proyecto de Régimen Uniforme que figuran en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.79.

6. En la preparación de la presente nota, la Secretaría ha contado con la colaboración de un grupo de expertos, entre los que figuran expertos invitados por la Secretaría y expertos designados por gobiernos interesados y organizaciones internacionales interesadas.

PROYECTOS DE ARTÍCULO SOBRE LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS

Artículo A. *Definiciones*

Para los fines del presente Régimen:

a) Por “firma electrónica” se entenderá los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y [que puedan ser] utilizados para [identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos e indicar que el titular de la firma aprueba la información contenida en el mensaje de datos].

b) Por “firma electrónica [refrendada]” se entenderá una firma electrónica que [se crea y] puede verificarse mediante la aplicación de un procedimiento de seguridad o de una combinación de procedimientos de seguridad que garantice que esa firma electrónica:

- i) Sea exclusiva del titular de la firma [para los fines para los] [en el contexto en el] que se utilice;
- ii) Se pueda utilizar para identificar objetivamente al titular de la firma en relación con el mensaje de datos;
- iii) Haya sido creada y consignada en el mensaje de datos por el titular de la firma o utilizando un medio bajo el control exclusivo del titular de la firma.

c) Por “titular de la firma” se entenderá la persona que puede crear y adjuntar a un mensaje de datos, o en cuyo nombre se puede crear o adjuntar a un mensaje de datos, una firma electrónica refrendada.

d) Por “certificador de información” se entenderá toda persona o entidad que, en el curso habitual de su negocio, proporcione [servicios de identificación] [información de certificación] que se [utilicen] [utilice] para apoyar la utilización de firmas electrónicas refrendadas.

Observaciones

7. El presente documento, al tiempo que refleja las decisiones a que llegó el Grupo de Trabajo en su 30.º período de sesiones en el sentido de que el Régimen Uniforme, de acuerdo con la neutralidad que preveía la Ley Modelo, no debía desalentar la utilización de cualquier técnica que constituyera un “método tan fiable como apropiado” en lugar de la firma manuscrita y otras firmas sobre papel de acuerdo con el artículo 7 de la Ley Modelo, se basa en una amplia definición de las firmas electrónicas, centrándose más concretamente en las firmas que suponen una mayor fiabilidad al referirse a una serie de criterios que, una vez cumplidos, entrañarían efectos jurídicos.

8. Las definiciones de “firma electrónica” y “firma electrónica refrendada” tienen la finalidad de abarcar todas las técnicas que pudieran aplicarse como equivalente funcional de una firma manuscrita, según se entiende en el artículo 7 de la Ley Modelo.

9. En este proyecto se ha adoptado el concepto de “titular de la firma” a fin de superar los problemas que planteaba la utilización de la palabra “signatario”, cuyo significado natural implica que ya se ha creado una firma, mientras que en

²Ibíd., párrs. 249 y 250.

³Ibíd., *quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17)*, párrs. 207 y 208.

estos proyectos de artículo, por ejemplo, el titular de la firma tiene ciertas obligaciones de proteger su firma electrónica refrendada, independientemente de si la adjunta o no a un mensaje de datos. Esta situación sería la misma que en el caso del titular de una tarjeta de crédito o de una tarjeta de efectivo, cuyo número de identificación personal (NIP) debe protegerse independientemente de si la tarjeta se ha utilizado o no alguna vez.

10. El concepto de “certificador de información” sustituye a la expresión más concreta de “entidad certificadora”, que sólo se entiende de forma general en el contexto de las firmas numéricas; con ello se pretende dejar claro que el proyecto de Régimen Uniforme debe ser aplicable también a las tecnologías de firmas que no sean específicamente firmas numéricas pero que puedan utilizar funciones similares a las que caracterizan a las firmas numéricas.

Artículo B. *Observancia de los requisitos para la firma*

1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que es tan fiable como sea apropiada 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) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica refrendada.

3) Los párrafos 1) y 2) serán aplicables tanto si el requisito en ellos previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma.

4) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Observaciones

11. La finalidad del proyecto de artículo B es confirmar la relación con el artículo 7 de la Ley Modelo. En el párrafo 1) se reafirma el principio enunciado en el artículo 7 de la Ley Modelo en virtud del cual toda firma electrónica podrá satisfacer los requisitos jurídicos de firma siempre y cuando cumpla ciertas condiciones. El párrafo 2) dispone que las firmas electrónicas refrendadas *cumplen* esas condiciones, con lo cual facilita la satisfacción del requisito del artículo 7.

12. Los párrafos 3) y 4) se han incorporado a esta disposición en aras de la coherencia con el artículo 7 de la Ley Modelo.

Artículo C. *Observancia de los requisitos de original*

1) Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si se consigna en él una firma electrónica que ofrece alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma.

2) Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si en él se consigna una firma electrónica refrendada.

3) Los párrafos 1) y 2) serán aplicables tanto si el requisito en ellos previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias para el supuesto en que no haya firma.

4) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Observaciones

13. La finalidad del proyecto de artículo C es confirmar la relación con el artículo 8 de la Ley Modelo. El párrafo 1) reafirma el principio enunciado en el artículo 8 de la Ley Modelo de que con una firma electrónica puede satisfacerse el requisito jurídico de que haya original siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones. El párrafo 2) dispone que efectivamente las firmas electrónicas refrendadas *cumplen* esas condiciones y facilita la satisfacción del requisito del artículo 8.

14. Los párrafos 3) y 4) se han incorporado a esta disposición en aras de la coherencia con el artículo 7 de la Ley Modelo.

Artículo D. *Determinación de la firma electrónica refrendada*

1) [El órgano o la entidad designada por este Estado como competente] podrá determinar que una firma electrónica es una firma electrónica refrendada.

2) Toda determinación efectuada a tenor del párrafo 1) deberá ser conforme a las normas técnicas internacionales.

Observaciones

15. La finalidad del proyecto de artículo D es dejar claro que los Estados pueden designar un órgano o una entidad con la facultad para determinar las tecnologías concretas que podrán reconocerse como firmas electrónicas refrendadas. La finalidad del párrafo 2) es alentar a los Estados a que, al adoptar decisiones conforme al párrafo 1), se atengan a las normas internacionales aplicables y faciliten así la armonización de las prácticas con respecto a las firmas electrónicas refrendadas y la utilización y el reconocimiento transfronterizo de las firmas.

Artículo E. *Autonomía contractual*

El titular de una firma y toda persona que pueda confiar en la firma electrónica del titular de la firma podrán convenir en que entre ellos la firma electrónica sea considerada una firma electrónica refrendada.

Observaciones

16. El proyecto de artículo E reconoce la importancia de la autonomía de las partes en la utilización de firmas electrónicas refrendadas, asegurando al mismo tiempo que ningún

acuerdo sobre lo que deberá tratarse como firma electrónica refrendada afectará a las personas que no sean partes en ese acuerdo (es decir, a los terceros).

17. Este proyecto de artículo tiene la finalidad de ajustarse al enfoque de la autonomía de las partes que se adoptó en la Ley Modelo, concretamente en el artículo 4. La Ley Modelo dispone que, si bien ciertos artículos (los del capítulo II) deben considerarse vinculantes, podrán ser modificados mediante acuerdo cuando la legislación nacional lo permita. Del mismo modo, el proyecto de artículo E no tiene la finalidad de permitir a las partes modificar requisitos de forma cuando la legislación nacional no lo permita.

Artículo F. *Obligaciones del titular de la firma*

- 1) El titular de la firma tendrá la obligación de:
 - a) Actuar con diligencia para evitar toda utilización no autorizada de su firma;
 - b) Dar aviso [a quien corresponda] [lo antes posible] cuando exista el riesgo de que su firma quede en entredicho y pueda utilizarse para crear firmas electrónicas refrendadas no autorizadas;
 - c) Asegurar que todas las declaraciones o manifestaciones materiales hechas por el titular de la firma a certificadores de información y a partes que confían en él sean exactas y completas, según conste al titular de la firma.
- 2) El titular de la firma será responsable de las consecuencias de su cumplimiento de las obligaciones enunciadas en el párrafo 1).

Observaciones

18. El proyecto de artículo F establece normas mínimas que el titular de la firma tiene la obligación de cumplir como tal y a la hora de utilizar su firma, incluida la notificación cuando exista el riesgo de utilización indebida de la firma, así como en sus relaciones con los certificadores de información y las partes que confían en él. El proyecto de artículo prevé obligaciones clave que podrían ser generalmente aplicables a toda persona que utilizara una firma electrónica refrendada.

19. El proyecto de artículo dispone que el titular de la firma es responsable de las consecuencias que se deriven del incumplimiento de esas obligaciones, pero deja en manos de la legislación nacional la determinación de dichas consecuencias. Naturalmente, es improbable que un artículo que deja en manos del derecho interno la determinación de las consecuencias del incumplimiento de tales obligaciones fomente la armonización de las reglas sobre las firmas electrónicas. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar una disposición similar a la del proyecto de artículo 7 del Régimen Uniforme (véase el documento A/CN.9/WG.IV/WP.79) en que se especifiquen las consecuencias del mencionado incumplimiento.

Artículo G. *Confianza en las firmas electrónicas refrendadas*

Toda persona tiene derecho a confiar en una firma electrónica refrendada siempre que haya tomado medidas oportu-

nas para cerciorarse de que la firma electrónica refrendada es válida, no está en entredicho ni ha sido revocada.

Observaciones

20. El proyecto de artículo G se basa en el principio enunciado en el párrafo 3) del artículo 13 de la Ley Modelo, en virtud del cual la parte que confía en un mensaje de datos, o en este caso en una firma electrónica refrendada, sólo tiene derecho a ello en ciertas circunstancias. Esa parte no tendría derecho a confiar en una firma si, tras diligencias razonables, hubiera comprobado que la firma estaba en entredicho y ya no tenía validez o si la parte sabía o debía haber sabido que las declaraciones respecto de, por ejemplo, la autorización de la firma carecían de validez. Para los fines del presente proyecto de artículo, se supone que la validez incluye el concepto de autorización de la firma.

21. Entre las diligencias razonables podrían figurar, por ejemplo, la comprobación de la información facilitada por un certificador de información respecto de la validez o invalidez de las firmas certificadas, o la verificación de una firma mediante un procedimiento acordado con el titular de la firma o un procedimiento razonable habida cuenta de las circunstancias.

Artículo H. *Obligaciones del certificador de información*

- 1) Todo certificador de información tendrá la obligación de:
 - a) Actuar en función de las declaraciones que haga con respecto a sus prácticas;
 - b) Adoptar medidas razonables para determinar con exactitud la identidad del titular de la firma y cualquier otro hecho o dato que certifique el certificador de información;
 - c) Proporcionar medios razonablemente accesibles que permitan a la parte interesada averiguar:
 - i) La identidad del certificador de información;
 - ii) El método utilizado para identificar al titular de la firma;
 - iii) Toda limitación de los fines con los que pueda utilizarse la firma; y
 - iv) Si la firma es válida y no está en entredicho.
 - d) Proporcionar a los titulares de firmas un medio para dar aviso de que una firma electrónica refrendada está en entredicho;
 - e) Asegurar que todas las declaraciones y manifestaciones materiales que haga el certificador de información sean exactas y completas según conste al certificador;
 - f) Utilizar sistemas y procedimientos fiables para prestar sus servicios.
- 2) Todo certificador de información será responsable de las consecuencias de su incumplimiento de las obligaciones enunciadas en el párrafo 1).

Observaciones

22. Al igual que el proyecto de artículo F, el proyecto de artículo H establece normas mínimas que los certificadores

de información tienen la obligación de cumplir al realizar su actividad (como la certificación de información con respecto a la identidad del titular de la firma y el suministro de información sobre la validez continua de las firmas, con la oportuna notificación cuando una firma esté en entredicho) y en sus relaciones con los titulares de firmas y las partes que confían en ellas. El proyecto de artículo prevé obligaciones clave que podrían ser generalmente aplicables a cualquier persona con funciones de certificador de información en el contexto de las firmas electrónicas refrendadas.

23. El proyecto de artículo dispone además que el certificador de información es responsable de las consecuencias

del incumplimiento de esas obligaciones, pero deja en manos del derecho interno la determinación de dichas consecuencias.

24. Como en el caso del proyecto de artículo F, es improbable que el presente artículo, al dejar en manos del derecho interno la determinación de las consecuencias del incumplimiento de esas obligaciones, fomente la armonización de las reglas en materia de firmas electrónicas. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar una regla similar a la del proyecto de artículo 7 del Régimen Uniforme (véase el documento A/CN.9/WG.IV/WP.79) en que se especifiquen las consecuencias de tal incumplimiento.

III. PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA

Proyectos de capítulo de una guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada: informe del Secretario General

(A/CN.9/458 y Add.1 a 9) [Original: inglés]

A/AC.9/458

INTRODUCCIÓN

1. En su 29.º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, después de examinar la nota de la Secretaría sobre los proyectos de construcción, explotación y traspaso (CET) (A/CN.9/424), decidió preparar una guía legislativa para ayudar a los Estados a preparar o modernizar la legislación relativa a esos proyectos¹. La Comisión pidió a la Secretaría que examinara cuestiones apropiadas para ser tratadas en esa guía y que preparase proyectos de textos para su examen por la Comisión.

2. En su 30.º período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión examinó un índice anotado que contenía los temas propuestos para su inclusión en la guía legislativa (A/CN.9/438, anexo). Examinó también proyectos iniciales de los capítulos I, “Alcance, finalidad y terminología de la *Guía*” (A/CN.9/438/Add.1); II, “Partes y etapas de proyectos de infraestructura con financiación privada” (A/CN.9/438/Add.2), y V, “Medidas preparatorias” (A/CN.9/438/Add.3). Tras un intercambio de opiniones sobre la naturaleza de las cuestiones que habrían de discutirse y los posibles métodos para tratarlas en la guía, la Comisión aprobó en general el plan de trabajo propuesto por la Secretaría, contenido en esos documentos². La Comisión pidió a la Secretaría que, al preparar futuros capítulos, recabase la asistencia de expertos exteriores en la medida necesaria, e invitó a los gobiernos a señalar expertos que pudieran ser de ayuda para la Secretaría en esa tarea.

3. En su 31.º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión tuvo ante sí versiones revisadas de los capítulos anteriores, así como los proyectos iniciales de otros capítulos, preparados por la Secretaría con la ayuda de expertos exteriores y en consulta con otras organizaciones internacionales. Entre los documentos figuraban un índice revisado (A/CN.9/444) y un proyecto de introducción a la guía legislativa (A/CN.9/444/Add.1), que combinaba, con enmiendas, el contenido de los documentos A/CN.9/438/Add.1 y 2. Otros documentos fueron los proyectos iniciales de los capítulos I, “Consideraciones generales sobre la legislación” (A/CN.9/444/Add.2); II, “Estructura y regulación del sector” (A/CN.9/444/Add.3); III, “Selección del concesionario” (A/CN.9/444/

Add.4), y IV, “Conclusión y condiciones generales del acuerdo del proyecto” (A/CN.9/444/Add.5), que incorporaban una parte del contenido del documento A/CN.9/438/Add.3. La Comisión examinó varias sugerencias concretas relativas a los proyectos de capítulo, así como propuestas para modificar la estructura de la guía legislativa y reducir el número de capítulos³. Pidió a la Secretaría que continuase la preparación de futuros capítulos, con la asistencia de expertos exteriores, y que se los presentara en su 32.º período de sesiones.

4. Atendiendo a esa solicitud, la Secretaría ha cambiado la estructura general de la guía legislativa, combinado algunos de los capítulos, revisado los documentos examinados por la Comisión en su 31.º período de sesiones y preparando proyectos iniciales de los capítulos restantes, con ayuda de expertos exteriores y en consulta con otras organizaciones internacionales. El proyecto completo de la guía legislativa figura en las adiciones 1 a 9 al presente documento (A/CN.9/458/Add.1 a 9).

I. ESTRUCTURA Y CONTENIDO PROPUESTOS DE LA GUÍA LEGISLATIVA

Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada

5. Un proyecto anterior de la introducción figuraba en el documento A/CN.9/444/Add.1. En una adición al presente documento (A/CN.9/458/Add.1) figura un proyecto revisado que tiene en cuenta las sugerencias hechas en el 31.º período de sesiones de la Comisión⁴.

6. Al preparar la introducción revisada, la Secretaría prestó atención especial a la sugerencia hecha en el 31.º período de sesiones de la Comisión en el sentido de que algunas partes de la introducción eran extensas y sería útil reducirlas, en particular las que anticipaban en cierta medida cuestiones que se examinarían más detenidamente en los capítulos sustantivos⁵.

7. La introducción revisada incorpora una parte del contenido del antiguo capítulo II, “Estructura y regulación del sector” (A/CN.9/444/Add.3), atendiendo a la decisión de la

¹Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), párrs. 225 a 230.

²Ibíd., quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/52/17), párrs. 231 a 247.

³Ibíd., quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17), párrs. 12 a 206.

⁴Ibíd., párrs. 23 a 49.

⁵Ibíd., párrs. 32 a 47.

Comisión, adoptada en su 31.º período de sesiones, de trasladar la sustancia del examen de la competencia y la estructura sectorial, contenida entonces en las secciones A, “Estructura y competitividad del mercado”, y B, “Medidas legislativas para introducir reformas sectoriales”, de ese capítulo a la parte introductoria de la guía⁶.

Capítulo I. Consideraciones generales sobre la legislación

8. Un proyecto anterior de este capítulo I figuraba en el documento A/CN.9/444/Add.2. En una adición al presente documento (A/CN.9/458/Add.2) figura un proyecto revisado que tiene en cuenta las sugerencias hechas en el 31.º período de sesiones de la Comisión⁷.

9. La sección D del proyecto de capítulo I incorpora la sustancia de algunas partes del antiguo capítulo II, “Estructura y regulación del sector” (A/CN.9/444/Add.3), que trataba de cuestiones de organización y administrativas relativas al funcionamiento de los órganos normativos.

10. En el documento A/CN.9/444/Add.2 figuraba, en sus secciones B y C, un examen de las posibles repercusiones de otras esferas legislativas en la realización con éxito de proyectos de infraestructura con financiación privada y de la posible pertinencia de los acuerdos internacionales suscritos por el país anfitrión para la legislación nacional sobre esos proyectos. Ese examen se ha trasladado al proyecto de capítulo VII, “Ley aplicable” (A/CN.9/458/Add.8).

Capítulo II. Riesgos del proyecto y respaldo público

11. En una adición al presente documento (A/CN.9/458/Add.3) figura un proyecto inicial de capítulo II (anteriormente numerado como capítulo V).

12. La sección B del proyecto del capítulo II presenta un examen general de los principales riesgos encontrados en los proyectos de infraestructura con financiación privada y un breve examen de las soluciones contractuales habituales para la distribución de riesgos. En la sección C se hacen consideraciones de política que quizá desee la administración pública tener en cuenta al decidir el grado de apoyo directo que puede darse a los proyectos de infraestructura, y se examinan algunas medidas de apoyo adicionales que se han utilizado en programas públicos para fomentar la inversión privada en el desarrollo de infraestructura, pero sin preconizar la aplicación de ninguno de ellos en particular. Por último, las secciones D y E describen las garantías y medidas de apoyo que pueden prestar las instituciones financieras internacionales y bilaterales.

Capítulo III. Selección del concesionario

13. Una versión anterior de este capítulo figuraba en el documento A/CN.9/444/Add.4. En una adición al presente documento (A/CN.9/458/Add.4) figura un proyecto revisado

que tiene en cuenta las sugerencias hechas en el 31.º período de sesiones de la Comisión⁸.

14. Al preparar la versión revisada del proyecto de capítulo III, la Secretaría prestó atención especial a la sugerencia hecha en el 31.º período de sesiones de la Comisión en el sentido de que se examinase con más detalle el hecho de que los procedimientos competitivos normalmente utilizados para la adquisición de bienes, obras o servicios no eran totalmente apropiados para los proyectos de infraestructura con financiación privada⁹. La Secretaría se ha esforzado por evitar el uso de la terminología que en algunos sistemas jurídicos se utiliza normalmente en conexión con los métodos de adquisición de bienes, obras y servicios. Se han hecho revisiones extensas, en particular en las secciones dedicadas a los criterios de selección, el contenido de las solicitudes definitivas de propuestas, los criterios de evaluación, los procedimientos de apertura y evaluación de propuestas, las negociaciones directas, las propuestas no solicitadas y los procedimientos de examen. El proyecto de capítulo revisado incluye también una nueva subsección que trata de medidas para aumentar la transparencia de las negociaciones directas.

Capítulo IV. El acuerdo de proyecto

15. Una versión anterior de este capítulo figuraba en el documento A/CN.9/444/Add.5. En una adición al presente documento (A/CN.9/458/Add.5) figura un proyecto revisado que tiene en cuenta las sugerencias hechas en el 31.º período de sesiones de la Comisión¹⁰.

Capítulo V. Desarrollo y explotación de infraestructura

16. Un proyecto inicial de capítulo V figura en una adición al presente documento (A/CN.9/458/Add.6). El proyecto de capítulo combina cuestiones anteriormente propuestas para su examen en capítulos distintos¹¹.

17. Entre las cuestiones examinadas en el proyecto de capítulo se encuentran cuestiones jurídicas relativas a la subcontratación y la etapa de construcción (cuya inclusión en un capítulo separado titulado “Etapa de construcción” se propuso anteriormente); condiciones de funcionamiento de las instalaciones de infraestructura, nivel y calidad de los servicios, estructura arancelaria y disposiciones sobre reajuste de precios (cuya inclusión en un capítulo separado titulado “Etapa operacional” se propuso anteriormente, y disposiciones y recursos para el caso de incumplimiento o infracción del acuerdo de proyecto, disposiciones relativas a cambios de las condiciones y acontecimientos imprevistos, garantías de cumplimiento y obligaciones de seguro del concesionario (cuya inclusión en un capítulo separado titulado “Demora, vicios y otras formas de incumplimiento” se propuso anteriormente).

18. De conformidad con la decisión adoptada por la Comisión en su 31.º período de sesiones de trasladar la sustancia

⁶Ibíd., párrs. 101 y 102.

⁷Ibíd., párrs. 50 a 95.

⁸Ibíd., párrs. 123 a 175.

⁹Ibíd., párr. 129.

¹⁰Ibíd., párrs. 176 a 201.

¹¹Véase A/CN.9/444, párrs. 21 a 24.

del examen de las cuestiones normativas contenidas en la sección C del anterior capítulo II, “Estructura y regulación del sector” (A/CN.9/444/Add.3), a un futuro capítulo relativo a la etapa operacional¹², el capítulo V contiene una sección relativa a cierto número de cuestiones normativas, como las obligaciones generales de los proveedores de servicios públicos y las medidas de control de precios.

Capítulo VI. Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión

19. En una adición al presente documento (A/CN.9/458/Add.7) figura un proyecto inicial del capítulo VI (anteriormente numerado como capítulo IX).

20. La sección B trata de si el acuerdo de proyecto puede prorrogarse y en qué circunstancias. La sección C examina las circunstancias que pueden autorizar la rescisión del acuerdo antes de cumplirse su plazo. Por último, la sección D trata de disposiciones para la liquidación del proyecto, incluida la transferencia de sus bienes y la indemnización a que puede tener derecho cada una de las partes en caso de rescisión.

Capítulo VII. Ley aplicable

21. En una adición al presente documento (A/CN.9/458/Add.8) figura un proyecto inicial del capítulo VII (anteriormente numerado como capítulo X).

22. La sección B del proyecto de capítulo trata de la determinación de la ley o leyes por las que se regirán el acuerdo de proyecto y otros contratos concertados por el concesionario durante la vida del proyecto. La sección C señala algunos aspectos de las leyes del país anfitrión que, sin que traten necesariamente de forma directa de los proyectos de infraestructura con financiación privada, pueden tener repercusiones en su ejecución. La sección D señala la posible pertinencia de cierto número de acuerdos internacionales para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada en el país anfitrión. Sustancialmente, las secciones C

¹²Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17), párrs. 101 y 102.

y D figuraban anteriormente en una versión anterior del capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación” (A/CN.9/444/Add.2).

Capítulo VIII. Solución de controversias

23. En una adición al presente documento (A/CN.9/458/Add.9) figura un proyecto inicial del capítulo VIII (anteriormente numerado como capítulo XI).

24. La sección B del proyecto de capítulo trata de los mecanismos para la solución de controversias entre el concesionario y la autoridad contratante. La sección C trata de las controversias entre el concesionario y otras partes, como sus contratistas, proveedores, prestamistas y clientes. Por último, la sección D trata de la conciliación y métodos similares de solución de controversias.

II. CONCLUSIONES

25. Tal vez desee tomar nota la Comisión de que el programa propuesto para su 32.º período de sesiones, que figura en el programa provisional (A/CN.9/453), prevé que los primeros ocho días del período de sesiones se dediquen al examen del tema de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Se sugiere que la Comisión utilice ese período para examinar a fondo los proyectos de capítulo, en particular la estructura revisada de la guía legislativa y determinar si esos proyectos abarcan las cuestiones pertinentes, si las exposiciones se ocupan debidamente de las necesidades prácticas de los proyectos de infraestructura con financiación privada y si el asesoramiento que se presta es apropiado. Tal vez desee examinar la Comisión si las recomendaciones legislativas, actualmente formuladas, reflejan debidamente el concepto de principios legislativos concisos previsto por la Comisión¹³. Y tal vez desee la Comisión señalar cualesquiera otras cuestiones con respecto a las cuales la formulación de modelos de disposiciones legislativas aumentaría la utilidad de la guía legislativa¹⁴.

¹³Ibíd., párr. 204.

¹⁴Ibíd., párr. 21.

A/CN.9/458/Add.1

Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*

ÍNDICE

| | Párrafos |
|---|----------|
| A. FINALIDAD Y ALCANCE DE LA GUÍA | 1-4 |
| B. TERMINOLOGÍA USADA EN LA GUÍA | 5-18 |
| 1. “Infraestructura pública” y “servicios públicos” | 6-9 |
| 2. “Concesión”, “acuerdo de proyecto” y expresiones conexas | 10-13 |
| 3. Referencias a autoridades nacionales | 14-16 |
| 4. “Construcción-explotación-traspaso” y expresiones conexas | 17-18 |
| C. FORMAS DE PARTICIPACIÓN DEL SECTOR PRIVADO EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA | 19-26 |

| | Párrafos |
|---|----------|
| 1. Propiedad y explotación públicas | 20-21 |
| 2. Propiedad pública y explotación privada | 22-24 |
| 3. Propiedad y explotación privadas | 25-26 |
| D. ESTRUCTURAS Y FUENTES DE FINANCIACIÓN DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA | 27-43 |
| 1. Concepto de financiación de proyectos | 27-29 |
| 2. Fuentes de financiación de proyectos de infraestructura | 30-43 |
| E. PARTES PRINCIPALES QUE INTERVIENEN EN LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA | 44-53 |
| 1. Autoridad contratante y otros organismos públicos | 45-46 |
| 2. La empresa y los patrocinadores del proyecto | 47 |
| 3. Prestamistas | 48-49 |
| 4. Instituciones financieras internacionales y organismos de crédito a la exportación | 50 |
| 5. Aseguradores | 51 |
| 6. Expertos y asesores independientes | 52-53 |
| F. POLÍTICA DE INFRAESTRUCTURA, ESTRUCTURA SECTORIAL Y COMPETENCIA | 54-82 |
| 1. Inversión privada y política de infraestructura | 57-65 |
| 2. Reestructuración de sectores de infraestructura | 66-82 |

*En las secciones C, D, E y F se examinan las cuestiones básicas de los proyectos de infraestructura con financiación privada, como la participación del sector privado en la infraestructura pública y el concepto de financiación de proyectos. Además, se señalan también las partes principales que intervienen en esos proyectos y sus intereses respectivos, y se examinan opciones de política sobre la estructura del sector y la competencia. Esas secciones se han concebido como información general de antecedentes sobre cuestiones que se examinan desde una perspectiva legislativa en los capítulos siguientes de la *Guía*. Para más información, pueden consultarse especialmente publicaciones de otras organizaciones internacionales, como las *Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects*, preparada por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI: No. de venta 95.6.E); *World Development Report 1994: Infrastructure for Development* (Nueva York, Oxford University Press, 1994) y *World Development Report 1996. From Plan to Market* (Nueva York, Oxford University Press, 1996), publicadas ambas por el Banco Mundial, o *Financing Private Infrastructure* (Washington, D.C., 1996), publicada por la Corporación Financiera Internacional.

A. Finalidad y alcance de la *Guía*

1. La finalidad de la presente *Guía* es ayudar a las autoridades nacionales y los órganos legislativos que deseen crear un marco jurídico favorable al desarrollo de infraestructura pública mediante la inversión privada. Se pretende que la *Guía* se utilice como referencia al preparar nueva legislación o examinar la idoneidad de las leyes y reglamentos existentes. Con este fin, la *Guía* ayuda a determinar esferas jurídicas que son normalmente de gran pertinencia para la inversión de capitales privados en proyectos de infraestructura pública y examina el contenido de la legislación que podría atraer al capital privado, nacional y extranjero.

2. La *Guía* no ofrece un conjunto único de modelos de soluciones, sino que ayuda al lector a evaluar los diferentes enfoques posibles y a elegir el más apropiado en el contexto nacional o local. El asesoramiento que proporciona la *Guía* trata de lograr un equilibrio entre, por una parte, el deseo de facilitar y alentar la participación privada en proyectos de infraestructura y, por otra, los diversos intereses públicos del país de acogida.

3. La *Guía* no tiene por objeto prestar asesoramiento sobre la redacción de acuerdos para ejecutar proyectos de infraestructura con financiación privada ni sobre soluciones contractuales para los problemas que puedan surgir como consecuencia de esos acuerdos. Cuando se examinan cuestiones contractuales (por ejemplo, en los capítulos IV, “El acuerdo de proyecto”; V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, y VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”), el examen se centra en las cuestiones que pueden tratarse útilmente en la legislación, además de en los acuerdos pertinentes.

4. La *Guía* presta atención especial a los proyectos de infraestructura que implican la obligación, por parte de los inversionistas seleccionados, de realizar las obras de construcción física, reparación o ampliación, a cambio del derecho a percibir una remuneración, sea del público o de algún organismo oficial, por la utilización de las instalaciones de infraestructura o de los servicios a que éstas den origen. Aunque esos proyectos se agrupan a veces con otras transacciones para la “privatización” de las funciones o los bienes públicos, la *Guía* no se ocupa de ese tipo de transacciones si

no guardan relación con el desarrollo y explotación de la infraestructura pública. Además, tampoco se ocupa de los proyectos para explotar recursos naturales, como los de minas, petróleo o gas en virtud de alguna “concesión”, “licencia” o “permiso” dados por la administración pública del país de acogida. Aunque esos proyectos suponen a menudo arreglos contractuales a largo plazo entre los inversionistas y las autoridades públicas del país de acogida, los procedimientos de adjudicación son en la mayoría de los casos diferentes de los comúnmente utilizados para seleccionar una empresa que realice un proyecto de infraestructura pública. De igual modo, la función de un concesionario de recursos naturales, como un fabricante de productos básicos, es muy distinta de la posición de un concesionario de un proyecto de infraestructura con financiación privada.

B. Terminología usada en la *Guía*

5. En los párrafos que siguen se explica el significado y uso de algunas expresiones que aparecen con frecuencia en la *Guía*. Para los términos no mencionados, como los de carácter técnico utilizados en textos financieros y de administración de empresas, pueden consultarse otras fuentes de información sobre el tema, como *Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects*, preparada por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI)¹.

1. “Infraestructura pública” y “servicios públicos”

6. Se entiende por “infraestructura pública” las instalaciones físicas que prestan servicios públicos al público o a la administración pública. En este sentido, pueden encontrarse ejemplos de infraestructura pública en diversos sectores que incluyen diversos tipos de instalaciones, equipo o sistemas: plantas de producción de energía y redes de distribución (sector eléctrico); sistemas de comunicaciones telefónicas locales y de larga distancia y redes de transmisión de datos (sector de telecomunicaciones); plantas de desalinización, plantas de tratamiento de agua residuales e instalaciones de distribución de agua (sector hídrico); instalaciones y equipo de recogida y eliminación de desechos (sector sanitario); e instalaciones y sistemas físicos utilizados para el transporte público, como ferrocarriles urbanos e interurbanos, metros, líneas de autobuses, carreteras, puentes, túneles, puertos, compañías aéreas y aeropuertos (sector del transporte).

7. La distinción entre infraestructura “pública” y “privada” debe hacerse en cada país, como cuestión de política pública. Lo que distingue la infraestructura pública de otros tipos de instalaciones y de equipo de explotación es la decisión explícita de la administración pública de que se trata de instalaciones de interés público porque prestan servicios esenciales al público en general. En algunos países, los aeropuertos son de propiedad de la administración pública; en otros, son de propiedad privada pero están sometidos a la reglamentación o las condiciones de un acuerdo con un organismo público. Las instalaciones médicas y hospitalarias, las prisiones y los correccionales pueden considerarse como infraestructura “pública” o “privada”, según la tradición del país. Con frecuencia, las instalaciones de energía y de tele-

comunicaciones se consideran como infraestructura “pública”. En la *Guía* no se expresa ninguna opinión sobre cómo debe establecerse esa distinción en un país determinado.

8. Los proyectos de infraestructura pública suponen normalmente la prestación de servicios o de bienes al público (o a un intermediario que los distribuye al público) o la explotación o mantenimiento de una instalación abierta al uso público. Esas actividades se denominan con frecuencia en la legislación nacional “servicios públicos” y, según la tradición jurídica del país de que se trate, sus proveedores pueden denominarse también “empresas de servicios públicos”, o “proveedores de servicios públicos”. Hay que señalar, sin embargo, que esas expresiones no se entienden de modo uniforme y pueden abarcar actividades diferentes en los distintos sistemas jurídicos. Aunque los proyectos de infraestructura definidos *supra* implicarían, en la mayoría de los sistemas jurídicos alguna forma de “servicio público”, esta expresión puede utilizarse también en relación con otras actividades no comprendidas en la *Guía*.

9. Los conceptos de “infraestructura pública” y “servicios públicos” están bien establecidos en la tradición jurídica de algunos países, siendo objeto a veces del derecho constitucional o de disposiciones detalladas de rango de ley. En algunos países, la prestación de servicios públicos puede regirse por un conjunto específico de disposiciones legales, normalmente denominado “derecho administrativo” (véase el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, ___). Sin embargo, no todos los sistemas jurídicos tienen un grado tan alto de especificación. En otros países, los servicios públicos, con independencia de que estén sometidos a reglamentaciones especiales, no se consideran como intrínsecamente distintos de otros tipos de empresas. La expresión “servicios públicos” utilizada en la presente *Guía* se refiere a los servicios prestados en relación con una infraestructura pública o como resultado de su explotación. La expresión “proveedores de servicios públicos” se refiere a las entidades jurídicas encargadas de la gestión de instalaciones o sistemas de infraestructura que prestan esos servicios públicos. Tal como se utilizan en la presente *Guía*, esas expresiones no deben entenderse en el sentido técnico que puedan tener en un sistema jurídico determinado.

2. “Concesión”, “acuerdo de proyecto” y expresiones conexas

10. En muchos países, los servicios públicos constituyen monopolios oficiales o están sometidos de otros modos a reglamentación especial por la administración pública. Cuando así ocurre, la prestación de un servicio público por una entidad que no sea la administración pública requiere normalmente una autorización del órgano público competente. En las legislaciones nacionales se utilizan diferentes expresiones para definir las autorizaciones y en algunos sistemas jurídicos pueden emplearse expresiones diferentes para los distintos tipos de autorizaciones. Expresiones comúnmente utilizadas son “concesión”, “franquicia” o “licencia”. En algunos sistemas jurídicos, en particular los que pertenecen a la tradición romanista, algunas formas de proyectos de infraestructura se denominan con conceptos jurídicamente bien definidos como “concesión de obras públicas” o “concesión de servicios públicos”. En la *Guía* se utiliza la palabra “concesión” para designar en general el derecho a construir y ex-

¹Publicación de la ONUDI, No. de venta: UNIDO.95.6.E.

plotar, o solamente a explotar, unas instalaciones de infraestructura pública y a cobrar por su utilización o por los servicios a que de origen. Tal como se utiliza en la *Guía*, no debe entenderse la palabra “concesión” en el sentido técnico que puede tener en algún sistema jurídico o derecho nacional determinado.

11. En la *Guía*, se entiende por “acuerdo de proyecto” un acuerdo entre un organismo oficial y la entidad o las entidades seleccionadas por dicho organismo para realizar el proyecto, en el que se expresan las condiciones de la construcción o modernización, explotación y mantenimiento de la infraestructura. No se utilizan otras expresiones que pueden usarse en algunos sistemas jurídicos para denominar esos acuerdos, como “acuerdo de concesión” o “contrato de concesión”.

12. En la *Guía* se usa a veces la palabra “concesionario” para denominar en general las entidades que realizan proyectos de infraestructura pública en virtud de una concesión hecha por las autoridades públicas del país de acogida. Sin embargo, para referirse en concreto a una entidad jurídica independiente especialmente establecida por el consorcio de licitación seleccionado para realizar un proyecto determinado, se utiliza en cambio la expresión “empresa del proyecto”.

13. La expresión “consorcio de licitación” se refiere a un grupo de empresas que presentan una propuesta conjunta para desarrollar un proyecto de infraestructura y acuerdan realizarlo conjuntamente si la administración pública les adjudica el proyecto. Esas empresas se denominan también a veces, “patrocinadores del proyecto”.

3. Referencias a autoridades nacionales

14. La expresión “autoridad contratante” se utiliza en general en la *Guía* para denominar a la autoridad pública del país de acogida a la que incumbe la responsabilidad general del proyecto y en nombre de la cual se adjudica éste. Esa autoridad puede ser nacional, provincial o local.

15. Tal como se utiliza en la *Guía*, la expresión “administración pública” comprende las diversas autoridades públicas del país de acogida que tienen encomendadas funciones ejecutivas o de formulación de políticas en los niveles nacional, provincial o local. Las expresiones “autoridades públicas” u “organismos públicos” se utilizan para designar, en particular, a entidades de la rama ejecutiva de la administración pública o relacionadas con ella. La expresión “poder legislativo” se utiliza concretamente en relación con los órganos que ejercen funciones legislativas en el país de acogida.

16. La expresión “órgano regulador” utilizada en la *Guía* se refiere al órgano o entidad oficial que tiene facultades para dar normas o reglamentaciones relativas a la explotación de la infraestructura. El órgano regulador puede haber sido establecido por una ley con la finalidad específica de reglamentar un sector de infraestructura determinado.

4. “Construcción-explotación-traspaso” y expresiones conexas

17. Los diversos tipos de proyectos mencionados en la presente *Guía* como proyectos de infraestructura con finan-

ciación privada se dividen a veces en varias categorías, según el tipo de participación o propiedad privadas de la infraestructura de que se trate, del siguiente modo.

a) “*Construcción-explotación-traspaso*” (CET). Se dice que un proyecto de infraestructura es un proyecto CET cuando la autoridad contratante selecciona un concesionario para financiar y construir una instalación o sistema de infraestructura, y concede a esa entidad el derecho a explotarlo comercialmente durante cierto período, al final del cual se traspasa la instalación a la autoridad contratante;

b) “*Construcción-traspaso-explotación*” (CTE). Se utiliza a veces esta expresión para subrayar que las instalaciones de infraestructura pasan a ser propiedad de la autoridad contratante inmediatamente después de su terminación, y que se da al concesionario el derecho a explotarla durante cierto período;

c) “*Construcción-arrendamiento-explotación-traspaso*” (CAET) o “*construcción-arrendamiento con opción-explotación-traspaso*” (CAOET). Se trata de variaciones de los proyectos CET o CTE, en las que, además de las obligaciones y otras condiciones normales de los proyectos CET, el concesionario arrienda los bienes físicos en que se encuentran las instalaciones por la duración del acuerdo;

d) “*Construcción-posesión-explotación-traspaso*” (CPET). Se trata de proyectos en que un concesionario se compromete a financiar, construir, explotar y mantener unas instalaciones de infraestructura determinadas a cambio del derecho a percibir honorarios u otra remuneración de sus usuarios. A diferencia de los proyectos CET, en virtud de este arreglo la entidad privada es propietaria de las instalaciones y sus bienes, hasta que se traspasan a la autoridad contratante;

e) “*Construcción-posesión-explotación*” (CPE). Es una variación de los proyectos CPET, en que el concesionario es propietario permanente de las instalaciones y no tiene obligación de devolverlas a la autoridad competente.

18. Además de los acrónimos utilizados para destacar el régimen de propiedad de que se trate, pueden utilizarse otros para subrayar una o más obligaciones del concesionario. En algunos proyectos, las instalaciones de infraestructura existentes se entregan a entidades privadas para ser modernizadas o renovadas, explotadas y mantenidas, permanentemente o durante cierto período. En función de si el sector privado es propietario de esas instalaciones de infraestructura, los arreglos pueden llamarse “renovación-explotación-traspaso” (RET) o “modernización-explotación-traspaso” (MET), en el primer caso, y “renovación-posesión-explotación” (RPE) o “modernización-posesión-explotación” (MPE), en el segundo. A veces se utiliza la expresión “diseño-construcción-financiación-explotación” (DCFE) para subrayar la responsabilidad adicional del concesionario de diseñar las instalaciones y financiar su construcción.

C. Formas de participación del sector privado en proyectos de infraestructura

19. La participación del sector privado en proyectos de infraestructura puede concebirse de diversas formas, que van desde la infraestructura de propiedad y explotación pública hasta los proyectos totalmente privatizados. La idoneidad de

una variante determinada para un tipo determinado de infraestructura es una cuestión que deberá considerar la administración pública teniendo en cuenta las necesidades nacionales de desarrollo de la infraestructura y evaluando las formas más eficaces de desarrollar y explotar tipos determinados de instalaciones de infraestructura (véanse párrafos 54 a 82). En un sector determinado puede utilizarse más de una opción.

1. Propiedad y explotación públicas

20. En los casos en que se considera conveniente la propiedad y el control públicos, se puede lograr la financiación privada directa y la explotación de la infraestructura, con arreglo a principios comerciales, creando una entidad jurídica distinta controlada por la administración pública para que sea propietaria del proyecto y lo explote. Esa entidad puede administrarse como empresa comercial privada independiente, sometida a las mismas normas y principios comerciales que se aplican a las empresas privadas. Algunos países tienen una tradición bien asentada de explotación de instalaciones de infraestructura mediante esos tipos de empresas. Abrir el capital de esas empresas a la inversión privada o utilizar la capacidad de una de ellas para emitir acciones u otras garantías puede ofrecer una oportunidad de atraer la inversión privada en infraestructura.

21. Otra forma de lograr la participación privada en la infraestructura de propiedad y explotación públicas puede ser la negociación de “contratos de servicios”, en virtud de los cuales el explotador público contrata con el sector privado actividades concretas de explotación y mantenimiento. La administración pública puede confiar también una amplia variedad de actividades de explotación y mantenimiento a una entidad privada que actúe en nombre de la autoridad contratante. En virtud de esta clase de arreglo, denominado a veces “contrato de gestión”, la remuneración del explotador privado puede estar vinculada a sus resultados, a menudo mediante un mecanismo de participación en los beneficios, o puede utilizarse la remuneración consistente en unos honorarios fijos, en particular cuando las partes encuentren difícil establecer mecanismos mutuamente aceptables para evaluar los resultados del explotador.

2. Propiedad pública y explotación privada

22. Alternativamente, se puede traspasar a entidades privadas toda la explotación de las instalaciones de infraestructura públicas. Una posibilidad es dar a la entidad privada, normalmente por cierto período, el derecho a utilizar unas instalaciones determinadas, prestar los servicios pertinentes y percibir los ingresos producidos por la actividad. Las instalaciones pueden existir ya o haber sido especialmente construidas por la entidad privada de que se trate. Esa combinación de propiedad pública y explotación privada tiene las características esenciales de los arreglos que en algunos sistemas jurídicos se denominan “concesiones de obras públicas” o “concesiones de servicios públicos”.

23. Otra forma de participación privada en la infraestructura se da cuando la autoridad contratante selecciona una entidad privada para que explote unas instalaciones que han sido construidas por la administración pública o en su nombre, o cuya construcción se ha financiado con fondos públi-

cos. En virtud de ese arreglo, el explotador asume la obligación de explotar y mantener la infraestructura y se le concede el derecho a cobrar los servicios que presta. En tal caso, el explotador asume la obligación de pagar a la autoridad contratante una parte de los ingresos generados por la infraestructura, que la autoridad contratante utilizará para amortizar los costos de construcción. Esos arreglos se denominan en algunos sistemas jurídicos “arrendamientos” o “*aparce-rías*”.

24. En cierto número de países, la autoridad contratante rara vez se hace cargo de algunos tipos de infraestructura de propiedad pública al terminar el período de la concesión, ya que normalmente prefiere mantener esas instalaciones en explotación privada. En esos casos, el uso y la posesión privados de bienes públicos originalmente concedidos por un período determinado pueden resultar en la práctica indefinidos (véase el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, ___).

3. Propiedad y explotación privadas

25. Con arreglo al tercer enfoque, la entidad privada no sólo explota las instalaciones sino que es también propietaria de los bienes relacionados con ellas. También en este caso puede haber diferencias sustanciales en la forma de tratar esos proyectos en la legislación nacional, por ejemplo, según que la autoridad contratante conserve o no el derecho a reclamar el título sobre las instalaciones o a asumir la responsabilidad de su explotación (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___).

26. Cuando las instalaciones se explotan en virtud de una licencia gubernamental, la propiedad privada de los bienes físicos (por ejemplo, una red de telecomunicaciones) puede separarse a menudo de la licencia para prestar servicios al público (por ejemplo, los servicios telefónicos de larga distancia), en el sentido de que la licencia puede ser retirada por la administración pública en determinadas circunstancias. Por ello, la propiedad privada de las instalaciones puede no entrañar necesariamente un derecho indefinido a prestar el servicio.

D. Estructuras y fuentes de financiación de proyectos de infraestructura

1. Concepto de financiación de proyectos

27. En las transacciones financieras tradicionales, los prestamistas confían normalmente en la solvencia general del prestatario y se protegen contra el fracaso del proyecto mediante garantías prestadas por los accionistas del prestatario o sus empresas matrices. Esta forma de financiación se describe normalmente como “financiación de empresas” o “financiación de balance”, a fin de subrayar que las sumas prestadas para financiar el proyecto se convierten en una obligación social de los accionistas del concesionario. La financiación de empresas se realizará normalmente por prestatarios suficientemente solventes para asumir el riesgo del fracaso de un proyecto.

28. Sin embargo, cuando se trata de proyectos en gran escala que implican la construcción de nuevas instalaciones de infraestructura, los accionistas de la empresa del proyecto no

están dispuestos normalmente a garantizarla. Por ello, esos proyectos se realizan a menudo con “financiación de proyectos”, en que el reembolso de los préstamos tomados por el prestatario se asegura principalmente con los ingresos generados por el proyecto. Otras garantías son inexistentes o cubren sólo ciertos riesgos limitados. Con ese fin, se estiman independientemente los bienes e ingresos del proyecto y los derechos y obligaciones relacionados con él, y se separan estrictamente de los bienes de los accionistas de la empresa del proyecto.

29. Se dice que la financiación de proyectos es una financiación “no recurrible”, debido a la falta de recurso ante los accionistas de la empresa del proyecto. En la práctica, sin embargo, los prestamistas rara vez están dispuestos a comprometer las grandes sumas que necesitan los proyectos de infraestructura únicamente sobre la base de la corriente de efectivo o los bienes previstos del proyecto. Pueden reducir su riesgo incorporando a los documentos del proyecto cierto número de arreglos de respaldo o garantía secundaria, y otros medios de apoyo crediticio aportados por los accionistas de la empresa del proyecto, la administración pública, los compradores u otros terceros interesados. Esta modalidad se llama comúnmente “financiación de recurso limitado”.

2. Fuentes de financiación de proyectos de infraestructura

30. Las alternativas a la financiación pública tradicional desempeñan un papel creciente en el desarrollo de infraestructura. En los últimos años, las nuevas inversiones en infraestructura en varios países han incluido proyectos con fuentes de financiación exclusiva o predominantemente privadas. Los dos tipos principales de financiación son la financiación mediante créditos, normalmente en forma de préstamos obtenidos en mercados comerciales, y la inversión en el capital social. Sin embargo, las fuentes de financiación no se limitan a éstas. La inversión pública y la privada se han combinado con frecuencia en arreglos llamados a veces “asociaciones público-privadas”.

a) Capital social

31. El primer tipo de capital para proyectos de infraestructura se aporta en forma de inversión en capital social. El capital social se obtiene en primer lugar de los patrocinadores del proyecto o de inversionistas individuales interesados en participar en el capital del concesionario. Sin embargo, ese capital social representa normalmente sólo una parte del costo total del proyecto de infraestructura. Para obtener préstamos comerciales o tener acceso a otras fuentes de financiación con objeto de satisfacer las necesidades de capital del proyecto, los patrocinadores de éste y otros inversionistas individuales tienen que ofrecer pagos prioritarios a los prestamistas y otros proveedores de capital. Por consiguiente, los patrocinadores del proyecto, en calidad de principales promotores, asumen normalmente el mayor riesgo financiero. Al propio tiempo, tienen la mayor participación en los beneficios de proyecto, una vez pagada la inversión inicial. Tanto los prestamistas como la administración pública acogen normalmente con agrado las inversiones sustanciales en el capital social de los patrocinadores del proyecto, ya que ayudan a reducir la carga del servicio de la deuda sobre la corriente

de fondos del concesionario y sirven de garantía del compromiso de esas empresas con el proyecto.

b) Préstamos comerciales

32. El capital en empréstitos representa a menudo la principal fuente de financiación de los proyectos de infraestructura. Se obtiene en el mercado financiero principalmente por medio de préstamos concedidos a la empresa del proyecto por bancos comerciales, nacionales o extranjeros, que normalmente utilizan fondos procedentes de depósitos a plazo corto y medio remunerados por esos bancos a tipos de interés flotantes. En consecuencia, los préstamos concedidos por los bancos comerciales están sometidos con frecuencia a esos tipos de interés y normalmente tienen un plazo de vencimiento más corto que el período del proyecto. Sin embargo, cuando resulta viable y económico dadas las condiciones del mercado financiero, los bancos pueden preferir reunir y prestar fondos a medio y largo plazo, a tipos fijos, a fin de evitar exponerse y exponer al concesionario durante un largo período a las fluctuaciones de los tipos de interés, al mismo tiempo que se reduce la necesidad de operaciones de protección cambiaria.

33. Los préstamos comerciales se conceden normalmente por los prestamistas a condición de que su pago tenga precedencia sobre el de cualquier otra obligación del prestatario. Por consiguiente, se dice que los préstamos comerciales son préstamos “no subordinados” o “principales”. Los préstamos principales pueden dividirse en “no asegurados” y “asegurados”, según que su pago esté garantizado o no por alguna garantía dada por el prestatario. Los préstamos “no asegurados” (es decir los no garantizados por ninguna garantía ofrecida por el prestatario) se conceden normalmente teniendo en cuenta la solvencia del prestatario. Sin embargo, a fin de minimizar sus riesgos, los prestamistas que conceden préstamos no asegurados requieren a menudo del prestatario el compromiso de que sus activos netos no se darán en garantía de un tercero con preferencia a los acreedores asegurados. Ese compromiso se denomina normalmente de “obligación negativa”. Los préstamos asegurados, a su vez, se garantizan normalmente mediante garantías subsidiarias dadas por el prestatario, como participaciones en la empresa del proyecto, o en sus bienes o cuentas por cobrar. La capacidad del prestatario para ofrecer esos tipos de garantías y de solvencia propia y de sus garantes limita normalmente el riesgo a que se exponen los prestamistas, reduciendo así el costo del crédito.

c) Deuda “subordinada”

34. El tercer tipo de financiación normalmente utilizado en esos proyectos son los préstamos “subordinados”, llamados también a veces capital de “entrepiso”. Esos préstamos están situados por encima del capital social en el orden de pagos, pero subordinados a los préstamos principales. Esa subordinación puede ser general (es decir, están situados generalmente más bajos que cualquier obligación principal) o específica, en cuyo caso, los acuerdos de préstamo identifican expresamente el tipo de deuda al que se subordinan. Los préstamos subordinados se conceden a tasas fijas, normalmente superiores a las de las obligaciones principales. Como instrumento adicional para atraer ese capital o, a veces,

como alternativa para conceder tasas de interés más altas, se puede ofrecer a los que conceden préstamos subordinados la perspectiva de participar directamente en las ganancias de capital, por medio de la emisión de acciones u obligaciones preferentes o convertibles, que a veces dan opción a suscribir acciones del concesionario a precios preferenciales.

d) *Inversionistas institucionales*

35. Además de los préstamos subordinados concedidos por los patrocinadores del proyecto o por instituciones financieras oficiales, se puede obtener deuda subordinada de empresas de financiación, fondos de inversión, compañías de seguros, planes de inversión colectiva (por ejemplo, fondos mutuos), fondos de pensiones y otros inversionistas denominados "institucionales". Esas instituciones disponen normalmente de grandes sumas para inversiones a largo plazo y pueden constituir una importante fuente de capital adicional para proyectos de infraestructura. Las principales razones para que acepten el riesgo de facilitar capital para proyectos de infraestructura son la perspectiva de una remuneración y el deseo de diversificar la inversión.

e) *Financiación en el mercado de capitales*

36. A medida que se adquiere más experiencia en los proyectos de infraestructura con financiación privada, se utiliza cada vez más la financiación del mercado de capitales. Los fondos pueden obtenerse poniendo a la venta acciones preferenciales, bonos u otros instrumentos negociables en alguna bolsa reconocida. Normalmente, la oferta pública de instrumentos negociables requiere una aprobación reglamentaria y el cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisdicción competente, como el relativo a la información que debe facilitarse en el prospecto de la emisión y, en algunas jurisdicciones, la necesidad de un registro previo. Los bonos y otros instrumentos negociables pueden no tener otra garantía que el crédito general de quien los emite, o pueden estar garantizados por una hipoteca o prenda sobre un bien determinado.

37. La posibilidad de tener acceso a mercados de capital es normalmente mayor cuando se trata de servicios públicos existentes y con un historial comercial acreditado que cuando se trata de empresas especialmente creadas para construir y explotar una infraestructura nueva, que carecen de la necesaria clasificación crediticia. De hecho, algunas bolsas requieren que la empresa emisora tenga un historial acreditado durante un período mínimo para que se le permita expedir instrumentos negociables.

f) *Financiación por instituciones financieras islámicas*

38. Otro grupo de posibles proveedores de capital son las instituciones financieras islámicas. Esas instituciones operan de acuerdo con normas y prácticas derivadas de la tradición jurídica islámica. Una de las características más destacadas de las actividades bancarias en virtud de esas normas es la ausencia de pagos de intereses y, en consecuencia, el establecimiento de otras formas de compensación del dinero prestado, como participaciones en los beneficios o participación directa de las instituciones financieras en los resultados de las transacciones de sus clientes. A consecuencia de esos

métodos de funcionamiento, las instituciones financieras islámicas pueden estar más inclinadas a considerar la participación directa o indirecta en el capital de un proyecto que otros bancos comerciales.

g) *Financiación por situaciones financieras internacionales*

39. Las instituciones financieras internacionales pueden desempeñar un papel importante como proveedoras de préstamos, garantías o capital social para proyectos de infraestructura con financiación privada. Cierta número de proyectos han sido cofinanciados por el Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional o bancos regionales de desarrollo.

40. Las instituciones financieras internacionales pueden desempeñar asimismo una función instrumental en la formación de "consorcios" para conceder préstamos al proyecto. Algunas de esas instituciones tienen programas especiales de préstamos en virtud de los cuales se convierten en el único "prestamista oficial" de un proyecto, actuando en su propio nombre o por cuenta de los bancos participantes y asumiendo la responsabilidad de tramitar los desembolsos de los participantes, y de la recaudación y distribución ulteriores de los pagos del préstamo percibidos del prestatario, ya sea en virtud de acuerdos específicos o de otros derechos inherentes a la condición de acreedor preferente. Algunas instituciones financieras internacionales pueden copatrocinar también capital social o de "entrepiso", invirtiendo en fondos del mercado de capitales especializados en garantías prestadas por explotadores de infraestructuras. Por último, las instituciones financieras internacionales pueden conceder igualmente garantías contra diversos riesgos políticos, lo que puede facilitar la labor de la empresa del proyecto de obtener fondos en el mercado financiero internacional (véase el capítulo II, "Riesgos del proyecto y respaldo público", __).

h) *Apoyo de los organismos de crédito a la exportación*

41. Los organismos de crédito a la exportación pueden apoyar el proyecto mediante préstamos, garantías o una combinación de ambos medios. La participación de esos organismos puede ofrecer una serie de ventajas, como tipos de interés más bajos que los aplicados por los bancos comerciales, y préstamos a plazo más largo, a veces a tipos de interés fijos (véase el capítulo II, "Riesgos del proyecto y respaldo público", __).

i) *Financiación pública y privada combinada*

42. Además de los préstamos y garantías concedidos por bancos comerciales y por instituciones financieras públicas nacionales o multinacionales, en algunos casos los fondos públicos se han combinado con capital privado para financiar nuevos proyectos. Esos fondos públicos pueden proceder de ingresos públicos o préstamos soberanos. Pueden combinarse con fondos privados como inversión inicial o como pagos a largo plazo, o adoptar la forma de subsidios o garantías oficiales (véase el capítulo II, "Riesgos del proyecto y respaldo público", __).

43. Los proyectos de infraestructura pueden ser copatrocinados por la administración pública mediante la participación en el capital del concesionario, reduciendo así la suma de capital social y de capital en empréstitos procedente de fuentes privadas. En algunos casos, las administraciones públicas realizan pagos directos al concesionario a fin de estimular la inversión en proyectos que se consideran de alto riesgo comercial. La inversión del sector privado en nuevas carreteras de peaje, por ejemplo, puede ser desalentada por el hecho de que las previsiones de tráfico, por muy profesionalmente que se realicen, son inciertas y dependen de una serie de factores imprevisibles. A fin de atraer la inversión a nuevos proyectos que se consideran de interés público, algunos países han introducido un sistema de pago directo por la administración pública de una suma uniforme, establecida, por ejemplo, sobre la base de una estimación del tráfico (véase el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, ___).

E. Partes principales que intervienen en la ejecución de proyectos de infraestructura

44. Las partes en un proyecto de infraestructura con financiación privada pueden variar mucho en función del sector de que se trate, la modalidad de la participación del sector privado y los arreglos utilizados para financiar el proyecto. En los párrafos que siguen se señalan las partes principales en la ejecución de un proyecto de infraestructura con financiación privada típico, que implica la construcción de unas instalaciones de infraestructura nuevas y se realiza según la modalidad de “financiación de proyectos”.

1. Autoridad contratante y otros organismos públicos

45. La ejecución de un proyecto de infraestructura con financiación privada implica con frecuencia a cierto número de autoridades públicas del país de acogida, a nivel nacional, provincial o local. La autoridad contratante es el órgano principal encargado del proyecto dentro de la administración pública. Además, la ejecución del proyecto puede requerir la participación activa (por ejemplo, para expedir licencias o permisos) de otros organismos, distintos de la autoridad contratante, en el mismo nivel o en un nivel diferente de la administración pública. Esas autoridades desempeñan una función esencial en la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada.

46. La autoridad contratante u otro organismo público identifica normalmente el proyecto de conformidad con sus propias políticas de desarrollo de infraestructura en el sector de que se trate, y determina el tipo de participación del sector privado que permitiría el funcionamiento más eficaz de las instalaciones de infraestructura. Luego, dirige el proceso que lleva a la selección del concesionario. Además, durante la vida del proyecto, la administración pública puede tener que prestar diversas formas de apoyo —legislativo, administrativo, reglamentario y a veces financiero—, a fin de garantizar que las instalaciones se construyan con éxito y se exploten de forma adecuada. Por último, en algunos proyectos la administración pública puede convertirse en el propietario definitivo de las instalaciones (___).

2. La empresa y los patrocinadores del proyecto

47. Los proyectos de infraestructura con financiación privada se realizan normalmente mediante una empresa conjunta que comprende empresas de construcción e ingeniería y proveedores de equipo pesado interesados en convertirse en los principales contratistas o proveedores del proyecto. Las empresas que participan en esta empresa conjunta se denominan a veces “patrocinadores del proyecto”. Esas empresas participarán intensamente en la elaboración del proyecto en su fase inicial, y su capacidad para cooperar entre sí y lograr otros asociados fiables será esencial para la terminación oportuna y con éxito de las obras. Además, la participación de una empresa con experiencia en exportar el tipo de instalaciones que se construirá es un factor importante para garantizar la viabilidad a largo plazo del proyecto (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). Cuando los patrocinadores del proyecto establecen una entidad jurídica independiente, otros inversionistas que participan en el capital y no están comprometidos de otro modo en el proyecto (normalmente inversionistas institucionales, bancos de inversión, instituciones de crédito bilaterales o multilaterales, y a veces también la administración pública o una empresa pública) pueden asimismo participar. La administración pública alienta a veces la participación de inversionistas del sector privado del país de acogida.

3. Prestamistas

48. Los riesgos a que se exponen los prestamistas en la financiación de proyectos, si ésta es no recurrible o de recurso limitado, son considerablemente más altos que en las transacciones tradicionales. Así ocurre, sobre todo cuando el valor de garantía de los activos físicos de que se trate (por ejemplo, una carretera, un puente o un túnel) es difícil de liquidar, por falta de un “mercado” en donde puedan venderse fácilmente esos bienes o debido a los obstáculos para su recuperación o reivindicación. Esta circunstancia afecta no sólo a las condiciones en que se conceden los préstamos (por ejemplo, el costo normalmente más alto de la financiación de proyectos y numerosas condiciones de financiación), sino también, con carácter práctico, a la disponibilidad de los fondos.

49. Debido a la magnitud de la inversión necesaria para un proyecto de infraestructura con financiación privada, los préstamos adoptan a menudo la forma de préstamos “sindicados”, en los que uno o varios bancos desempeñan el papel principal en la negociación de los documentos de financiación en nombre de las demás instituciones financieras participantes, principalmente bancos comerciales. Normalmente, los bancos comerciales que se especializan en préstamos a determinadas industrias no están dispuestos a asumir riesgos que no conocen (véase un examen de los riesgos de los proyectos en el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, ___). Por ejemplo, los prestamistas a largo plazo pueden no estar interesados en conceder préstamos a corto plazo para financiar la construcción de infraestructuras. Por ello, en los proyectos en gran escala intervienen a menudo diferentes prestamistas en las diferentes fases. A fin de evitar las controversias que podrían surgir de medidas contradictorias adoptadas por los distintos prestamistas, o controversias entre prestamistas por el pago de sus préstamos, los prestamistas que conceden préstamos para proyectos a largo plazo

negocian normalmente lo que se llama un “acuerdo entre acreedores”. El acuerdo entre acreedores contiene, por lo general, disposiciones que se ocupan de cuestiones como el desembolso de los pagos, a prorrata o con arreglo a un orden de prioridad; las condiciones para declarar los casos de incumplimiento y la aceleración del vencimiento de los créditos, y la coordinación de la ejecución de las garantías dadas por la empresa del proyecto.

4. *Instituciones financieras internacionales y organismos de crédito a la exportación*

50. Las instituciones financieras internacionales y los organismos de crédito a la exportación tendrán en general las mismas preocupaciones que los demás prestamistas del proyecto. Además, estarán especialmente interesados en que la ejecución del proyecto y su explotación no contradigan los objetivos de política particulares de esas instituciones y organismos. Las instituciones financieras internacionales están dando cada vez más importancia a las repercusiones ambientales de los proyectos de infraestructura y a su sostenibilidad a largo plazo. Los métodos y procedimientos aplicados para seleccionar al concesionario se examinarán también detenidamente por las instituciones financieras internacionales que concedan préstamos al proyecto. Muchas instituciones financieras mundiales y regionales y organismos bilaterales de financiación del desarrollo han elaborado directrices u otros requisitos que regulan las adquisiciones con fondos facilitados por ellas, lo que se refleja normalmente en sus acuerdos modelo sobre préstamos (véase también el capítulo III, “Selección del concesionario”, ___).

5. *Aseguradores*

51. Normalmente, un proyecto de infraestructura supondrá un seguro de daños que cubra la planta y equipo, un seguro de responsabilidad hacia terceros y un seguro de indemnización por accidentes de trabajo. Otros tipos posibles de seguro comprenden el seguro contra la cesación de negocios y contra la cesación de la corriente de efectivo, y el seguro de costos superiores a los previstos (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). Normalmente se dispone de esos tipos de seguros en los mercados comerciales, aunque la disponibilidad del seguro comercial puede verse limitada por algunos acontecimientos extraordinarios que escapen al control de las partes (por ejemplo, guerra, tumultos, vandalismo, terremotos o huracanes). El mercado de seguros privado desempeña un papel creciente en la cobertura de determinados tipos de riesgos políticos, como la denuncia de contratos, el incumplimiento por el organismo público de sus obligaciones contractuales o la exigencia injusta de garantías independientes. En algunos países, los suscriptores de riesgos forman conjuntos amplios de seguros orientados a evitar que determinados riesgos no queden cubiertos a consecuencia de diferencias entre las distintas políticas de seguro. Además del seguro privado, pueden prestar garantías contra riesgos políticos instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones y la Corporación Financiera Internacional, los bancos regionales de desarrollo o los organismos de crédito a la exportación (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, ___).

6. *Expertos y asesores independientes*

52. Los expertos y asesores independientes desempeñan un papel importante en las diversas etapas de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Las empresas experimentadas complementan normalmente sus propios conocimientos técnicos contratando los servicios de expertos y asesores exteriores, como expertos financieros, asesores internacionales extranjeros o ingenieros consultores. Los bancos mercantiles y de inversión actúan a menudo como asesores de los patrocinadores de proyectos al organizar la financiación y formular el proyecto que deba ejecutarse, actividad que, aunque es esencial para la financiación del proyecto, es muy distinta de la financiación en sí. Los expertos independientes pueden asesorar a los prestamistas del proyecto, por ejemplo, evaluando los riesgos de éste en el país de acogida de que se trate. También pueden prestar asistencia a la administración pública preparando estrategias de creación de infraestructuras para sectores determinados y formulando un marco jurídico y reglamentario adecuado. Además, los expertos y asesores independientes pueden prestar asistencia a la autoridad contratante en la preparación de estudios de viabilidad y de otros estudios preliminares, la formulación de solicitudes de propuestas o de modelos de condiciones y especificaciones contractuales, al evaluar y comparar las propuestas o en la negociación de los acuerdos de proyecto.

53. Además de las entidades privadas, cierto número de organizaciones intergubernamentales (como, por ejemplo, la ONUDI, las Comisiones Regionales del Consejo Económico y Social) e instituciones financieras internacionales (como, por ejemplo, el Banco Mundial y los bancos mundiales de desarrollo) tienen programas especiales en virtud de los cuales pueden prestar ese tipo de asistencia técnica directamente a las administraciones públicas o ayudarlas a encontrar asesores calificados.

F. *Política de infraestructura, estructura sectorial y competencia*

54. Las funciones de los sectores público y privado en el desarrollo de infraestructura han evolucionado considerablemente con el paso del tiempo. Servicios públicos como el iluminado de gas de las calles, la distribución de energía, la telegrafía y la telefonía, los ferrocarriles de vapor y los tranvías eléctricos se iniciaron en el siglo XIX, y en muchos países fueron prestados por empresas privadas que habían obtenido una licencia o concesión de la administración pública. En aquella época se realizaron muchos proyectos de carreteras o canales con financiación privada y hubo un rápido desarrollo de la financiación internacional de proyectos, que incluyó la oferta internacional de bonos para financiar los ferrocarriles u otra infraestructura importante.

55. Sin embargo, durante la mayor parte del siglo XX, la tendencia internacional fue hacia la prestación pública de infraestructuras y de otros servicios. Las empresas que explotaban infraestructuras fueron nacionalizadas con frecuencia y la competencia se redujo a causa de fusiones y adquisiciones. Durante ese período disminuyó también el grado de apertura de la economía mundial. Los sectores de infraestructura siguieron siendo explotados privadamente sólo en un número relativamente reducido de países, en donde a me-

nudo existía escasa competencia entre empresas o ninguna. En muchos países, el predominio del sector público en la prestación de servicios de infraestructura se incorporó en la Constitución (véase el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, ___).

56. La tendencia inversa actual hacia la participación del sector privado y la competencia en los sectores de infraestructura comenzó a principios del decenio de 1980 y se ha visto impulsada por factores generales y específicos de los países. Entre los factores generales están las innovaciones tecnológicas importantes; el alto endeudamiento y las estrictas limitaciones presupuestarias que reducen la capacidad del sector público para atender las crecientes necesidades de infraestructura; la expansión de los mercados de capital internacionales y locales, con el consiguiente mejoramiento del acceso a la financiación privada, y un número creciente de satisfactorias experiencias internacionales, con participación privada y competencia en la infraestructura. En muchos países se ha aprobado nueva legislación, no sólo para reglamentar esas transacciones, sino también para modificar la estructura del mercado y las normas de competencia que regulan los sectores en que esas transacciones se producen.

1. *Inversión privada y política de infraestructura*

57. En la mayoría de los países que han construido recientemente nueva infraestructura mediante la inversión privada, los proyectos con esta financiación son un instrumento importante para atender las necesidades de infraestructura nacionales. Elementos esenciales de las políticas nacionales comprenden el grado de competencia buscado para cada sector de infraestructura, la forma en que se estructura el sector y los mecanismos utilizados para garantizar el funcionamiento adecuado de los mercados de infraestructura. Las políticas nacionales para promover la inversión privada en infraestructura van acompañadas a menudo de medidas destinadas a introducir la competencia entre los proveedores de servicios públicos o a impedir el abuso de las condiciones de monopolio, cuando la competencia no es viable.

58. Al formular programas para promover la inversión del sector privado en el desarrollo y explotación de infraestructura pública, algunos países han estimado útil examinar las hipótesis en que se basó el establecimiento de los monopolios del sector público, incluidas las circunstancias históricas y las condiciones políticas que llevaron a su creación, con miras a: *a)* identificar las actividades que todavía mantienen las características de monopolio natural, y *b)* evaluar la viabilidad y conveniencia de introducir la competencia en determinados sectores de infraestructura.

59. Las medidas que pueden ser necesarias para aplicar una política gubernamental orientada a promover la competencia en los diversos sectores de infraestructura dependerán esencialmente de la estructura del mercado existente. Los principales elementos que caracterizan una estructura de mercado determinada comprenden obstáculos a la entrada de competidores, de carácter económico, jurídico, técnico o de otra índole, el grado de integración vertical u horizontal, el número de empresas que operan en el mercado y la disponibilidad de productos o servicios sustitutos.

a) Política de competencia y monopolios

60. El término monopolio, en sentido estricto, se refiere a un mercado con un sólo proveedor. Sin embargo, el monopolio puro y la competencia perfecta son los dos extremos de una gama. La mayoría de los mercados de productos básicos y servicios se caracterizan por cierto grado de competencia situado entre esos dos extremos. En general, los monopolios pueden clasificarse como naturales, legales y de hecho; cada uno de ellos requiere enfoques de política diferentes:

a) Monopolios naturales. Se trata de actividades económicas que permiten a un solo proveedor suministrar a todo el mercado a un costo inferior al de dos o más proveedores. Esta situación es típica de actividades económicas que suponen grandes inversiones y elevados costos fijos, pero costos decrecientes para producir cada unidad de servicios adicional (por ejemplo, un metro cúbico más de agua) para atender cualquier aumento de la demanda. Los monopolios naturales suelen tener grandes necesidades de inversión fija inicial que hacen difícil que una nueva empresa, que no cuente con economías comparables de escala, entre en el mercado y ofrezca precios inferiores a los de otra empresa;

b) Monopolios legales. Los monopolios legales se establecen por ley y pueden abarcar sectores o actividades que son o no monopolios naturales. En esa última categoría, el monopolio existe únicamente porque se prohíbe la competencia. Los razonamientos que han llevado a muchos países a establecer monopolios legales se basaban a menudo en la consideración de que las necesidades de infraestructura nacionales, tanto desde el punto de vista de la calidad como de la cantidad, no podían atenderse suficientemente dejando las infraestructuras al mercado libre.

c) Monopolios de hecho. Estos monopolios pueden no ser forzosamente resultado de elementos económicos fundamentales ni de disposiciones legales, sino simplemente de la falta de competencia debida, por ejemplo, a la naturaleza integrada de la empresa de la infraestructura y a su capacidad para controlar las instalaciones esenciales con exclusión de otros proveedores.

61. Se ha visto que los monopolios (de cualquier forma) tienen efectos económicos indeseables. Un proveedor de servicios que actúa en condiciones de monopolio puede fijar normalmente los precios. El exceso de beneficios que se deriva de la competencia insuficiente supone una transferencia de riqueza de los consumidores a los productores. Se ha visto también que los monopolios causan pérdidas netas de bienestar a la economía como consecuencia de unos precios inflados a consecuencia de una producción artificialmente baja, una tasa reducida de innovación y esfuerzos insuficientes para reducir los costos de producción. Además, en particular en los sectores de infraestructura, puede haber efectos secundarios en otros mercados. (Por ejemplo, la falta de competencia y de eficiencia en las telecomunicaciones tiene repercusiones negativas, por los aumentos de costos, para la economía en general.)

62. A pesar de sus efectos económicos negativos, los monopolios y otros obstáculos reglamentarios a la competencia se han mantenido a veces cuando no se daban las condiciones de los monopolios naturales. Una de las razones dadas para conservar los monopolios es que pueden utilizarse para fomentar determinados objetivos de política, como garanti-

zar la prestación de servicios en determinadas regiones o a determinadas categorías de consumidores, a precios bajos o incluso inferiores al precio de costo. Ejemplos de servicios en los que el precio puede no cubrir los costos incluyen los teléfonos de supervivencia, los servicios de agua o energía, el transporte con descuento para determinadas categorías de viajeros (por ejemplo, niños en edad escolar o personas de edad), así como otros servicios para usuarios de bajos ingresos o rurales. Un proveedor de servicios monopolísticos puede financiar la prestación de esos servicios mediante “subvenciones cruzadas” procedentes de otros servicios rentables prestados en otras regiones o a otras categorías de consumidores.

63. Otra razón que se cita a veces para conservar los monopolios legales cuando no se dan las condiciones de un monopolio natural es hacer que el sector resulte más atractivo para los inversionistas privados. Los explotadores privados pueden insistir en que se les concedan derechos exclusivos para prestar un servicio determinado a fin de reducir el riesgo comercial de su inversión. Sin embargo, ese objetivo tiene que equilibrarse con los intereses de los consumidores y de la economía en su conjunto. En los países en que se estime necesario conceder derechos exclusivos como incentivo para la inversión privada, puede ser aconsejable considerar la limitación de la competencia, aunque sólo sea con carácter temporal (véase el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, ___).

b) *Ámbito para la competencia en los diferentes sectores*

64. Hasta muy recientemente, en la mayoría de los sectores de infraestructura prevalecían condiciones monopolísticas, ya fuera porque el sector era un monopolio natural o porque obstáculos reglamentarios u otros factores (por ejemplo, una estructura de integración vertical de los proveedores de servicios públicos) impedían una competencia eficaz. Sin embargo, los rápidos progresos tecnológicos han ampliado el ámbito potencial para la competencia en los sectores de infraestructura, como se examina a continuación brevemente:

a) *Sector de telecomunicaciones.* Las nuevas tecnologías inalámbricas no sólo hacen posibles los servicios de telecomunicación móviles, sino que están aumentando la competencia con los servicios fijos (alámbricos). Las redes de fibra óptica, las redes de televisión por cable, la transmisión de datos por líneas de energía, los sistemas mundiales de satélites, el aumento de la capacidad de las computadoras, las técnicas mejoradas de compresión de datos, y la convergencia entre las comunicaciones, la radiodifusión y el tratamiento de datos están contribuyendo además al derrumbamiento de los monopolios y de los modos de prestación de servicios tradicionales. Como resultado de esos cambios, entre otros, los servicios de telecomunicación se han vuelto competitivos y los países abren cada vez más el sector a la entrada libre, limitando el acceso únicamente a los servicios que requieren la utilización de recursos públicos escasos, como las radiofrecuencias;

b) *Sector de la energía.* El sector de la energía, las turbinas de gas de ciclo combinado y otras tecnologías que permiten la producción eficiente de energía a escalas más pequeñas y la normalización de la fabricación de equipo de

producción de energía han llevado a varios países a cambiar la estructura monopolística y verticalmente integrada de los mercados de electricidad nacionales. El aumento de la capacidad de las computadoras y el perfeccionamiento de los programas de tratamiento de datos facilitan el envío de electricidad por una estructura reticular y la de puesta de energía en común y de otros mecanismos para acceder a la red y el comercio de electricidad,

c) *Sector del transporte.* La tecnología es en muchos casos el origen del cambio de pautas en el sector del transporte: la introducción de contenedores y otras innovaciones, como las comunicaciones por satélite, permiten seguir los envíos por todo el mundo, y han tenido profundas consecuencias en el transporte marítimo, la administración portuaria y el transporte por ferrocarril y carretera, al mismo tiempo que fomentaban el desarrollo del transporte intermodal.

65. Cambios tecnológicos como éstos han incitado a los órganos legislativos de algunos países a ampliar la competencia entre empresas a los sectores de infraestructura, promulgando legislación que elimina los monopolios y otros obstáculos que se oponen a la entrada, cambia la forma de organizar los sectores de infraestructura y establece un marco regulador que fomenta una competencia eficaz. La medida en que ello pueda hacerse dependerá del sector, el volumen del mercado y otros factores.

2. *Reestructuración de sectores de infraestructura*

66. En muchos países, la participación privada en el desarrollo de la infraestructura ha seguido a la introducción de medidas para reestructurar sectores. Las medidas legislativas comienzan normalmente derogando las normas que prohíben la participación privada en la infraestructura y eliminando todos los demás impedimentos legales para la competencia que no se justifican por razones de interés público. Hay que señalar, sin embargo, que la medida en que un sector determinado puede abrirse a la competencia es una decisión que se toma a la luz de la política económica general del país. Algunos países, en particular países en desarrollo, pueden tener un interés legítimo en promover el desarrollo de determinados sectores de la industria local y preferir por ello no abrir determinados sectores de infraestructura a la competición.

67. En el caso de situaciones de monopolio resultantes de prohibiciones legales y no de principios fundamentales económicos y tecnológicos, la principal medida legislativa necesaria para introducir la competencia es la eliminación de los obstáculos legales existentes. Puede ser necesario reforzarla mediante normas sobre la competencia (como la prohibición de la connivencia, de los carteles, de la fijación de precios predatorios o de otras prácticas comerciales abusivas) y una vigilancia reguladora (véase el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, ___). Sin embargo, en el caso de cierto número de actividades, no se puede lograr una competencia efectiva mediante la simple eliminación de los obstáculos legislativos, sin medidas legislativas para reestructurar el sector de que se trate. En algunos países, los monopolios se han mantenido temporalmente sólo por el tiempo necesario para facilitar una transición gradual, más ordenada y socialmente aceptable de una estructura de mercado monopolística a otra de mercado competitivo.

a) *Desagregación de servicios de infraestructura*

68. La experiencia de algunos países ha mostrado que las empresas de infraestructura integradas vertical u horizontalmente pueden impedir una competencia eficaz. Las empresas integradas pueden tratar de ampliar sus facultades monopolísticas de un mercado o segmento de mercado a otros, a fin de obtener ventajas de monopolio también en esas actividades. Por consiguiente, algunos países han estimado necesario separar el elemento de monopolio (como la estructura de muchas redes) de los elementos de competencia en determinados sectores de infraestructura. En general, los servicios de infraestructura suelen ser competitivos, mientras que la infraestructura física subyacente tiene a menudo características de monopolio.

69. La separación de las actividades competitivas de las monopolísticas puede requerir a su vez la desagregación de las actividades integradas vertical y horizontalmente. La desagregación vertical se produce cuando las actividades relacionadas con los procesos de producción se separan de las subsiguientes, por ejemplo, separando la producción, transmisión, distribución y suministro en el sector de la energía. El objetivo es normalmente separar los componentes fundamentales de la red o instalaciones esenciales de los segmentos competitivos de la empresa. La desagregación horizontal se produce cuando una o más actividades paralelas de un servicio público monopolístico se dividen entre distintas empresas, que pueden competir directamente entre sí en el mercado (como ocurre cada vez más con la producción de energía) o conservar un monopolio sobre un territorio más pequeño (como puede ser el caso en la distribución de energía). La desagregación horizontal se refiere tanto a una sola actividad o sector que se desagrega (como en los ejemplos del sector de la energía) como a actividades sustitutivas que se organizan separadamente en uno o más mercados (como, por ejemplo, en el caso de la separación de los servicios celulares de los de telefonía de línea fija).

70. Sin embargo, los costos y beneficios de esos cambios deben considerarse detenidamente. Los costos pueden incluir los asociados con el cambio mismo (por ejemplo, costos de transacción y transición, incluidas las pérdidas experimentadas por empresas que pierden beneficios o posiciones protegidas como consecuencia del nuevo sistema) y los costos resultantes del funcionamiento del nuevo plan, en particular, unos costos de coordinación más altos, por ejemplo, a una planificación de la red más compleja, la normalización técnica o la reglamentación. Los beneficios, en cambio, pueden incluir nuevas inversiones, servicios mejores o nuevos, más posibilidades de elección y menores costos económicos.

b) *Experiencia reciente en los principales sectores de infraestructura*i) *Telecomunicaciones*

71. La desagregación no ha sido demasiado corriente en el sector de las telecomunicaciones. En algunos países, los servicios de larga distancia e internacionales se separaron de los servicios locales; se introdujo la competencia de las empresas en los primeros, mientras que los últimos siguieron siendo en gran parte monopolísticos. En algunos de esos países, la tendencia se ha invertido ahora, y se permite a las empresas telefónicas locales prestar servicios de larga distancia y a

las empresas de larga distancia prestar servicios locales, todo ello en un contexto competitivo. Unas normas de acceso abierto obligatorias son corrientes en el sector de las telecomunicaciones en los países en donde el proveedor tradicional de servicios públicos presta servicios sin competencia con otros proveedores, al mismo tiempo que controla partes esenciales de la red.

ii) *Electricidad*

72. Recientemente se han promulgado en varios países disposiciones legales sobre la electricidad que requieren la desagregación del sector de la energía, separando la producción, la transmisión y la distribución. En algunos casos la oferta se distingue además de la distribución, a fin de dejar sólo la actividad monopolística (es decir, el transporte de electricidad de uso público por cable) en régimen de monopolio. En esos países, las empresas de transmisión y distribución no compran ni venden electricidad, sino que la transportan sólo a una tarifa reglamentada. El comercio de electricidad se produce entre los productores o intermediarios por una parte, y los usuarios por otra. En algunos de los países interesados, la competencia se limita únicamente a los grandes usuarios o se está introduciendo de forma gradual.

73. Cuando los países han optado por introducir la competencia en los sectores de la energía y del gas, la nueva legislación ha organizado la nueva estructura del mercado, estableciendo la medida en que ese mercado tenía que ser desagregado (lo que incluía a veces el número de proveedores de servicios públicos que debía crearse en el monopolio de que se trataba), o ha eliminado los obstáculos a las nuevas entradas. Las mismas leyes de energía han establecido también normas específicas sobre competencia, ya fueran estructurales (por ejemplo, prohibición de la posesión cruzada entre empresas de diferentes segmentos del mercado, como los de producción, transmisión y distribución, o venta y distribución de gas y electricidad) o de comportamiento (por ejemplo, normas sobre el acceso de terceros, prohibición de alianzas o de otros acuerdos de connivencia). Se han establecido nuevas instituciones y mecanismos reguladores, como los de puesta en común de energía, mecanismos de tramitación u órganos reguladores de la energía, para hacer que funcionaran los nuevos mercados. Por último, ha habido que modificar otros aspectos de las leyes y políticas de energía, juntamente con esos cambios, incluidas las normas reguladoras de los mercados del petróleo, gas, carbón y otras fuentes de energía.

iii) *Agua y saneamiento*

74. La reforma de la estructura del mercado más corriente que se ha introducido en el sector del agua y el saneamiento es la desagregación horizontal. Algunos países han creado varios servicios de agua cuando anteriormente existía sólo uno. Esto es particularmente corriente, aunque no se limita a ellos, en los países de redes separadas que no están interconectadas o lo están sólo escasamente. En la práctica, se ha visto que la desagregación horizontal facilita la comparación de los resultados de los proveedores de servicios.

75. Algunos países han invitado a los inversionistas privados a suministrar agua en grandes cantidades a un servicio o a construir y explotar plantas de tratamiento o desalinización

del agua, por ejemplo. En esa desagregación vertical, los servicios privados (y las inversiones diferenciadas que requieren) se prestan normalmente por contrato a unas instalaciones y no modifican fundamentalmente la naturaleza monopolística de la estructura del mercado: las plantas no compiten normalmente entre sí y, por lo común, no se les permite desviarse de las instalaciones para suministrar a los clientes. Cierta número de países han introducido la competencia en el suministro y transporte de agua en grandes cantidades; en algunos casos, se trata de mercados activos de agua. En otras partes, la competencia se limita al agua costosa embotellada o transportada en camiones y a los pozos privados.

iv) Transporte

76. En las medidas de reestructuración adoptadas en varios países, se establece una distinción entre la infraestructura de transporte y los servicios de transporte. La primera puede tener a menudo características y monopolio natural, mientras que los servicios son generalmente competitivos. La competencia en los servicios de transporte debe considerarse no sólo dentro de un solo modo sino también entre los distintos modos, ya que trenes, camiones, autobuses, compañías aéreas y buques suelen competir por los pasajeros y la carga.

77. Con respecto a los ferrocarriles, algunos países han optado por una separación entre la propiedad y la explotación de la estructura (por ejemplo, vías férreas, sistemas de señales y estaciones ferroviarias), por una parte, y por servicios de transporte por ferrocarril (por ejemplo, pasajeros y carga), por otra. En esos sistemas, la ley no permite al explotador de la vía férrea que explote también los servicios de transporte, que son explotados por otras empresas, las cuales compiten con frecuencia entre sí. Otros países han permitido a empresas integradas explotar infraestructura y servicios, pero han establecido los derechos de acceso de terceros a la infraestructura, derechos que a veces se llaman de "utilización de vía". En esos casos, las empresas de transporte, ya sean otra compañía ferroviaria o una empresa de servicios de transporte, tienen derecho a acceder a la vía férrea en determinadas condiciones, y la empresa que controla ésta tiene obligación de permitir tal acceso.

78. En muchos países, los puertos se han administrado hasta recientemente como monopolios del sector público. Al abrir ese sector a la participación privada, los legisladores han considerado diferentes modelos. En virtud del sistema de puerto arrendador, la autoridad portuaria se encarga de la infraestructura y de la coordinación general de las actividades del puerto; sin embargo, no presta servicios a los buques ni a las mercaderías. En los puertos de servicio, una misma entidad se encarga de la infraestructura y de los servicios. La competencia entre los proveedores de servicios (remolques, estiba y almacén) puede ser más fácil de establecer y mantener en el sistema de puerto arrendador.

79. La legislación por que se rigen los aeropuertos puede requerir cambios, ya sea para permitir la inversión privada o bien la competencia entre aeropuertos o dentro de ellos. Puede ser necesario examinar detenidamente las vinculaciones entre la explotación del aeropuerto y el control del tráfico aéreo. Dentro de los aeropuertos, muchos países han introducido la competencia en los servicios de manipulación, alimentación y otros servicios a las aeronaves, así como en los servicios de pasajeros, como tiendas al por menor, restaurantes, estacionamientos, etc. En algunos países, la construcción y explotación de una nueva terminal de un aeropuerto existente se ha confiado a un nuevo explotador, creando así una competencia entre las terminales. En otros, los nuevos aeropuertos se han construido sobre una base de construcción-explotación-traspaso y los existentes se han traspasado a propietarios privados.

c) Medidas de transición

80. La transición del monopolio a las necesidades de mercado debe administrarse prudentemente. Factores políticos, sociales o de otra índole han llevado a algunos países a aplicar un enfoque gradual o escalonado de la ejecución. Como la tecnología y otras fuerzas exteriores cambian continuamente, algunos países han adoptado las reformas sectoriales que podían acelerarse o ajustarse para tener en cuenta esas circunstancias cambiantes.

81. Algunos países han estimado que la competencia no debía introducirse enseguida. En tales casos, la legislación ha previsto derechos de exclusividad temporales, la limitación del número de proveedores de servicios públicos u otras restricciones a la competencia. Esas medidas tienen por objeto dar a los afectados tiempo suficiente para prepararse para la competencia y ajustar sus tarifas, al mismo tiempo que dan a los proveedores de servicios públicos incentivos adecuados para la inversión y la expansión de servicios. Otros países han incluido disposiciones que requieren la revisión periódica (en el momento de examinar las tarifas, por ejemplo) de esas restricciones, a fin de determinar si siguen existiendo las condiciones que las justificaban cuando se introdujeron.

82. Otra medida de transición, al menos en los países con proveedores de servicios públicos de propiedad pública, ha sido la reestructuración o privatización del proveedor de servicios de que se tratase. Aunque la secuencia entre privatización y liberalización ha sido distinta, la liberalización ha acompañado o precedido en general a las privatizaciones. Algunos países han actuado de otro modo y han privatizado empresas con derechos de exclusividad importantes, a menudo para aumentar los ingresos procedentes de la privatización. Sin embargo, han encontrado difícil y a veces muy costoso eliminar, restringir o reducir en una etapa ulterior los derechos exclusivos o monopolios que protegían a los proveedores de servicios públicos, privados o privatizados.

A/CN.9/458/Add.2

Capítulo I. Consideraciones generales sobre la legislación

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> |
|---|-----------------|
| RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN | 1)-5) |
| NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN | 1-55 |
| A. Observaciones generales | 1-15 |
| 1. El derecho constitucional y los proyectos de infraestructura con financiación privada | 2-5 |
| 2. Elección de un enfoque legislativo | 6-11 |
| 3. Régimen jurídico de los proyectos de infraestructura con financiación privada | 12-15 |
| B. Alcance de las facultades para adjudicar concesiones | 16-25 |
| 1. Organismos autorizados y esferas de actividad pertinentes | 17-18 |
| 2. Finalidad y alcance de las concesiones | 19-22 |
| 3. Propiedad y utilización de la infraestructura | 23-25 |
| C. Coordinación administrativa | 26-32 |
| 1. Coordinación de las medidas preparatorias | 27-28 |
| 2. Arreglos para facilitar la expedición de licencias y permisos | 29-32 |
| D. Facultades para regular los servicios de infraestructura | 33-55 |
| 1. Órganos reguladores | 36-49 |
| 2. Proceso regulatorio y procedimientos a seguir | 50-55 |

RECOMENDACIONES RELATIVAS
A LA LEGISLACIÓN*Consideraciones generales* (párrafos 1 a 15)

1) La ley debe ofrecer a las autoridades contratantes del país huésped las facultades necesarias para otorgar concesiones de desarrollo y explotación de infraestructuras. Es aconsejable examinar las disposiciones constitucionales vigentes con miras a eliminar restricciones indeseables a la participación del sector privado en el desarrollo y la explotación de infraestructuras o limitaciones innecesarias a la utilización de bienes públicos por entidades privadas y los obstáculos a la propiedad privada de infraestructura.

Alcance de la facultad de adjudicar concesiones
(párrafos 16 a 25)

2) El país anfitrión podría examinar la posibilidad de aprobar disposiciones legislativas que:

a) Facultaran a las autoridades contratantes del país anfitrión, incluidas, cuando corresponda, las autoridades nacionales, provinciales y locales, a adjudicar concesiones para la construcción y la explotación de infraestructura de nuevas instalaciones o nuevos sistemas de infraestructura o para el mantenimiento, la preparación, el reacondicionamiento, la modernización, la ampliación y la explotación de instalaciones y sistemas de infraestructura ya existentes, o sólo para la

gestión y la prestación de un servicio público comprendido en el ámbito de su competencia;

b) Facultaran el otorgamiento de concesiones que se extendiesen a toda la región bajo la competencia de la autoridad contratante o sólo a una subdivisión geográfica de la misma, a título exclusivo o no, según correspondiese, de conformidad con las leyes, reglamentos y políticas aplicables al sector de que se tratase;

c) Autorizaran a la autoridad contratante u otros organismos del Gobierno a transferir al concesionario o poner a su disposición los terrenos públicos o las infraestructuras existentes que pudieran necesitarse para la ejecución del proyecto.

Coordinación administrativa (párrafos 27 a 32)

3) El país anfitrión podría examinar la posibilidad de aprobar disposiciones legislativas por las que se requiriese que:

a) Las autoridades contratantes interesadas en desarrollar proyectos de infraestructura con financiación privada efectuasen, dentro de su esfera de competencia, una evaluación preliminar de su viabilidad, incluidos los aspectos económicos y financieros, como las ventajas económicas que se esperan del proyecto, y el costo estimado y los ingresos potenciales previstos provenientes de la explotación de la infraestructura, así como el impacto ambiental del proyecto;

b) La autoridad contratante de que se tratase examinará los requisitos legales o reglamentarios relativos al funcionamiento de instalaciones de infraestructura del tipo propuesto, con miras a determinar los principales órganos gubernamentales que han de dar aprobaciones, licencias o autorizaciones o cuya colaboración sea de otro modo necesaria para la ejecución del proyecto y adoptar las medidas necesarias para coordinar esa colaboración con el proyecto propuesto.

Facultad de regular los servicios de infraestructura
(párrafos 33 a 55)

4) El país anfitrión podría examinar la posibilidad de aprobar disposiciones legislativas con la finalidad de:

a) Separar las funciones de explotación y de regulación y confiar la competencia para esta última a órganos jurídica y funcionalmente independientes;

b) Conceder al órgano regulatorio un grado de autonomía suficiente para garantizar que sus decisiones se adoptarán sin injerencia política ni presiones indebidas de los explotantes de la infraestructura y proveedores de servicios públicos.

5) El país anfitrión podría examinar la posibilidad de aprobar disposiciones legislativas que:

a) Requirieran la publicación de normas que rigiesen los procedimientos reglamentarios;

b) Requirieran que las decisiones en materia regulatoria manifestasen las razones en que se basasen y fuesen accesibles a las partes interesadas mediante su publicación o por otros medios;

c) Previeran procedimientos de apelación contra las decisiones de los órganos regulatorios y otros recursos adecuados para proteger a los proveedores de servicios públicos de decisiones arbitrarias de los órganos regulatorios.

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

A. Observaciones generales

1. La ejecución con buen éxito de proyectos de infraestructura con financiación privada requiere un marco jurídico que proporcione a las autoridades contratantes del país huésped las facultades necesarias para adjudicar concesiones de desarrollo y explotación de infraestructuras. Según las tradiciones jurídicas y políticas del país, estas facultades pueden deducirse de anteriores normas constitucionales, leyes, reglamentos o antecedentes jurisprudenciales o tal vez haya que adoptar nuevas disposiciones al respecto. Esta sección se ocupa de algunas cuestiones generales que los órganos legislativos nacionales podrían examinar al crear el marco jurídico para proyectos de infraestructura con financiación privada. Primeramente, es importante que el legislador estudie las posibles consecuencias que el derecho constitucional del país anfitrión puede entrañar para la ejecución de estos proyectos. En segundo lugar, hay que tomar una decisión acerca del rango y el tipo de instrumento o instrumentos que es preciso promulgar y su ámbito de aplicación. Finalmente, es

importante ponderar cómo los proyectos de infraestructura con financiación privada tienen cabida en la tradición jurídica del país, en particular qué régimen jurídico les sería aplicable.

1. *El derecho constitucional y los proyectos de infraestructura con financiación privada*

2. El derecho constitucional de diversos países recoge generalmente la obligación del Estado de asegurar la prestación de servicios públicos. Algunos enumeran los sectores de servicios e infraestructura que corresponden al Estado, mientras que otros encomiendan la tarea de determinar dichos sectores al legislador. En algunas constituciones nacionales la prestación de determinados servicios públicos queda reservada exclusivamente al Estado o a entidades públicas especialmente creadas para este fin. Sin embargo, en otras se autoriza al Estado a que adjudique concesiones a entidades privadas para el desarrollo y la gestión de obras de infraestructura y la prestación de servicios públicos. En algunos países hay limitaciones a la participación de extranjeros en determinados sectores, o se exige que el Estado participe en el capital de las empresas que prestan servicios públicos.

3. Es importante que los países que desean promover la inversión privada en obras de infraestructura revisen las normas constitucionales existentes a fin de identificar posibles limitaciones a la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada. En algunos países se ha demorado la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada por incertidumbres sobre la autoridad del Estado para adjudicarlos. A veces, el temor de que dichos proyectos puedan contravenir normas constitucionales sobre monopolios estatales o sobre la prestación de servicios públicos ha suscitado causas judiciales, que han afectado negativamente a la ejecución de los proyectos.

4. Es además importante tener en cuenta las normas relativas a la propiedad de los terrenos o las instalaciones de infraestructura. En el derecho constitucional de algunos países hay limitaciones a la propiedad privada de tierras y de ciertos medios de producción. En otros países se reconoce la propiedad privada, pero la constitución establece que todos o determinados tipos de infraestructuras son propiedad del Estado. Prohibiciones y limitaciones de esta índole pueden obstaculizar la ejecución de proyectos que supongan el traspaso de la gestión, o de la gestión y la propiedad, de una infraestructura al sector privado.

5. Independientemente de la elección que las autoridades del país hagan con respecto a la propiedad de la obra de infraestructura, es importante que el país que desee atraer inversión privada en infraestructura se asegure de que el Estado está facultado para poner a disposición del concesionario los terrenos o las infraestructuras existentes que pueda necesitar para la ejecución de los proyectos de infraestructura. En algunos países ha sido necesario modificar la constitución para conferir al Estado esa facultad.

2. *Elección de un enfoque legislativo*

6. La legislación desempeña a menudo una función central en el fomento de las inversiones privadas en proyectos públicos de infraestructura. La ley suele entrañar un compromiso

político, otorga derechos concretos y puede representar una importante garantía de estabilidad del régimen jurídico y regulatorio. En la mayoría de los países la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada fue de hecho precedida de medidas legislativas que establecían las normas generales con cuya conformidad se adjudicaban y ejecutaban esos proyectos.

7. En algunos países, como cuestión de práctica legislativa, se ha considerado conveniente promulgar normas especiales para regular la ejecución y gestión de uno o más proyectos. En otros países que cuentan con una arraigada tradición en la adjudicación al sector privado de concesiones para la prestación de servicios públicos, normas legales de carácter general facultan al Estado para adjudicar al sector privado cualquier actividad del sector público que tenga un valor económico que permita su gestión por entidades privadas. Una legislación habilitadora general de este tipo de proyectos sienta las bases para dar un tratamiento uniforme a cuestiones que sean comunes a proyectos con financiación privada de diversos sectores de la infraestructura. Los países que consideren conveniente promulgar una ley de carácter general, tal vez deseen determinar cuáles son las cuestiones que sea adecuado regular a este nivel, cuáles deben ser resueltas en leyes especiales, reglamentos o el propio acuerdo del proyecto.

8. Por su propia naturaleza una legislación de carácter general no suele prestarse para regular todas las cuestiones peculiares de cada sector. Por esta razón, la prestación de determinados servicios públicos se rige en varios países por normas especiales para determinados sectores de la infraestructura (por ejemplo, telecomunicaciones, generación y distribución de energía, o transporte por carretera y ferrocarril). Una razón para promulgar normas sectoriales especiales, incluso en países que ya cuentan con legislación general para los aspectos comunes a todos los sectores, es que permite al legislador tener en cuenta la estructura del mercado a la hora de formular normas que rijan las actividades de los proveedores de servicios en cada sector de las infraestructuras.

9. En general, las normas sectoriales definen la política del gobierno para ese sector, los mecanismos para llevarla a cabo y las reglas generales para la prestación de cada servicio. En muchos países se promulgaron esas normas especiales en momentos en que una parte importante, o incluso la totalidad, de la infraestructura nacional estaba en manos de monopolios estatales. Las recientes estrategias nacionales para la promoción de la inversión del sector privado en infraestructura se basaron a menudo en los resultados de amplios estudios que analizaron cuestiones tales como el grado de competitividad que podría introducirse en el mercado en general o en segmentos específicos de éste y estudiaron la relación costos-beneficios de abolir o mantener total o parcialmente los monopolios legales (véase, *supra*, “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, ___). Es aconsejable que los países interesados en promover la inversión del sector privado en infraestructura examinen la normativa sectorial existente a fin de comprobar su idoneidad para proyectos de infraestructura con financiación privada.

10. Una legislación sectorial puede desempeñar además un papel importante en el establecimiento de un marco legal para regular cada sector de la infraestructura (véanse, *infra*, párrafos 33 a 35). Ese marco de rango legal puede ser par-

ticularmente útil para los países que se encuentren en una fase inicial de creación o desarrollo de una normativa interna de rango reglamentario. Esa legislación inspiraría además confianza a los prestamistas y al concesionario, al darles la seguridad de que el poder de las autoridades para dictar reglamentos no es ilimitado, ya que en su ejercicio se habrán de respetar los parámetros que fija la ley. No obstante, en general no es aconsejable promulgar una legislación rígida o excesivamente detallada, que en la mayoría de los casos se adaptaría mal a la larga duración de los proyectos de infraestructura con financiación privada.

11. Cada instrumento tiene su especificidad que lo hace más o menos apropiado para unas circunstancias dadas. Las disposiciones legislativas pueden ser difíciles de modificar. Muchos países las han utilizado para establecer los principios generales de la organización de los sectores de la infraestructura y el marco normativo básico, institucional y regulatorio. Puede, no obstante, que la ley no sea el mejor instrumento para fijar requisitos técnicos y financieros detallados. Muchos países han preferido promulgar reglamentos con normas más pormenorizadas para ejecutar las disposiciones generales de las leyes nacionales sobre esa clase de proyectos. Los reglamentos resultan más fáciles de adaptar a un cambio en el entorno, tanto si el cambio es consecuencia de la transición hacia normas basadas en el mercado como si procede de acontecimientos exteriores, como nuevas tecnologías o distintas condiciones económicas o de mercado. Sea cual fuere el instrumento utilizado, son indispensables la claridad y la predecibilidad. No obstante, esto no equivale a decir que todos los asuntos tengan que definirse claramente desde un principio.

3. Régimen jurídico de los proyectos de infraestructura con financiación privada

12. En algunos ordenamientos, en particular los de tradición romanista, la prestación de los servicios públicos se rige por una rama del derecho denominada “derecho administrativo”, que abarca una amplia gama de funciones públicas. En la mayoría de esos países existen conceptos bien definidos del derecho administrativo correspondientes a diversas formas de proyectos de infraestructura, como los de “concesión de obras públicas”, “concesión de servicios públicos”, o “delegación”, “licencia” o “permiso” para la prestación de servicios públicos. Diversos de los derechos y obligaciones de las partes puede que tengan su fuente en disposiciones de rango legal, jurisprudencia de los tribunales o principios generales del derecho, según el tipo de proyecto y la naturaleza del instrumento de adjudicación (por ejemplo, un acuerdo bilateral o un acto unilateral).

13. Por ejemplo, en algunos de esos ordenamientos, la autoridad administrativa suele estar facultada para revocar contratos administrativos, o para modificar su alcance y condiciones, por razones de interés público, con la salvedad habitual de tener que indemnizar por las pérdidas y costos adicionales que esa medida ocasione a sus contratistas. Entre otros posibles derechos de la autoridad competente, cabe citar amplios poderes de inspección y supervisión general, así como el derecho a imponer sanciones por incumplimiento a la empresa gestora privada (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). En algunos países, existen disposiciones especiales para la solución de las con-

troversias que surjan de los contratos de la administración pública, y puede haber limitaciones al derecho de los organismos públicos a someterse a procedimientos de solución de controversias que no sean judiciales (véase el capítulo VIII, “Solución de controversias”, ___). Al mismo tiempo, algunos ordenamientos reconocen ciertas condiciones implícitas en todos los contratos de la administración pública que conceden cierta medida de protección al adjudicador del contrato público, como el derecho a que se revisen las condiciones del contrato adjudicador de ocurrir algún cambio imprevisto en las circunstancias con el fin de restablecer su equilibrio económico y financiero (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___).

14. La existencia de un régimen jurídico especial aplicable a las empresas gestoras de servicios o instalaciones de infraestructura y a las que se encargan de prestar servicios públicos no se limita a los ordenamientos de la tradición jurídica mencionada. En algunos países pertenecientes a la tradición del *common law*, se han desarrollado normas especiales para regular los contratos públicos, que recurren a menudo a un empleo generalizado de formularios y cláusulas contractuales uniformes. Estas normas especiales otorgan en general a la administración pública ciertas facultades para rescindir o modificar el contrato, acompañadas de la obligación de indemnizar al contratista por todo daño en el que haya incurrido por actuar con arreglo al contrato. En algunos ordenamientos del *common law*, se han elaborado normas detalladas para regular las actividades de los operadores de servicios públicos (por ejemplo, telecomunicaciones, ferrocarriles, energía eléctrica).

15. En los países en los que los contratos de la administración pública están sujetos a un régimen especial, puede ser aconsejable que el poder legislativo compruebe la idoneidad del régimen actualmente en vigor para los proyectos de infraestructura con financiación privada y señale las posibles dificultades que podrían surgir de la aplicación de dicho régimen especial. Para lograr una mayor transparencia y evitar cualquier duda por parte de los eventuales inversionistas extranjeros y nacionales, tal vez convenga definir en la legislación especial relativa a los proyectos de infraestructura con financiación privada todos aquellos derechos y obligaciones que estén implícitos, pero que no se hayan sistematizado, en el propio ordenamiento y que se consideren convenientes para este tipo de proyectos (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). La promulgación de una legislación de carácter general puede ser asimismo una buena ocasión para introducir nuevas normas que faciliten los proyectos de infraestructura con financiación privada o para excluir la aplicación de toda norma jurídica que se considere un obstáculo para su ejecución.

B. Alcance de las facultades para adjudicar concesiones

16. La ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada puede requerir la promulgación de leyes o reglamentos especiales que autoricen a los órganos del Estado a encomendar la prestación de servicios públicos a entidades privadas o a entidades descentralizadas que sean total o parcialmente de propiedad estatal. Además de que en ocasiones es necesario cumplir con requisitos constitucionales y de otro tipo, la promulgación de una autorización legal ex-

presa puede ser un factor importante para reforzar la confianza de los inversionistas eventuales, nacionales o extranjeros, en la política nacional de promoción de la inversión del sector privado en infraestructura. En muchos países, las disposiciones legislativas sobre la facultad de otorgar concesiones no se limitan a determinar los organismos de la administración a los que se confiere esa facultad. Suelen precisar el alcance de las concesiones que pueden otorgar las autoridades contratantes y definir el régimen de la titularidad de los activos relacionados con el proyecto.

1. Organismos autorizados y esferas de actividad pertinentes

17. En algunos ordenamientos, donde el Estado es directamente responsable de la prestación de todo servicio público necesario, esta función no puede ser delegada sin autorización legal previa. Por tanto, para los países que deseen atraer la inversión privada hacia la infraestructura es especialmente importante que la ley defina claramente la autoridad de los poderes públicos para encomendar a entidades que no sean organismos públicos el derecho a prestar determinados servicios públicos y a ser remuneradas por esos servicios. Esa disposición general en la legislación habilitante puede tener particular importancia en los países en los que los servicios públicos son monopolio del Estado o donde se prevé hacer que entidades privadas presten ciertos servicios que solían ser gratuitos para el público. En algunos países, la falta de anterior facultad legislativa ha dado lugar a controversias judiciales en que se impugna el derecho del concesionario a exigir el pago de un precio por los servicios prestados.

18. Además, si se aprueba una legislación general, conviene que en ella se indique claramente cuáles son los organismos o escalones administrativos competentes para adjudicar los proyectos de infraestructura al sector privado. Puede ser útil considerar la amplitud de poderes requerida por las autoridades que no sean las de la administración central para llevar a cabo proyectos que sean de su competencia. Para mayor claridad, puede también ser aconsejable precisar en esa legislación general las esferas de actividad en que se pueden adjudicar concesiones. Estas disposiciones pueden servir para conseguir un grado suficiente de coordinación administrativa (véanse además, *infra*, párrafos 26 a 32).

2. Finalidad y alcance de las concesiones

19. Puede ser útil que la ley defina la naturaleza y la finalidad de los proyectos de infraestructura con financiación privada para los que pueden adjudicarse concesiones en el país anfitrión. Un posible criterio sería definir las diversas categorías de proyectos según la amplitud de los derechos concedidos y las obligaciones asumidas por el concesionario (por ejemplo, “construcción-explotación-traspaso”, “construcción-propiedad-explotación”, “construcción-traspaso-explotación”, “construcción-traspaso”). Pero, dada la gran variedad de planes que pueden entrar en juego en conexión con las inversiones privadas en infraestructura, quizá resulte difícil proporcionar definiciones exhaustivas de todos ellos. Otra posibilidad sería que la ley dispusiese en general que pueden adjudicarse concesiones con la finalidad de encargar a una entidad, privada o pública, la obligación de llevar a

cabo obras de infraestructura y prestar otros servicios públicos, a cambio del derecho a cobrar un precio por la utilización de las instalaciones o los locales o por el servicio o los bienes que genera, u otro pago o remuneración convenido en otras partes. La ley podría además aclarar que pueden adjudicarse concesiones para la construcción y la explotación de una nueva instalación o un nuevo sistema de infraestructura o por el mantenimiento, la reparación, el reacondicionamiento, la modernización, la ampliación y la explotación de instalaciones y sistemas de infraestructura ya existentes, o únicamente para la gestión y la prestación de un servicio público.

20. Otra cuestión importante se refiere a la naturaleza de los derechos conferidos al concesionario. Una de las cuestiones centrales que se plantean en relación con los proyectos de infraestructura con financiación privada es si el derecho a prestar el servicio es exclusivo o si la empresa del proyecto se enfrentará con la competencia de otros proveedores de instalaciones o servicios de infraestructura. La exclusividad puede referirse al derecho de prestar un servicio en una región geográfica en particular (por ejemplo, una empresa municipal de abastecimiento de agua potable) o abarcar todo el territorio de un país (por ejemplo, una empresa nacional de ferrocarriles); puede tener relación con el derecho a suministrar un tipo particular de bienes o servicios a un cliente en concreto (por ejemplo, un generador de energía que sea el proveedor regional exclusivo de un transmisor y distribuidor de electricidad) o a un grupo limitado de clientes (por ejemplo, un operador nacional de teléfonos a larga distancia que proporcione conexiones con empresas telefónicas locales).

21. La decisión de conceder derechos exclusivos a cierto proyecto o categoría de proyectos debe adoptarse a la luz de la política del país con respecto al sector de que se trate. Como antes se analizó, el ámbito de competencia varía considerablemente en diferentes sectores de la infraestructura. Mientras que algunos de ellos, o sus segmentos, presentan las características de monopolios naturales, en cuyo caso la competencia abierta no suele ser una posibilidad económica viable, otros sectores de la infraestructura han sido abiertos con buen éxito a la libre competencia (véase “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, ___).

22. En consecuencia, es conveniente tratar de manera flexible la cuestión de la exclusividad. En lugar de excluir o prescribir las concesiones exclusivas, puede ser preferible que la ley autorice a la administración pública a adjudicar concesiones exclusivas siempre que existan razones de interés público que lo justifiquen, como en los casos en los que se otorga la exclusividad con el fin de garantizar la viabilidad técnica o económica del proyecto. Puede requerirse de la autoridad contratante que, en cada caso concreto, exponga las razones para otorgar una concesión exclusiva. Cabe complementar esa legislación general con leyes especiales para los diversos sectores, que regulen la cuestión de la exclusividad de manera adecuada para cada uno de ellos en particular.

3. Propiedad y utilización de la infraestructura

23. Algunos países cuentan con disposiciones sobre la conservación y protección de la propiedad pública, incluidos los procedimientos y autorizaciones especiales necesarios para

traspasar el título de dicha propiedad a entidades privadas o conceder a éstas el derecho a utilizar propiedad pública. Cualquiera que sea la elección de las autoridades del país con respecto a la propiedad de la obra de infraestructura que se va a construir, modernizar o rehabilitar, es importante asegurarse de que la autoridad contratante tiene facultades suficientes para traspasar a la compañía del proyecto o poner a su disposición, según corresponda, cualquier terreno o infraestructura existente necesaria para la ejecución del proyecto por un período no inferior al de la duración del acuerdo del proyecto.

24. El régimen de propiedad de un proyecto concreto puede ser resultado de consideraciones prácticas, como la vida operacional de la infraestructura o el interés del Estado de conservar la propiedad de la infraestructura. Además, en algunos proyectos las partes pueden querer distinguir entre aquellos bienes que van a ser propiedad de la administración pública, o que serán devueltos a ella al término del período de la concesión, y los que han sido adquiridos por el concesionario durante dicho período y seguirán siendo de su propiedad. En cualquier caso, el concesionario necesitaría garantías de que sus derechos respecto de los activos del proyecto, sea cual fuere su forma, se basan en una facultad legislativa suficiente y de que podrá hacerlos valer frente a terceros. Ese interés será compartido por los prestamistas y los demás inversionistas del proyecto. Además, dadas las restricciones legales impuestas en muchos países a la utilización de bienes públicos por entidades privadas, tal vez se haya de obtener una autorización legal previa antes de permitir que el concesionario utilice cualquier otra propiedad pública que pueda necesitarse para la ejecución del proyecto, como terrenos contiguos, carreteras y otras instalaciones.

25. Por tanto, es aconsejable que la legislación aplicable defina claramente la naturaleza de los derechos de propiedad que, en su caso, podrán concederse al concesionario, respecto de los diversos tipos de infraestructura. Además podría ser útil que la legislación autorizase a la administración pública o a otorgar al concesionario el derecho a utilizar terrenos, carreteras y otras instalaciones de apoyo que no estén directamente vinculadas al proyecto, en la medida que lo requieran la construcción y explotación de la infraestructura, y conforme a lo estipulado al respecto en el acuerdo de proyecto.

C. Coordinación administrativa

26. Dependiendo de la estructura administrativa del país anfitrión, los proyectos de infraestructura con financiación privada pueden requerir la participación de varios organismos públicos, a diversos niveles de la administración. Por ejemplo, la facultad reguladora o reglamentadora de la actividad en cuestión puede competir total o parcialmente a un organismo público situado a distinto nivel que el encargado de prestar el servicio correspondiente. También puede ocurrir que tanto la función reguladora como la operacional correspondan a una sola entidad, pero que la función adjudicadora de contratos públicos corresponda a otro organismo de la administración. Para los proyectos en los que hay inversión extranjera, puede también ocurrir que determinadas competencias específicas correspondan al organismo de la administración pública encargado de aprobar las propuestas de inversión extranjera.

1. Coordinación de las medidas preparatorias

27. Una medida importante para asegurar la correcta ejecución de los proyectos de infraestructura con financiación privada es el requisito de que el organismo gubernamental competente realice una evaluación preliminar de la viabilidad del proyecto, en particular de los aspectos económicos y financieros, como las ventajas económicas previstas, los costos estimados y los ingresos que se prevé que reportará la explotación de la infraestructura y el impacto ambiental del proyecto. Las conclusiones preliminares alcanzadas en esta etapa desempeñan un papel decisivo en la concepción del tipo de participación del sector privado que se busca para la ejecución del proyecto, por ejemplo, si la infraestructura será de propiedad del Estado y temporalmente explotada por la entidad privada, o si la instalación permanecerá en manos de la compañía del proyecto y será explotada por ella.

28. Tras la determinación del futuro proyecto, la autoridad competente tendrá que concretar su prioridad relativa y asignar recursos humanos y de otro tipo para su ejecución. En ese momento, es aconsejable que esa autoridad examine los requisitos legales o reglamentarios para la explotación de instalaciones de infraestructura del tipo propuesto, a fin de precisar los principales órganos públicos cuya colaboración sea necesaria para la ejecución del proyecto. Es también importante, en esta etapa, estudiar las medidas que puedan ser necesarias para que la autoridad contratante y los demás organismos públicos que intervengan cumplan las obligaciones razonablemente previsibles en relación con el proyecto. Por ejemplo, puede que el gobierno tenga que adoptar disposiciones presupuestarias previas que le permitan hacer frente a compromisos financieros a lo largo de varios ciclos presupuestarios, como los compromisos a largo plazo de adquirir el producto del proyecto (véase, *infra*, el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, ___). Asimismo, puede ser necesario adoptar una serie de medidas administrativas para poner en práctica ciertas formas de apoyo que se presten al proyecto, como exenciones tributarias y facilidades aduaneras (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, ___), y el tiempo requerido puede ser considerable.

2. Arreglos para facilitar la expedición de licencias y permisos

29. La legislación puede desempeñar un papel útil a la hora de facilitar la tramitación de las aprobaciones y licencias que puedan necesitarse en el transcurso de un proyecto (tales como licencias conforme a la normativa sobre cambio exterior; licencias para la inscripción registral del concesionario; autorizaciones para el empleo de extranjeros; derechos de timbre e inscripción para la utilización o la propiedad de terrenos; licencias de importación de equipo y suministros; licencias de construcción; licencias de instalación de cables o conducciones; licencias para la puesta en funcionamiento de la instalación; asignación de frecuencias para las comunicaciones móviles). Las licencias y autorizaciones necesarias pueden ser de la competencia de diversos órganos situados a diferentes niveles de la administración y el tiempo requerido para su obtención puede ser considerable, especialmente cuando los órganos o dependencias competentes no hayan participado desde un principio en la

concepción del proyecto ni en la negociación de sus condiciones.

30. Para cuando se firme el acuerdo del proyecto, el concesionario le habrá dedicado normalmente un tiempo considerable y habrá invertido importantes sumas en el proyecto (por ejemplo, en la preparación de estudios de viabilidad, diseños de ingeniería y otros documentos técnicos; preparación de los documentos de oferta y participación en el proceso de licitación; negociación del acuerdo de proyecto, acuerdos de crédito y otros contratos relacionados con el proyecto; servicios de consultores y asesores). La posibilidad de que no se obtengan las licencias necesarias para la construcción de la instalación puede disuadir a ciertos inversionistas prudentes de competir para la adjudicación del proyecto. Además, todo retraso en la puesta en funcionamiento del proyecto de infraestructura imputable a la falta de licencias comprometería la viabilidad financiera del proyecto o causaría pérdidas importantes a sus inversionistas. Cuando esos costos adicionales no sean recuperables mediante una ampliación del plazo de la concesión, o un aumento de la tarifa o los precios, es probable que el concesionario recurra ante la autoridad competente, pidiendo rescaramiento o compensación. Todo ello puede provocar un incremento en el costo del proyecto y la elevación de su precio para el público.

31. En consecuencia, el prever desde una etapa temprana todo lo relativo a las licencias requeridas para el proyecto considerado puede ayudar a evitar demoras en la fase de ejecución. Una medida posible para coordinar mejor la emisión de licencias y aprobaciones puede ser la de encomendar a un solo órgano la tarea de recibir las solicitudes de licencia, transmitir las a los organismos competentes y controlar la emisión oportuna de todas las licencias indicadas en la convocatoria del concurso en la solicitud de propuestas y de toda nueva licencia que introduzca algún reglamento posterior. Cabría asimismo facultar a los organismos competentes para emitir licencias provisionales y que el mero transcurso de un plazo convalidaría, caso de no ser denegadas por escrito.

32. Cabe observar, sin embargo, que la distribución de las facultades administrativas entre los diversos niveles de la administración pública (por ejemplo, local, regional y central) refleja muchas veces principios fundamentales de la organización política del país. Por consiguiente, hay casos en que la administración no estaría en condiciones de asumir la responsabilidad de la expedición de todas las licencias o confiar a un órgano único esta función coordinadora. En esos casos, es aconsejable examinar posibles medidas alternativas para prevenir la posibilidad de demoras que resultasen de esa distribución de las facultades administrativas, como, por ejemplo, medidas orientadas a hacer más transparente y eficiente el proceso de obtención de licencias. Además, la administración pública tal vez desee considerar la posibilidad de prestar una garantía de que hará todo lo posible por ayudar al concesionario a obtener las licencias requeridas por la ley nacional, por ejemplo, proporcionando información y asistencia a los ofertantes acerca de las licencias que se requieren, así como en cuanto a los procedimientos y condiciones pertinentes. Desde un punto de vista práctico, además de la coordinación entre los diversos niveles de gobierno y los diferentes departamentos de la administración, es preciso velar por la coherencia en la aplicación de los criterios para la ex-

pedición de licencias y por la transparencia del proceso administrativo.

D. Facultades para regular los servicios de infraestructura

33. La prestación de ciertos servicios públicos está sujeta en varios países a un régimen regulatorio especial. El régimen regulatorio de un país y un sector dados define los derechos y las obligaciones de los proveedores de servicios, consumidores, órganos regulatorios y de la autoridad pública. Este marco consiste en normas sustantivas, procedimientos, instrumentos e instituciones, y representa una importante herramienta para aplicar la política oficial en el sector de que se trate (véase “Introducción e información de antecedentes de proyectos de infraestructura con financiación privada”, ___). Según sean la estructura institucional del país y la asignación de facultades entre diferentes niveles de gobierno, la legislación provincial o local puede regir ciertos sectores de la infraestructura, plenamente o en concurrencia con la legislación nacional.

34. La regulación de los servicios de infraestructura entraña una amplia gama de cuestiones generales o específicas de cada sector, que pueden variar considerablemente según la realidad social, política, jurídica y económica de cada país anfitrión. Aunque se examinen ocasionalmente algunas de las principales cuestiones en materia de regulación con que se tropieza en un contexto análogo en sectores diferentes (véase, por ejemplo, el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___), la *Guía* no se propone agotar las cuestiones jurídicas o normativas que plantea la regulación de diversos sectores de la infraestructura.

35. La *Guía* supone que el país huésped ha implantado las estructuras institucionales y burocráticas adecuadas y ha dispuesto los recursos humanos necesarios para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada. No obstante, como aportación para los órganos legislativos nacionales que examinen la necesidad y la conveniencia de crear órganos regulatorios que vigilen la prestación de servicios públicos, esta sección analiza algunas de las principales cuestiones institucionales y de procedimiento que se suscitan al respecto. El análisis contenido en esta sección es ilustrativo de las diferentes opciones que se han utilizado en las medidas legislativas nacionales para configurar un marco regulatorio de los proyectos de infraestructura con financiación privada, pero la *Guía* no aboga con ello por el establecimiento de ningún modelo de estructura administrativa en particular. Puede obtenerse información práctica y asesoramiento técnico de las instituciones financieras internacionales que llevan a cabo programas para ayudar a sus países miembros en la creación de un marco regulatorio adecuado (como el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo).

1. Órganos reguladores

36. El término “órgano regulador” se refiere a los mecanismos institucionales requeridos para aplicar y supervisar la observancia de las reglas que rigen las actividades de los explotantes de infraestructuras. Dado que las normas aplicables al funcionamiento de la infraestructura a menudo per-

miten que los reglamentos sean aplicados con cierto margen de discrecionalidad, se necesita un órgano que los interprete y aplique, supervise su observancia, imponga sanciones y resuelva las controversias suscitadas por la buena o mala aplicación de esos reglamentos. La índole concreta de las tareas regulatorias y la discrecionalidad inherente a cada una de ellas serán determinadas por los propios reglamentos, que pueden ser muy diversos.

a) Atribuciones sectoriales de las entidades regulatorias

37. Cabe organizar la función regulatoria sobre una base sectorial o transectorial. Los países que han optado por un enfoque sectorial han decidido en muchos casos incluir en un solo marco reglamentario a más de un sector o subsector estrechamente vinculados entre sí (por ejemplo, un órgano regulador común del gas y la energía, o de los aeropuertos y las aerolíneas). Otros países han estructurado su dispositivo reglamentario sobre una base transectorial, en algunos casos con una única entidad reguladora para todos los sectores de infraestructura y en otros con una entidad encargada de los servicios públicos (agua corriente, energía, gas, telecomunicaciones) y otra para los medios de transporte.

38. Los órganos reguladores cuya competencia se limita a un sector particular suelen fomentar el desarrollo de personal técnico especializado en ese sector específico. La regulación especial de un sector puede facilitar el desarrollo de normas y prácticas ajustadas a las necesidades de los interesados. Pero, la decisión entre regulación especial por sectores y la que abarca todos ellos depende en parte de la capacidad regulatoria del país. Países con pericia y experiencia limitadas en materia de regulación de infraestructuras pueden estimar preferible reducir el número de estructuras independientes y tratar de conseguir economías de escala.

b) Mecanismos institucionales

39. Existe una variada gama de mecanismos institucionales para la regulación de los diversos sectores de la infraestructura. Si bien hay países que encomiendan la función regulatoria a los órganos de la administración (por ejemplo, los ministerios o departamentos interesados), otros países han preferido establecer entidades reguladoras autónomas, independientes del poder político. Algunos países han decidido someter ciertos sectores de la infraestructura a una regulación autónoma e independiente, dejando otros para la administración ministerial. A veces, las facultades pueden ser también compartidas entre una entidad reguladora autónoma y la administración, como ocurre con frecuencia respecto de las licencias. Desde un punto de vista legislativo, es importante configurar disposiciones institucionales para las funciones regulatorias que garanticen a la entidad reguladora un nivel adecuado de eficiencia, teniendo en cuenta la tradición jurídica y administrativa del país.

40. La eficiencia del régimen regulatorio es, en muchos casos, función de la objetividad con que se adopten las decisiones en la materia. Esto requiere, a su vez, que las entidades reguladoras sean capaces de adoptar decisiones sin injerencia ni presiones impropias de los explotantes de infraestructura y proveedores de servicios públicos. Con ese fin,

las disposiciones legislativas de varios países requieren que el proceso de elaboración de decisiones regulatorias sea independiente. Para alcanzar el deseado nivel de independencia, es aconsejable separar las funciones regulatorias de las operacionales, eliminando las funciones regulatorias que aún queden en manos de los proveedores de servicios públicos y confiarlas a una entidad jurídica y funcionalmente independiente. La independencia de la regulación se complementa con disposiciones para impedir conflictos de intereses, como prohibiciones al personal de la entidad reguladora de ejercer mandatos, aceptar regalos, celebrar contratos o tener ninguna otra relación (directamente o por conducto de familiares u otros intermediarios) con las empresas objeto de regulación, sus matrices o filiales.

41. Esto lleva a una cuestión conexas, a saber, la necesidad de reducir a un mínimo el riesgo de que las decisiones sean adoptadas o influidas por una entidad que sea además propietaria de empresas que operan en el mismo sector regulado, o por un órgano que actúe por motivos más políticos que técnicos. En algunos países se ha juzgado preciso dar a la entidad reguladora cierto grado de autonomía frente a los órganos políticos de gobierno. La independencia y la autonomía no deben estimarse sólo sobre la base de la posición institucional de la función regulatoria, sino también según su autonomía funcional (por ejemplo, la disponibilidad de recursos financieros y humanos suficientes para desempeñar correctamente sus cometidos).

c) *Mandato de los órganos reguladores*

42. La ley por la que se establece un dispositivo regulatorio suele señalar una serie de objetivos generales en los que deberá inspirarse la labor de los órganos reguladores, tales como los de fomentar la competitividad del servicio, proteger los intereses de los usuarios, satisfacer la demanda, estimular la eficiencia del sector o de las empresas gestoras de servicios públicos, velar por su viabilidad financiera, salvaguardar el interés público velando por la calidad y continuidad que debe caracterizar a todo servicio público, y proteger los derechos de los inversionistas. El tener uno o dos objetivos dominantes sirve para precisar el mandato de los órganos reguladores y para establecer ciertas prioridades entre objetivos en ocasiones contrapuestos. La claridad del mandato puede dar mayor autonomía y credibilidad al órgano regulador.

d) *Atribuciones de los órganos reguladores*

43. Los órganos reguladores pueden gozar de facultades decisorias, de facultades de asesoramiento activo o de facultades meramente consultivas, así como de una combinación de unas y otras según cuál sea el objeto a regular. En algunos países, se dotó inicialmente a los órganos reguladores de poderes limitados que fueron luego ampliados a medida que las entidades fueron demostrando su profesionalismo y la independencia de sus intervenciones. El legislador especifica a menudo cuáles serán las facultades que competen a la administración pública y cuáles al órgano regulador. Se necesita claridad a este respecto a fin de evitar confusiones o conflictos innecesarios. Los inversionistas, así como los consumidores y demás partes interesadas, deben saber a quién acudir con sus solicitudes o quejas.

44. Por ejemplo, en muchos países la selección de una empresa gestora de un servicio público es un proceso en el que interviene una autoridad pública competente al respecto además de la propia entidad reguladora. Si la decisión de adjudicar un proyecto supone una decisión de carácter más político que técnico, como suele suceder en la privatización de empresas gestoras de infraestructura, la responsabilidad será, a menudo, en última instancia del propio gobierno. Ahora bien, si los criterios para la adjudicación son de índole más técnica, como suele suceder en el supuesto de un régimen liberal de adjudicación de licencias de servicios de telecomunicaciones o de generación de energía, muchos países suelen encomendar estas decisiones a una entidad reguladora independiente. En algunos casos, la autoridad pública competente tal vez haya de obtener el dictamen previo de la entidad reguladora para poder adjudicar una concesión. Por el contrario, algunos países excluyen toda intervención directa de la entidad reguladora en el proceso de adjudicación por razón de que juzgan que ello podría afectar al modo en el que desempeñan su función regulatoria respecto de la prestación del servicio de que se trate.

45. La competencia de la entidad reguladora suele abarcar todas las empresas que trabajan en el sector que tengan encomendado, sin distinción alguna entre las empresas públicas y las privadas. Algunos de los instrumentos o facultades regulatorios tal vez sean únicamente aplicables, a tenor de la ley, a las empresas gestoras de un servicio público que ocupen una posición dominante en el sector de que se trate. Por ejemplo, una entidad reguladora pudiera estar facultada para supervisar el precio de la empresa titular del servicio público o dominante en el sector, mientras que se deje a toda nueva empresa competidora en libertad para fijar sus precios.

46. La entidad reguladora suele tener que pronunciarse sobre asuntos como los siguientes: funciones propiamente normativas (por ejemplo, reglas para el otorgamiento de concesiones de licencias, condiciones para la certificación del equipo), la adjudicación efectiva de concesiones, concesiones o autorizaciones; la modificación de esos instrumentos; la aprobación de ciertos contratos o decisiones propuestos por las entidades reglamentadas (por ejemplo, un calendario o un contrato de acceso a la red); la definición y supervisión de una obligación de prestar determinados servicios; la supervisión de las empresas gestoras de servicios públicos (en particular respecto de la observancia de las condiciones y normas técnicas de la licencia y las metas de ejecución); la determinación o el ajuste de la tarifa; la autorización de subvenciones, exenciones u otras ventajas que pudieran distorsionar la competencia en el sector; sanciones, y la solución de controversias.

e) *Composición de la entidad reguladora y su personal*

47. Al establecer una entidad reguladora, unos cuantos países han optado por un órgano regulador unipersonal, mientras que otros han preferido establecer una comisión reguladora. Una comisión tal vez ofrezca mayores salvaguardias contra cierto tipo de influencias y presiones indebidas y puede limitar el riesgo de que se adopten decisiones regulatorias impremeditadas. Un órgano unipersonal puede, por el contrario, ser más rápido en sus decisiones y la responsabilidad personal de su titular es relativamente sencilla

de establecer. Para mejorar la gestión del proceso decisorio de una comisión regulatoria, se procura que el número de sus miembros sea reducido (tres o cinco miembros son cifras habituales al respecto). A fin de evitar empates se procura que el número de sus miembros sea impar, aun cuando sea posible que el voto de su presidente sea decisorio en el supuesto de empate.

48. A fin de que el órgano regulador goce de más autonomía, suelen participar en su designación diversas instituciones. En algunos países, el jefe del ejecutivo designa los miembros de la entidad reguladora entre los nombres de una lista presentada por el parlamento, mientras que en otros el poder ejecutivo los designa entre los nombres presentados por el parlamento, o por asociaciones de usuarios u otras entidades, o si los designa directamente, ese nombramiento estará sujeto a la aprobación del parlamento. Para ser miembro o titular de un órgano regulador suelen requerirse ciertas calificaciones profesionales mínimas, así como la ausencia de todo conflicto de intereses que pudiera descalificar a una persona para esa función. Los mandatos de los miembros de una comisión reguladora pueden estar escalonados a fin de impedir que todos los miembros sean renovados y nombrados por el mismo gobierno; ese escalonamiento favorece además la continuidad del proceso regulatorio. Los mandatos suelen ser por plazo fijo, pueden ser no renovables y podrán ser revocados antes de expirar el plazo del mandato por cierto número de razones (condena penal, incapacidad mental, grave negligencia o abandono del deber). El órgano regulador ha de actuar frente a contables y abogados experimentados y todo tipo de expertos que trabajan al servicio de la industria reglamentada, por lo que conviene dotarlo del mismo nivel de competencia, experiencia y profesionalismo, ya sea directamente o previendo la contratación de asesores externos. Se les permite a menudo asignar a peritos externos, en régimen de subcontratación, ciertas tareas regulatorias que no supongan la adopción definitiva de una decisión regulatoria.

g) *Presupuesto de la entidad reguladora*

49. El disponer de fuentes de financiación estables, es decisivo para que una entidad reguladora funcione satisfactoriamente. En muchos países, el presupuesto de la entidad reguladora se financia con la imposición de una tasa o de algún otro derecho a la industria reglamentada. Esa tasa puede ser fijada en función del volumen de ventas o de facturación de los proveedores de servicios públicos, o ser cobrada como un derecho pagadero por la licencia, la concesión u otras autorizaciones requeridas. En algunos países, el presupuesto de la entidad se complementa en la medida necesaria por transferencias de índole presupuestaria aprobadas al efecto cada año. Pero esto puede crear un factor de incertidumbre que reste autonomía a la entidad reguladora.

2. *Proceso regulatorio y procedimientos a seguir*

50. El marco regulatorio requiere normalmente una cierta normativa procesal que habrá de ser respetada en el ejercicio de sus facultades por las instituciones que se encargan de las diversas funciones regulatorias.

a) *Procedimientos*

51. La credibilidad del proceso regulatorio requiere transparencia y objetividad, con independencia de que la facultad regulatoria sea ejercida por un ministerio o departamento gubernamental o por una entidad reguladora autónoma. Las reglas y procedimientos deben ser objetivos y claros a fin de poder velar por su equidad e imparcialidad. En aras de una mayor transparencia, debe exigirse por ley que esas reglas y procedimientos sean publicados. Toda decisión regulatoria debe ser motivada y deberá ser publicada o puesta a disposición de los interesados por algún otro medio adecuado.

52. Algunos países exigen una transparencia, incluso mayor al requerir por ley que el órgano regulador publique un informe anual del sector que contenga, por ejemplo, las decisiones adoptadas durante el ejercicio, las controversias resueltas, la forma en que se resolvieron. Ese informe anual puede contener además las cuentas del órgano regulador y su verificación por un auditor independiente. En algunos países se exige además que ese informe anual sea presentado a una comisión parlamentaria.

53. Las decisiones regulatorias suelen afectar normalmente a los intereses de diversos grupos, y en particular a los intereses de la entidad proveedora del servicio público reglamentado, a sus competidores actuales o potenciales, y a los usuarios comerciales o no comerciales de ese servicio. En muchos países, el proceso regulatorio prevé la apertura de un procedimiento de consulta previa a la adopción de toda decisión o recomendación importante para el sector considerado. En algunos países esta consulta se tramita en forma de una audiencia pública y en otros se hace a través de documentos de encuesta en los que se pide a los grupos interesados que den a conocer sus observaciones. Algunos países han establecido también órganos consultivos, formados por los usuarios y las partes interesadas, cuya opinión debe recabarse antes de adoptar una decisión o recomendación importante. Para mayor transparencia, es posible que se hayan de publicar las observaciones, recomendaciones u opiniones formuladas durante el proceso de consulta.

b) *Sanciones y vías de recurso*

54. En muchos países, la legislación confiere al órgano regulador ciertas facultades coercitivas o punitivas, como las de modificar, suspender o retirar una concesión otorgada, definir los términos de los contratos celebrados entre los proveedores de un servicio público (por ejemplo, acuerdos de acceso o de interconexión), la de dictar órdenes conminatorias o de otra índole a los proveedores de un servicio público dominante en el mercado, la de imponer sanciones civiles, particularmente por concepto de demora en la puesta en práctica de una decisión del órgano regulador, y la de entablar un proceso penal o de otra índole.

55. El legislador ha previsto a menudo ciertas vías de recurso contra las decisiones de una entidad reguladora. Los procedimientos de recurso son un elemento indispensable para proteger a los proveedores de servicios públicos de decisiones arbitrarias de los órganos reguladores. Con todo, a fin de no abrir puertas a la incertidumbre dejando interponer recursos cuya finalidad sea la de demorar los efectos de una

decisión regulatoria, las leyes de muchos países limitan los motivos que pueden dar lugar a un recurso. Es, por lo tanto, deseable hallar un punto de equilibrio entre la protección de los derechos legítimos de los proveedores de servicios y la eficiencia del sistema regulatorio. Es a menudo indispensable que las decisiones se adopten con rapidez. Por ejemplo, la supresión del acceso de un competidor a una red de infraestructura, podría ponerlo en riesgo inminente de quiebra, de

no resolverse el conflicto rápidamente. Las decisiones deben recurrirse ante órganos que posean la pericia o los conocimientos técnicos necesarios para dictaminar en la materia. En algunos ordenamientos las empresas de servicios públicos pueden recurrir contra ciertas decisiones de la entidad reguladora ante la autoridad nacional protectora de la competencia comercial o ante tribunales administrativos o judiciales.

A/CN.9/458/Add.3

Capítulo II. Riesgos del proyecto y respaldo público

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> |
|--|-----------------|
| RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN | 1)-2) |
| NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN | 1-70 |
| A. Observaciones generales | 1-2 |
| B. Los riesgos del proyecto y su distribución | 3-24 |
| 1. Descripción general de las principales categorías de riesgos | 6-15 |
| 2. Arreglos contractuales para la asignación de los riesgos así como para paliar sus efectos | 16-24 |
| C. Respaldo público | 25-26 |
| 1. Consideraciones de política general relativas al respaldo público | 27-29 |
| 2. Formas de respaldo público | 30-56 |
| D. Garantías dadas por instituciones financieras internacionales | 57-67 |
| 1. Garantías emitidas por instituciones multilaterales de crédito | 58-62 |
| 2. Garantías proporcionadas por el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones | 63-67 |
| E. Garantías proporcionadas por instituciones bilaterales | 68-70 |

RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

Riesgos del proyecto y asignación de los riesgos (párrafos 3 a 24)

1) El alcance y la índole de los riesgos asumidos por la sociedad del proyecto y la autoridad contratante, respectivamente, deberán ser definidos en el acuerdo de proyecto y la documentación conexas. El país anfitrión tal vez desee suprimir toda limitación legal o reglamentaria, que no sea necesaria, del margen otorgado a la autoridad contratante para convenir con la otra parte en una distribución de los riesgos que sea, a su juicio, la que mejor responda a las necesidades del proyecto.

Respaldo público (párrafos 25 a 56)

2) El país anfitrión tal vez desee definir legalmente las formas de respaldo financiero público que las autoridades estarán facultadas para otorgar.

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

A. Observaciones generales

1. Los proyectos de infraestructura con financiación privada ofrecen la posibilidad de reducir la cuantía de fondos y otros recursos públicos que ha de destinarse a actividades de desarrollo y explotación de instalaciones de infraestructura. Esos proyectos permiten asimismo transferir al sector privado ciertos riesgos que de lo contrario recaerían sobre el erario público. La distribución usual de los riesgos entre las diversas partes que intervienen en estos proyectos es examinada a la luz de diversos factores, particularmente el interés público en el desarrollo de la infraestructura considerada y la magnitud del riesgo que hayan de asumir la sociedad del proyecto y otros inversionistas o prestamistas (y su solvencia financiera para asumir esos riesgos a un costo aceptable). Una distribución adecuada de los riesgos puede ser un factor esencial para reducir el costo del proyecto y garantizar el éxito de su ejecución. Por el contrario, una distribución in-

adecuada de los riesgos del proyecto podría comprometer la viabilidad financiera del proyecto o dificultar una gestión eficiente del mismo elevando así el costo del servicio prestado.

2. La sección B del presente capítulo (véanse párrafos 3 a 24) describe en términos generales los principales riesgos que amenazan a los proyectos de infraestructura con financiación privada y examina someramente las soluciones contractuales habituales para la distribución de esos riesgos, y se insiste en la necesidad de que las partes gocen de la flexibilidad requerida para negociar una distribución equilibrada de los riesgos del proyecto. La sección C (véanse párrafos 25 a 56) enuncia ciertos criterios de política general que las autoridades tal vez deseen tener en cuenta al definir el nivel de apoyo público directo que cabe otorgar a los proyectos de infraestructura, como pudiera ser el grado de interés público en la ejecución de determinado proyecto y la necesidad de evitar que las autoridades asuman responsabilidades contingentes mal definidas o excesivas. La sección C examina algunas medidas de apoyo adicionales a las que se puede recurrir en programas públicos de promoción de la inversión privada en el desarrollo de la infraestructura, sin preconizar ninguna de ellas en particular. Por último, las secciones D (véanse párrafos 57 a 67) y E (véanse párrafos 68 a 70) describen en términos concisos los tipos de garantías y las medidas de apoyo que podrán negociarse con instituciones financieras bilaterales e internacionales.

B. Los riesgos del proyecto y su distribución

3. Tal como se utiliza en el presente capítulo, la noción de “riesgos del proyecto” está referida a aquellas circunstancias que, al entender de las partes, pudieran tener un efecto negativo sobre el beneficio que habrían previsto obtener del proyecto. Aun cuando puedan producirse hechos que supongan un grave riesgo para la mayoría de las partes (por ejemplo, la destrucción física de la instalación por un desastre natural), los riesgos de cada una de las partes variarán según cuál sea su función en el proyecto.

4. La expresión “asignación de los riesgos” alude a la determinación de cuál de las partes debe soportar las consecuencias de que ocurran ciertos hechos que hayan sido definidos como riesgos del proyecto. Por ejemplo, si la sociedad del proyecto está obligada a entregar la instalación de infraestructura a la autoridad adjudicadora con ciertos elementos del equipo en estado de funcionamiento, la sociedad del proyecto está asumiendo el riesgo de que el equipo entregado no alcance los niveles de rendimiento acordados. De materializarse ese riesgo, cabe prever las siguientes consecuencias para la sociedad del proyecto: exigibilidad de su responsabilidad por incumplimiento de una obligación contractual dimanante del acuerdo de proyecto o de la legislación aplicable (por ejemplo, el deber de indemnizar a la autoridad contratante por toda demora en la puesta en funcionamiento de la instalación); pérdidas financieras (por ejemplo, la pérdida de ingresos imputable a la demora en la puesta en marcha de la instalación), o ciertos gastos adicionales (por ejemplo, de reparación o sustitución del equipo defectuoso).

5. La parte que haya de asumir determinado riesgo podrá adoptar medidas preventivas para limitar la probabilidad de ese riesgo, así como medidas para ampararse, total o parcial-

mente, contra sus consecuencias. Esas medidas se suelen de calificar como “mitigadoras del riesgo”. En el anterior ejemplo, la sociedad del proyecto examinaría cuidadosamente la fiabilidad de los proveedores de equipo y de la tecnología propuesta. La sociedad del proyecto podrá exigir que sus proveedores de equipo proporcionen una garantía independiente del funcionamiento de su equipo. El contrato de suministro tal vez obligue al proveedor a pagar una pena contractual o una suma convenida a la sociedad del proyecto por las consecuencias de toda deficiencia de su equipo. En algunos casos, tal vez sea aconsejable concertar una serie más o menos compleja de arreglos contractuales que permitan mitigar las consecuencias de determinado riesgo del proyecto. Por ejemplo, la sociedad del proyecto podría combinar las garantías aportadas por el proveedor del equipo con algún seguro comercial que cubriera algunas de las consecuencias de una interrupción imputable a algún defecto del equipo.

1. Descripción general de las principales categorías de riesgos

6. A título ilustrativo, se da en los párrafos siguientes una visión general de las principales categorías de riesgos del proyecto y se esbozan algunas de las soluciones contractuales utilizadas para distribuir o mitigar esos riesgos. El lector que desee profundizar en este tema debe consultar otras fuentes de información, como las *Directrices para el desarrollo de instalaciones de infraestructura mediante proyectos de construcción-explotación-traspaso* (CET), preparada por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial¹.

a) *Perturbación del proyecto por hechos que están fuera del control de las partes*

7. Las partes han de prever el riesgo de que el proyecto sea perturbado por algún hecho extraordinario no previsto que esté fuera de su control y que puede tener causas naturales, tales como inundaciones, tormentas o terremotos, o causas humanas, tales como guerras, disturbios o agresiones terroristas. Esos hechos extraordinarios o imprevistos pueden ocasionar una interrupción provisional de la ejecución del proyecto o del funcionamiento de la instalación que dé lugar a demoras o a pérdidas de ingresos o de otra índole. Ciertos acontecimientos graves pueden dañar físicamente la instalación o destruirla de modo irreparable.

b) *Perturbación del proyecto por actos adversos de las autoridades (“riesgo político”)*

8. La sociedad del proyecto y los prestamistas deben prever el riesgo de que la ejecución del proyecto se vea perturbada por actos de la autoridad contratante, de algún otro organismo público o incluso del poder legislativo. Esos riesgos suelen denominarse “riesgos políticos” y pueden ser divididos en tres grandes categorías: riesgos políticos “tradicionales” (por ejemplo, nacionalización de los bienes de la sociedad del proyecto o aumento de la carga fiscal que hagan peligrar la amortización de la deuda de la sociedad del proyecto o la recuperación del capital invertido); riesgos de índole reglamentaria (como sería la introducción de normas

¹Publicación de la ONUDI, No. de venta: UNIDO.95.6.E.9.

más severas para la prestación del servicio o la apertura del sector a la competencia), y riesgos “cuasi comerciales” (por ejemplo, incumplimientos de la autoridad contratante o interrupciones del proyecto imputables a cambios en las prioridades o planes de esa autoridad). Además de los riesgos políticos imputables al país anfitrión, se ha de considerar también la eventualidad de ciertos riesgos políticos que pueden dimanar de actos de un gobierno extranjero, tales como bloqueos, embargos o medidas de boicot comerciales impuestas por las autoridades públicas de los países de origen de los inversionistas.

c) *Riesgos de construcción o de explotación*

9. Los principales riesgos de la etapa de construcción que deben prever las partes son los siguientes: imposibilidad total de completar la instalación o imposibilidad de completarla para la fecha prevista (riesgo de terminación de las obras); incumplimiento del presupuesto inicial de obras (riesgo presupuestario de la construcción), e incumplimiento de los parámetros técnicos de la instalación acabada (riesgo de funcionamiento). Durante la fase de explotación las partes deben prever, a su vez, el riesgo de que la instalación no funcione con la eficiencia requerida para alcanzar o mantener las cifras de producción previstas (riesgo de explotación), o que los costos de explotación excedan de lo previsto (costo de explotación excedentario). Cabe señalar que los riesgos de las etapas de construcción y de explotación afectarán no sólo a la sociedad del proyecto sino también a la autoridad contratante y a los usuarios del país anfitrión que pueden verse gravemente afectados por toda interrupción de ciertos servicios o suministros necesarios.

10. Algunos de estos riesgos pueden ser imputables a la sociedad del proyecto o a sus contratistas o proveedores. Por ejemplo, el que el constructor se salga de presupuesto y demore la entrega de la instalación puede ser imputable a prácticas de construcción ineficientes, despilfarros, insuficiencia del presupuesto o falta de coordinación entre los contratistas. El que la instalación no satisfaga ciertos parámetros de funcionamiento puede ser, a su vez, imputable a defectos de diseño, falta de idoneidad de la tecnología o defectos del equipo entregado por los proveedores de la sociedad del proyecto. Los incumplimientos registrados durante la fase de explotación pueden, por su parte, ser imputables a defectos de mantenimiento de la instalación o a negligencia en la utilización del equipo mecánico. El costo excedentario de la explotación tal vez sea, a su vez, imputable a una gestión inadecuada.

11. Ahora bien, algunos de estos riesgos pueden también ser resultado de determinadas medidas adoptadas por la autoridad contratante, por otros organismos públicos o incluso por el poder legislativo del país anfitrión. Las deficiencias de funcionamiento o los costos excedentarios pueden ser imputables a la falta de idoneidad de las especificaciones técnicas que la autoridad contratante haya dado al concesionario durante la fase de selección. Ciertas demoras y gastos excedentarios pueden ser también imputables a determinados actos de la autoridad contratante posteriores a la adjudicación del proyecto (demoras en la obtención de permisos y autorizaciones, costos adicionales debidos a cambios en las especificaciones dimanantes de una planificación inadecuada, interrupciones ocasionadas por medidas de inspección o por

demoras en la entrega de los terrenos donde se haya de edificar la instalación. Ciertas medidas legislativas o reglamentarias de carácter general, tales como normas de seguridad o laborales más severas, pueden también elevar los costos de construcción o de explotación. Las metas convenidas en materia de producción pudieran no alcanzarse si las autoridades públicas incumplen alguna obligación de entrega de ciertos suministros necesarios (por ejemplo, de energía o de gas).

d) *Riesgos comerciales*

12. Por “riesgos comerciales” se entiende la posibilidad de que el proyecto no pueda generar los ingresos previstos por alguna alteración de la demanda o del precio comercial de los bienes o servicios que genera. Toda alteración del precio o de la demanda puede menoscabar gravemente la capacidad de la sociedad del proyecto para atender al servicio de su deuda y puede comprometer la viabilidad financiera del proyecto.

13. Los riesgos comerciales varían notablemente según cuáles sean el sector considerado y el tipo de proyecto. Esos riesgos pueden considerarse como mínimos o moderados si la sociedad del proyecto goza de un monopolio sobre el servicio prestado o si suministra su producto a un solo cliente que ha contraído un compromiso permanente de compra (*off-take agreement*) del producto. Ahora bien, los riesgos comerciales pueden ser considerables en proyectos que dependan de ingresos dimanantes del mercado, particularmente si existen instalaciones o fuentes de suministro alternativas que dificulten una previsión fiable de la demanda o utilización del producto o servicio ofrecido. Esto puede ser un factor importante, por ejemplo, en un proyecto de carretera de peaje que haya de competir con carreteras que no cobren peaje. Al depender la demanda de la facilidad de acceso de su clientela eventual a las carreteras exentas de peaje suele ser difícil prever el rendimiento financiero del peaje, especialmente en zonas de gran densidad urbana que ofrezcan rutas alternativas o en las que se siga construyendo y mejorando la red de carreteras. Además, se ha comprobado que la utilización de una carretera de peaje resulta muy difícil de prever en zonas donde no existan otras vías de peaje, al no existir en ellas ni historial ni punto de referencia comparativo de su utilización.

e) *El riesgo cambiario y otros riesgos financieros*

14. El riesgo cambiario alude a la variabilidad de las tasas o tipos de cambio, que puede tener un marcado influjo sobre el valor monetario en divisas de las corrientes financieras dimanantes del proyecto. Las tarifas y derechos cobrados a los usuarios o clientes locales serán normalmente abonados en moneda local, mientras que el servicio de la deuda y en ocasiones también el equipo o el combustible utilizado habrán de ser abonados en divisas. Ese riesgo puede ser considerable, al ser particularmente inestable el tipo de cambio imperante en muchos países en desarrollo. Además de las fluctuaciones del tipo de cambio, la sociedad del proyecto tal vez tropiece con un endurecimiento de la política de control de cambios o con un descenso de las reservas de divisas que limiten la disponibilidad local de la moneda extranjera requerida para el servicio de su deuda o para el reembolso de la inversión inicial.

15. Otro riesgo que debe considerar la sociedad del proyecto es la posibilidad de que la tasa o el tipo de interés del capital se eleve, imponiendo al proyecto costos financieros adicionales. Este riesgo puede ser importante en proyectos de infraestructura en los que se suelen tomar prestadas grandes sumas, algunas de ellas con vencimientos lejanos concordados con la larga duración del proyecto. De ser necesario, se puede contraer la deuda a un interés fijo (por ejemplo, obligaciones de interés fijo) a fin de reducir el riesgo dimanante de la variabilidad de los intereses. Además, el paquete financiero puede conllevar ciertas salvaguardias contra el riesgo de un interés variable, por ejemplo, las permutas financieras de tipos o tasas de interés (*interest rate swaps*) o los toques de intereses (*interest rate caps*).

2. Arreglos contractuales para la asignación de los riesgos, así como para paliar sus efectos

16. La distribución finalmente convenida de los riesgos entre la autoridad contratante y la sociedad del proyecto aparecerá reflejada en sus derechos y obligaciones recíprocos, enunciados en el acuerdo de proyecto. En otros capítulos de la *Guía* (véanse los capítulos IV, “El acuerdo de proyecto”; V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, y VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”). Las partes negociarán asimismo diversos otros acuerdos para mitigar o distribuir los riesgos que hayan de asumir (por ejemplo, acuerdos de préstamo; contratos de construcción, suministro de equipo, explotación y mantenimiento; acuerdos directos entre la autoridad contratante y los prestamistas, y compromisos de compra (*off-take agreements*) y de suministro a largo plazo, según los casos).

17. La orientación práctica impartida en algunos países al personal encargado de la negociación suele aludir a ciertos principios generales que deben respetarse en la distribución de los riesgos de un proyecto. Uno de esos principios es el de asignar cada riesgo a la parte que mejor pueda evaluarlo, controlarlo y prevenirlo o atajarlo. Otros principios preceptúan que el riesgo sea asignado a la parte que tenga mejor acceso a instrumentos de cobertura del riesgo o que pueda diversificarlo o mitigarlo a menor costo. En la práctica, no obstante, la asignación del riesgo suele hacerse en función de consideraciones de política general (por ejemplo, el interés público en el proyecto o la vulnerabilidad global de la autoridad contratante a resultas de su participación en diversos proyectos) y la fuerza negociadora relativa de las partes en la negociación. Además, para asignar los riesgos del proyecto es importante considerar si la parte a la que se asigna determinado riesgo posee la solvencia financiera requerida para soportar sus consecuencias de que el riesgo se materialice.

18. La sociedad del proyecto y sus contratistas suelen asumir los riesgos propios de la construcción y explotación de la infraestructura. Por ejemplo, se acostumbra a asignar los riesgos normales de la etapa de construcción al contratista de obras en el marco de un contrato de entrega llave en mano por el que el contratista asuma plena responsabilidad por el diseño y la construcción de la instalación a tanto alzado, para una determinada fecha y conforme a las especificaciones de funcionamiento estipuladas (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de la infraestructura”, ___). El contratista de obras estará normalmente obligado a pagar alguna pena o in-

demnización contractual por toda demora en la terminación de la obra. Además, al contratista se le suele obligar a aportar una garantía de buena ejecución en forma de una garantía bancaria o de una caución. Se suele pedir también a cada uno de los proveedores de equipo que proporcione alguna garantía del buen funcionamiento de su equipo. La sociedad del proyecto acostumbra también a atenuar su propia exposición a los riesgos de explotación concertando un contrato de explotación y mantenimiento con una empresa que se comprometa alcanzar los resultados de explotación convenidos y se haga responsable de toda deficiencia de funcionamiento. En la mayoría de los casos, los arreglos de este tipo suelen ser un requisito esencial para el éxito del proyecto. Los prestamistas buscarán, por su parte, amparo contra las consecuencias de sus riesgos exigiendo que se les ceda el producto del pago de toda caución emitida en garantía del cumplimiento del contratista.

19. La autoridad contratante deberá en principio asumir aquellos riesgos que dependan de sus propios actos, como pudiera ser algún defecto de las especificaciones técnicas que se hayan dado durante el proceso de selección o toda demora imputable para que la autoridad contratante no haya entregado puntualmente los suministros convenidos. Cabe también que la autoridad contratante asuma las consecuencias de toda perturbación imputable a actos de gobierno, como pudiera ser el prometer indemnización a la sociedad del proyecto por toda pérdida de ingresos imputable a alguna medida de control de precios (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). Si bien cabe mitigar los riesgos políticos del proyecto mediante la adquisición de un seguro que los cubra, tal vez no sea posible obtener ese seguro para el país destinatario del proyecto, al menos a un precio aceptable. Por ello, es posible que los inversionistas y prestamistas acudan a la autoridad competente para obtener alguna garantía de que no se expropiará o nacionalizará el proyecto y de que de adoptarse esa medida se indemnizará debidamente a la sociedad del proyecto (véase párrafo 45). Los inversionistas y prestamistas deberán decidir, a la luz de su evaluación del riesgo político del país anfitrión, si participan o no en el proyecto en ausencia de esas garantías o promesas.

20. La mayor parte de los riesgos del proyecto mencionados en los párrafos anteriores corresponden en mayor o menor medida a la esfera de control de una u otra de las partes. Ahora bien, existe una amplia gama de riesgos que dimanen de hechos sobre los que ninguna de las partes tiene control alguno o que son atribuibles a actos de terceros, por lo que será preciso examinar algún otro principio para la asignación del riesgo.

21. Por ejemplo, la documentación financiera suele prever una tasa de interés flotante, que ampara al prestamista del riesgo de no poder acogerse a una elevación del tipo de interés, pero frente al cual la sociedad del proyecto deseara ampararse mediante acuerdos de permuta financiera de intereses (*swap agreements*) que permitan anclar los intereses abonables a un tipo de interés fijo a largo plazo. Es posible que la sociedad del proyecto crea que puede traspasar este riesgo, junto con el riesgo de inflación, a los clientes o usuarios finales del servicio prestado mediante elevaciones del precio cobrado, aun cuando ello no sea tal vez posible por la situación del mercado o la imposición de medidas del control de precios. La estructura de la tarifa negociada por la so-

ciudad del proyecto con la autoridad contratante determinará hasta qué punto la sociedad del proyecto podrá evitar estos riesgos o si es de prever que deberá absorber algunos de ellos (véase el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, ___).

22. Otra categoría de riesgos que cabe asignar de una u otra forma son ciertos acontecimientos anómalos, como sería el riesgo de guerra, de disturbios civiles, de desastres naturales y otros acontecimientos que estén totalmente fuera del control de las partes. En los proyectos de infraestructura de tipo tradicional efectuados por cuenta del sector público, la entidad pública interesada suele asumir, por ejemplo, el riesgo de que la instalación sea destruida por algún desastre natural o eventos similares en la medida en que esos riesgos no sean asegurable. En los proyectos de infraestructura con financiación privada es posible que la autoridad pública interesada prefiera que sea la sociedad del proyecto la que asuma este riesgo. Ahora bien, es posible que, a la luz de su evaluación de los riesgos de determinado país, el sector privado no se muestre dispuesto a asumir estos riesgos. Por ello, en la práctica no existe una solución general aplicable a esta categoría de riesgos y es frecuente que se concierten arreglos especiales para cada uno de ellos. Por ejemplo, las partes pueden convenir en que de producirse algunos de estos acontecimientos la parte afectada quedaría exenta de las consecuencias de un incumplimiento del acuerdo de proyecto y se preverán, sin duda, soluciones contractuales, como sería la prórroga del contrato para compensar por toda demora ocasionada por los acontecimientos o incluso alguna forma de pago directo en circunstancias especiales, para paliar algunas de las consecuencias adversas (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de la infraestructura”, ___). Esos arreglos pueden ser complementados por seguros comerciales que la sociedad del proyecto deberá tomar siempre que su costo sea aceptable (véase el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, ___).

23. Tal vez se haya de negociar también algún arreglo especial para asignar los riesgos comerciales. Proyectos como los de telecomunicaciones móviles suelen tener un potencial relativamente alto de recuperación directa del capital invertido y en la mayoría de los casos está previsto que la sociedad del proyecto lleve a cabo el proyecto sin compartir esos riesgos con la autoridad contratante y sin recabar respaldo público. En otros proyectos de infraestructura, tales como los de generación de energía, la sociedad del proyecto puede recurrir a arreglos contractuales con la autoridad contratante o alguna otra entidad pública para reducir su grado de exposición a los riesgos comerciales, negociando, por ejemplo, compromisos de compra (*off-take agreements*) a largo plazo que garanticen la salida del producto o servicios ofrecidos a un precio convenido. Los pagos pueden efectuarse en función del consumo efectivo o de la disponibilidad del servicio, o de ambos factores a la vez, y la tarifa aplicable suele estar indizada o sujeta a algún otro mecanismo que proteja el valor real del precio cobrado de todo aumento del costo de explotación de una instalación en proceso de envejecimiento (véase también el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, ___). Por último, hay ciertos proyectos dependientes de una fuerte inversión con un potencial de recuperación de la misma relativamente lento, tales como las redes de suministro de agua y ciertas carreteras de peaje, que el sector privado tal vez se muestre reacio a llevar a cabo sin compartir de algún modo los riesgos con la autoridad contratante, por ejemplo, a través de alguna forma de garantía de un ingreso fijo o de retri-

bución de la capacidad de utilización convenida con independencia de su utilización efectiva (véase también el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, ___).

24. De lo anterior se desprende que las partes deberán tener en cuenta una amplia gama de factores al decidir cómo se han de asignar los riesgos del proyecto. Aun cuando la autoridad competente debe impartir ciertas orientaciones generales a los negociadores que vayan a actuar en nombre de autoridades contratantes, definiendo, por ejemplo, ciertos principios orientadores para la asignación de los riesgos, no suele ser aconsejable limitar legalmente el margen de negociación de las partes para buscar de común acuerdo una distribución equilibrada de los riesgos del proyecto conforme a las necesidades particulares de cada proyecto.

C. Respaldo público

25. En la anterior sección se hizo ver la diversidad de enfoques contractuales a los que las partes pueden recurrir para distribuir y mitigar los riesgos del proyecto. Es posible, no obstante que esos arreglos no ofrezcan siempre el clima de seguridad requerido por los inversionistas privados para participar en proyectos de infraestructura con financiación privada. Es posible que se requiera cierto respaldo público para atraer a la inversión privada hacia los proyectos de infraestructura en el país anfitrión.

26. Ese respaldo público puede adoptar diversas formas. Por lo general, cabe calificar de respaldo público toda medida adoptada por las autoridades para mejorar las condiciones de inversión en proyectos de infraestructura. Desde esa perspectiva, la promulgación de un marco legislativo que faculte a las autoridades públicas para adjudicar proyectos de infraestructura con financiación privada o que defina claramente la competencia de los diversos órganos facultados para negociar proyectos de infraestructura y darles seguimiento (véase el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, ___) puede constituir un factor de respaldo público importante para la ejecución de proyectos de infraestructura. Ahora bien el término “respaldo público” se utiliza en la *Guía* con un sentido más restringido para referirse a ciertas medidas especiales, en su mayoría de índole financiera o económica, que las autoridades públicas competentes podrán adoptar para mejorar las condiciones de ejecución de determinados proyectos o para facilitar la asunción por la sociedad del proyecto de ciertos riesgos que superen o excedan del alcance normal de los arreglos contractuales convenidos entre la autoridad contratante y la sociedad del proyecto para la asignación de los riesgos del proyecto. Las medidas de respaldo público que en ocasiones se otorgan son normalmente parte integrante de programas públicos destinados a atraer la inversión privada hacia proyectos de infraestructura.

1. Consideraciones de política general relativas al respaldo público

27. En la práctica, la decisión de respaldar la ejecución de un proyecto dependerá del interés económico o social que pueda tener el proyecto y de que ese interés sirva para justificar el respaldo público que se vaya a otorgar. La autoridad

competente tal vez juzgue que el sector privado no puede por sí solo financiar determinados proyectos a un costo aceptable. Es posible que también se estime que determinados proyectos no se llevarán a cabo si no se mitigan algunos de sus riesgos mediante medidas de apoyo. La prontitud de los inversionistas y prestamistas privados para comprometerse en proyectos a largo plazo en determinado país dependerá no sólo de su evaluación de los riesgos del proyecto, sino también de la confianza que les inspiren las condiciones que el país anfitrión ofrezca para la inversión en general y más concretamente para la inversión en el sector de la infraestructura. Los inversionistas privados acostumbra a otorgar particular importancia a determinados factores como el régimen económico del país considerado y el grado de estructuración de su mercado, así como el mayor o menor éxito que haya tenido el país en años recientes en la puesta en marcha de proyectos de infraestructura con financiación privada.

28. Ello significa que cierto número de países han adoptado un enfoque flexible frente a la cuestión del respaldo público a este tipo de proyectos. En algunos países, se ha promulgado un marco legislativo que adapta el nivel y el tipo de respaldo otorgable a las necesidades concretas de los diversos sectores de infraestructura. En otros países se ha optado por facultar legalmente a la autoridad competente para otorgar ciertos tipos de garantías o medidas de apoyo cuando a su leal saber y entender las circunstancias del caso lo hagan aconsejable. Ahora bien, la autoridad competente del país anfitrión deberá velar por que el nivel y el tipo de apoyo otorgado a un proyecto no le obligue a asumir obligaciones ilimitadas o mal definidas, ya que de otorgar garantías excesivas a determinado proyecto podría encontrarse más adelante en la imposibilidad de otorgar el debido respaldo a otros proyectos de mayor interés público.

29. Cabe mejorar la eficiencia de los programas de respaldo público a la inversión privada en proyectos de infraestructura mediante la introducción de técnicas de presupuestación adecuadas de las medidas de respaldo público otorgadas que permitan una estimación correcta del costo total de todas las formas de respaldo público. Por ejemplo, la garantía pública de los préstamos suele ser menos costosa que la garantía comercial de esos préstamos. Esa diferencia (una vez deducidos los derechos e intereses abonables por la sociedad del proyecto) supone un costo financiero para la administración pública y una subvención pública otorgada a la sociedad del proyecto. Ahora bien, la garantía pública de los préstamos no suele anotarse como gasto, salvo que sea reclamado el pago de la garantía. Al no consignarse el monto efectivo de la subvención pública otorgada se da la impresión errónea de que el costo de la obligación contraída con la garantía del préstamo es inferior al de la concesión de una subvención directa. Por idéntica razón, el costo financiero y económico de las exenciones fiscales otorgadas al proyecto serán menos visibles y transparentes que otras formas de subvención pública directa. Por todas estas razones, los países que deseen montar programas de respaldo público para los proyectos de infraestructura con financiación privada deben idear métodos especiales para calcular el costo presupuestario de ciertas medidas de exoneración fiscal o de préstamo y de garantías de préstamo otorgadas por entidades públicas en los que se tenga en cuenta el valor actualizado de su futuro costo o de la pérdida de futuros ingresos.

2. Formas de respaldo público

30. La posibilidad de obtener respaldo público directo, ya sea en forma de garantías financieras, préstamos públicos o fuentes de ingreso aseguradas, puede ser un factor importante para la estructuración financiera del proyecto. En los párrafos siguientes se describen brevemente ciertas formas de respaldo público autorizadas por el derecho interno de algunos países y se examinan los supuestos legislativos de algunas de ellas, sin preconizar el empleo de ninguna de ellas en particular.

31. Por lo general, además de las medidas administrativas y presupuestarias que pudieran ser necesarias para asegurar el cumplimiento de ciertos compromisos públicos a lo largo de la vida del proyecto, sería aconsejable que el poder legislativo considerara la conveniencia de que la ley autorice expresamente ciertas formas de respaldo público. De estimarse aconsejable prever ciertas medidas de respaldo público es importante que el legislador tenga presente las obligaciones internacionales de su país en materia de integración económica regional y liberalización comercial, que pudieran restringir el margen de las entidades públicas de los Estados partes en esos acuerdos para aportar su respaldo financiero a las sociedades que operen en sus territorios. Además, cuando una autoridad pública desee aportar su respaldo a la ejecución de algún proyecto de infraestructura, deberá hacerlo saber en el momento oportuno a todo participante en el concurso que se organice (véase el capítulo III, "Selección del concesionario", ___).

a) Préstamos públicos y garantías públicas de ciertos préstamos

32. En algunos casos, se autoriza por ley a los órganos de la administración pública a otorgar préstamos a la sociedad del proyecto sin interés o a un interés inferior al del mercado para reducir el costo financiero del proyecto. Conforme a ciertos regímenes de contabilidad, algunos préstamos públicos sin interés pueden ser anotados como ingresos en las cuentas de la sociedad del proyecto, mientras que las sumas abonadas para su amortización serían anotadas a título de costos y serían deducibles a efectos fiscales. Además, los préstamos públicos subordinados ayudan a mejorar las condiciones financieras del proyecto al complementar el capital prestado por entidades comerciales sin competir con él para su reembolso. Los préstamos ofrecidos a la sociedad del proyecto tal vez se ofrezcan a todas las sociedades que trabajen en un determinado sector o únicamente a título de asistencia provisional a la sociedad del proyecto en el supuesto que se materialicen ciertos riesgos. El importe total de ese préstamo pudiera estar limitado a determinada suma o a un porcentaje del costo total del proyecto.

33. Además de esos préstamos públicos, el derecho interno de algunos países faculta a la autoridad contratante o a otras entidades públicas a otorgar una garantía del reembolso del préstamo tomado por la sociedad del proyecto. Las garantías así otorgadas ampararían a los prestamistas (y, en algunos casos, a los inversionistas también) contra el incumplimiento eventual de la sociedad del proyecto. Por no suponer un desembolso inmediato de fondos públicos, la autoridad o entidad pública competente tal vez juzgue que esas garantías son preferibles a un préstamo público directo. Ahora bien, esas garantías de préstamo pueden entrañar una

responsabilidad eventual importante para la entidad pública que las otorga exponiéndola a un riesgo considerable, especialmente en el supuesto de que se declare la insolvencia total de la sociedad del proyecto. Ciertamente, de poco le serviría a la entidad pública afectada el poderse subrogar como titular en los derechos de los prestamistas contra una sociedad del proyecto declarada insolvente.

34. Por ello, además de adoptar medidas generales para reforzar la eficiencia de los programas de respaldo público (véase párrafo 29), tal vez sea aconsejable introducir ciertas reglas que limiten la exposición del garante público de los préstamos. El régimen aplicable a las garantías de préstamo puede prever un tope máximo, tal vez expresado en forma de una suma fija o, de requerirse mayor flexibilidad, en forma de un porcentaje de la inversión total en determinado proyecto. Otra medida para limitar la responsabilidad eventual de la entidad garante puede ser la de definir las circunstancias en las que sean otorgables ese tipo de garantías, habida cuenta de los tipos de riesgos del proyecto que las autoridades públicas estén dispuestas a compartir. Por ejemplo, si las autoridades sólo desean cubrir los riesgos de perturbación temporal del proyecto imputables a hechos que estén fuera del control de las partes, las garantías otorgadas deberán limitarse al supuesto de que la sociedad del proyecto se encuentre temporalmente en la imposibilidad de atender al servicio de su deuda por haber sobrevenido ciertos hechos imprevistos del tipo descrito en el acuerdo que estén fuera del control de la sociedad del proyecto. Si las autoridades desean otorgar mayor protección a los prestamistas del proyecto, las garantías podrán cubrir el supuesto de la imposibilidad permanente de la sociedad del proyecto para reembolsar sus préstamos por alguno de los motivos previstos. En tales casos sería no obstante aconsejable no eliminar los incentivos que puedan tener los prestamistas para adoptar medidas que permitan que el proyecto prosiga, ya sea designando a otro concesionario adecuado o interviniendo a través de un agente por ellos designado para remediar el incumplimiento de la sociedad del proyecto (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). La reclamación del pago de las garantías públicas deberá hacerse en esos casos condicional a que los prestamistas hayan agotado todas las vías de remedio previstas en el acuerdo de proyecto, en sus acuerdos de préstamo o en sus acuerdos directos con la autoridad contratante, de haberse celebrado alguno. En todo caso, las garantías públicas que cubran totalmente a los prestamistas del riesgo de incumplimiento por la sociedad del proyecto son poco frecuentes en el contexto de los proyectos de infraestructura efectuados bajo la modalidad de financiación privada del proyecto.

b) *Participación en el capital social*

35. Otra forma de respaldo público adicional puede consistir en una participación pública directa o indirecta en el capital de la sociedad del proyecto. La participación pública en el capital social puede contribuir a obtener una relación más favorable entre el capital social y el capital adeudado al complementar el capital aportado por los patrocinadores privados del proyecto, especialmente en supuestos en los que la sociedad del proyecto no haya conseguido inversiones en su capital social de ciertas fuentes financieras importantes, como los fondos de inversión. La participación pública en el capital social puede ayudar a cumplir con otros requisitos le-

gales del país anfitrión relativos a la composición del capital social de las sociedades locales. El derecho de sociedades de algunos ordenamientos jurídicos, o la legislación especial relativa a los proyectos de infraestructura, pudiera requerir una participación porcentual determinada de inversionistas locales en toda sociedad fundada en el país. Ahora bien, tal vez no sea siempre posible obtener la participación local requerida en condiciones aceptables para la sociedad del proyecto. Los inversionistas locales, tal vez no estén interesados o carezcan de recursos financieros para invertir en grandes proyectos de infraestructura, y tal vez no deseen asumir determinados riesgos del proyecto, quizá por no estar familiarizados con ellos.

36. La participación pública pudiera conllevar ciertos riesgos que convendría que las autoridades del país examinaran antes de asumirlos. En particular, existe el riesgo de que esa participación sea entendida como una garantía pública dada a todas las partes, incluso a terceros, de que el Estado respaldará plenamente el proyecto o lo asumirá eventualmente a costo del erario público si la sociedad del proyecto se declara insolvente. De no desearse otorgar esa garantía implícita, convendría aclarar debidamente los límites de la participación pública en el proyecto (por ejemplo, mediante disposiciones contractuales que exoneren a la administración pública de suscribir acciones adicionales en el supuesto de que la sociedad del proyecto desee ampliar el capital).

c) *Subvenciones*

37. En algunos países se recurre a la subvención del precio o de la tarifa aplicable para complementar los ingresos de la sociedad del proyecto cuando la rentabilidad del proyecto desciende por debajo de cierto nivel mínimo. Los servicios prestados por la sociedad del proyecto pueden no ser rentables en algunas zonas por razón de la baja demanda o de los elevados gastos de explotación de la zona o por obligarse a la sociedad del proyecto a prestar sus servicios a ciertos segmentos de la población a un precio reducido. En esos casos la legislación de algunos países faculta a las autoridades para subvencionar a la sociedad del proyecto con miras a que pueda prestar sus servicios a un precio reducido.

38. Esas subvenciones suelen efectuarse mediante pagos directos a la sociedad del proyecto, ya sea mediante pagos globales o mediante pagos calculados expresamente para complementar los ingresos de la sociedad del proyecto. En este segundo supuesto las autoridades deberán introducir mecanismos destinados a verificar la exactitud de los pagos de subvención efectuados a la sociedad del proyecto, mediante, por ejemplo, prácticas de auditoría o de publicación de datos financieros estipuladas en el acuerdo de proyecto. La alternativa a estas prácticas sería la de permitir que la sociedad del proyecto subvencione sus operaciones en zonas menos rentables con el ingreso reportado por otras operaciones más rentables. Esto puede hacerse combinando en una misma concesión zonas de explotación más rentables con otras menos rentables, o concediendo a la sociedad del proyecto la explotación comercial de alguna actividad auxiliar más rentable (véanse párrafos 54 a 56).

39. Ahora bien, es importante que el poder legislativo examine las repercusiones prácticas y los eventuales inconvenientes jurídicos de las subvenciones otorgadas a la sociedad del proyecto. Por ejemplo, esas subvenciones suelen falsear

la libre competencia y las leyes protectoras de la libre competencia comercial suelen prohibir la concesión de subvenciones o de otras formas de ayuda financiera directa que no sean expresamente autorizadas por una ley especial.

d) *Garantías estatales*

40. En los proyectos de infraestructura con financiación privada se utiliza a veces el término “garantías estatales” para referirse a dos tipos de garantías públicas otorgadas por el país anfitrión. El primer tipo se refiere a las garantías dadas por el país huésped como cobertura de un incumplimiento eventual de las obligaciones asumidas por la autoridad contratante en el acuerdo de proyecto. Una segunda categoría de garantías se refiere a las garantías dadas a la sociedad del proyecto de que las autoridades no obstaculizarán el ejercicio de ciertos derechos que le hayan sido otorgados en el acuerdo de proyecto o que estén reconocidos en la legislación del país, por ejemplo, su derecho a repatriar los beneficios al completarse la vida del proyecto. Cualquiera que sea la forma que adopten las garantías públicas, es importante que la administración pública y el poder legislativo ponderen debidamente la capacidad de la administración pública para evaluar y gestionar eficientemente su propia exposición a los riesgos del proyecto y para determinar el nivel de responsabilidades directas o contingentes que podrá normalmente asumir.

i) *Garantías de cumplimiento del contrato por la autoridad contratante*

41. Cabe recurrir a las garantías públicas de cumplimiento en supuestos en los que la autoridad contratante sea una entidad jurídica autónoma cuya actuación contractual no comprometa directamente al erario público. Esas garantías pueden otorgarse en nombre del erario público o de una institución financiera pública del país anfitrión. Puede que adopten también la forma de garantías emitidas por instituciones financieras internacionales con el respaldo de una contragarantía pública interna (véanse párrafos 57 a 67). Las garantías públicas son un medio adecuado para amparar a la sociedad del proyecto contra las consecuencias del incumplimiento por la autoridad contratante o por algún otro organismo público de alguna obligación importante contraída en el acuerdo de proyecto. Cabe citar como modalidades más usuales de este tipo de garantías las siguientes:

a) *Garantías del compromiso de compra* (“off-take” guarantees). En virtud de estas garantías, el erario público se compromete a pagar los bienes y servicios suministrados por la sociedad del proyecto a entidades públicas. Estas garantías suelen darse respecto de las obligaciones de pago dimanantes de compromisos de “compra” (“off-take” agreements) en el sector de la generación de energía (véase el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, ___), ya que pueden ser particularmente importantes cuando el principal o único cliente de la sociedad del proyecto sea un monopolio público. Este tipo de garantía inspirará una confianza aún mayor a la sociedad del proyecto y a los prestamistas cuando haya sido suscrita por alguna institución financiera internacional (véanse párrafos 61 y 66);

b) *Garantías de suministro*. Es posible que se le den además a la sociedad del proyecto garantías de suministro

para ampararla de las consecuencias de algún incumplimiento por una entidad pública de su obligación de suministrar ciertos bienes o servicios que sean requeridos para el funcionamiento de la instalación (combustible, electricidad o agua, por ejemplo) o para garantizar el pago de toda indemnización estipulada al respecto en el acuerdo de suministro;

c) *Garantías generales*. Estas garantías tienen por objeto proteger a la sociedad del proyecto contra todo incumplimiento de la autoridad contratante, y no contra el incumplimiento de alguna obligación expresamente señalada. Aun cuando estas garantías generales del cumplimiento no sean muy frecuentes, se dan de hecho casos en los que la sociedad del proyecto y los prestamistas las consideran como un requisito indispensable para emprender la ejecución del proyecto. Cabe citar el supuesto de que una autoridad contratante contraiga responsabilidades financieras eventuales de una magnitud superior a la solvencia que se le conoce, como puede suceder cuando un municipio o alguna otra entidad local autónoma otorgan una concesión importante. Las garantías del erario público pueden ser convenientes para garantizar el cumplimiento de cierto tipo de prestaciones, por ejemplo, cuando el Estado se compromete a suplir a una entidad contratante en el cumplimiento de determinadas prestaciones (por ejemplo, la entrega de un lugar adecuado para la eliminación de subproductos).

42. Por lo general, conviene no sobrevalorar la suficiencia de las garantías dadas por el Estado para amparar a la sociedad del proyecto de las consecuencias de un incumplimiento por parte de la autoridad contratante. Salvo cuando tienen por objeto garantizar alguna prestación específica, las garantías del Estado suelen desempeñar una función supletoria. Por ello, es posible que no sean un sustituto adecuado de los remedios contractuales contra un eventual incumplimiento por parte de la autoridad contratante (véase el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, ___). Cabe utilizar diversos tipos o combinaciones de remedios contractuales para diversos supuestos de incumplimiento, por ejemplo, el pago de una suma convenida por incumplimiento de ciertas prestaciones y elevaciones de tarifa o prórrogas del contrato en el supuesto de demoras en la ejecución del proyecto imputables a actos de la autoridad contratante. Además, a fin de limitar la exposición del erario público y de disminuir la probabilidad de que se reclame el pago de la garantía, sería aconsejable prever medidas que estimulen a la autoridad contratante a cumplir con sus obligaciones dimanantes del acuerdo de proyecto o a esforzarse por controlar las posibles causas de incumplimiento. Entre esas medidas cabe citar la estipulación explícita de un derecho de subrogación del garante contra la autoridad contratante en el supuesto de un incumplimiento o la creación de mecanismos de control interno que hagan responder a la autoridad contratante o a sus agentes de todo incumplimiento por negligencia injustificable o descuido de sus obligaciones a tenor del acuerdo de proyecto que pueda dar lugar a la reclamación del pago de una garantía del Estado.

ii) *Garantías contra ciertos actos adversos de las autoridades públicas*

43. A diferencia de las garantías de cumplimiento, que protegen a la sociedad del proyecto de las consecuencias de algún incumplimiento de la autoridad contratante, las garan-

tías aquí previstas son contra los actos o medidas de toda otra autoridad pública del país anfitrión que sean contrarios a los derechos de la sociedad del proyecto o que dificulten notablemente por algún otro concepto la puesta en práctica del acuerdo de proyecto. Esas garantías suelen denominarse “garantías contra riesgos políticos”.

44. Uno de los tipos de garantía previstos en el derecho interno son las denominadas garantías cambiarias (*foreign exchange guarantees*) que suelen cumplir tres funciones: garantizar la convertibilidad de las ganancias internas a una divisa extranjera; garantizar la disponibilidad de la divisa requerida; y garantizar la transferibilidad al extranjero de las sumas así convertidas. Ahora bien, la garantía cambiaria no suele tener por objeto amparar a la sociedad del proyecto y a los prestamistas contra las fluctuaciones cambiarias o devaluaciones comerciales que sean catalogables como riesgos normales del comercio. Las garantías cambiarias son habituales en los proyectos de infraestructura con financiación privada cuya realización obligue a contraer una deuda importante en moneda extranjera, especialmente en países cuya moneda no sea libremente convertible. En algunos países se ha previsto por ley que esas garantías pueden estar respaldadas por garantías bancarias emitidas a favor de la sociedad del proyecto.

45. Otro tipo importante de garantías son las emitidas para garantizar a la sociedad del proyecto y a sus accionistas contra la eventualidad de una expropiación sin la debida indemnización. Ese tipo de garantía se emitiría normalmente contra la confiscación de bienes de la sociedad del proyecto en el país anfitrión y contra la eventualidad de que la sociedad del proyecto sea nacionalizada, es decir, de que su capital social sea confiscado. Este tipo de garantía suele estar prevista en la legislación relativa a inversiones extranjeras directas y en los tratados bilaterales de amparo de las inversiones (véase el capítulo VII, “Ley aplicable”, ___).

e) Exenciones fiscales y aduaneras

46. Otro método por el que las autoridades del país anfitrión pueden respaldar la ejecución de proyectos con financiación privada puede ser la concesión de alguna exención, reducción o ventaja fiscal o aduanera.

47. Toda ventaja o exención fiscal típica suele incluir alguna exención del impuesto sobre la renta empresarial o de beneficios empresariales, o del impuesto patrimonial sobre la instalación, así como exenciones del impuesto sobre la renta dimanante de los intereses pagaderos por concepto de préstamos y de otras obligaciones financieras asumidas por la sociedad del proyecto. En algunas leyes se faculta a la autoridad competente para eximir a todas las operaciones al servicio de proyectos de infraestructura con financiación privada del pago del impuesto del timbre o cargas similares. En algunos casos, la ley ha previsto algún régimen fiscal preferencial, mientras que en otros dispone que la sociedad del proyecto gozará de los mismos beneficios fiscales normalmente otorgados a las inversiones extranjeras. A veces, la ventaja fiscal adoptará la forma de una tasa impositiva favorable, complementada por una exención fiscal durante los tres años iniciales del proyecto que se irá suprimiendo gradualmente. Esas exenciones y ventajas son a veces aplicables a los contratistas al servicio de la sociedad del proyecto, especialmente si se trata de contratistas extranjeros.

48. Otras medidas fiscales que se utilizan a veces para promover proyectos de infraestructura con financiación privada son las exenciones de ciertas medidas de retención fiscal que se otorgan, a veces, a los prestamistas extranjeros del proyecto. Conforme a muchos ordenamientos, todo interés, comisión y derecho pagaderos por el capital adeudado o tomado en préstamo que haya de abonar directa o indirectamente una sociedad constituida en el país, o que sean deducibles a efectos fiscales de los ingresos obtenidos en el país, serán tenidos por ingresos locales para fines fiscales. Por ello, tanto los prestamistas locales como los extranjeros de proyectos de infraestructura pueden estar sujetos al impuesto sobre la renta en el país anfitrión, que la sociedad del proyecto estaría obligada a retener de todo pago efectuado a los prestamistas extranjeros, dada su condición de no residentes en el país anfitrión. En la negociación entre la sociedad del proyecto y los prestamistas se acostumbra a abordar la cuestión de la cuantía abonable por los prestamistas a título de impuesto sobre la renta, lo que suele acarrear un costo financiero adicional para el proyecto. En algunos países, los órganos competentes están facultados para eximir de esas prácticas de retención fiscal a todo pago a no residentes que remunere actividades que promuevan o favorezcan el desarrollo económico o tecnológico del país anfitrión o que estén conceptuadas por algún otro concepto como actividades de interés público.

49. Se han introducido en algunos países reglas de contabilidad especiales para las empresas explotadoras de infraestructura en las que se tienen en cuenta las peculiaridades en materia de ingresos de los proyectos de infraestructura. Los proyectos de construcción de instalaciones de infraestructura, especialmente carreteras y otras infraestructuras de transporte, se caracterizan por un período de inversión relativamente breve, con un elevado costo financiero sin ingresos compensatorios, seguido por un período relativamente largo de ingresos crecientes y de costos financieros decrecientes y, en supuestos normales, de costos de explotación estables. Por consiguiente, de aplicarse reglas de contabilidad tradicionales, la estructura financiera peculiar de estos proyectos quedaría consignada en las cuentas de la sociedad del proyecto en forma de un período de resultados negativos continuos seguido por un largo período de beneficios netos. Ello podría tener no sólo consecuencias negativas, por ejemplo, para la solvencia crediticia de la sociedad del proyecto durante la fase de construcción, sino que podría resultar también en una carga tributaria desproporcionada durante la fase de explotación del proyecto. A fin de evitar esa distorsión, algunos países han adoptado reglas de contabilidad especiales para las sociedades que llevan a cabo proyectos de infraestructura en las que se tiene en cuenta la probabilidad de que los resultados financieros de los proyectos de infraestructura con financiación privada sólo lleguen a ser positivos a mediano plazo. Esas reglas especiales acostumbra a autorizar a la empresa constructora de la infraestructura a aplazar parte del costo financiero acumulado durante la fase de déficit a años financieros subsiguientes, de conformidad con el calendario financiero previsto en el acuerdo de proyecto. Ahora bien, las reglas de contabilidad especiales no deben contravenir ningún precepto legal que prohíba la distribución de dividendos durante ejercicios financieros cerrados con resultados negativos.

50. Además de ventajas o exenciones fiscales, la legislación nacional a veces facilita la importación de equipo desti-

nado a la sociedad del proyecto mediante exenciones de derechos de aduana. Esas exenciones se aplican típicamente al pago de derechos de importación sobre equipo, maquinaria, accesorios, materias primas y materiales importados al país para llevar a cabo estudios preliminares y para el diseño, la construcción y la explotación del proyecto de infraestructura. En el supuesto de que la sociedad del proyecto desee transferir o vender ese equipo importado en el mercado interno, suele ser necesario obtener la aprobación al respecto de la autoridad contratante y se habrán de pagar los correspondientes derechos de importación, impuestos sobre las ventas o demás impuestos que hayan de pagarse con arreglo a las leyes del país. A veces la autoridad competente estará facultada para conceder una exención de derechos de aduana o para garantizar que no se elevarán los derechos de aduana en detrimento del proyecto.

f) *Amparo de la competencia comercial*

51. Otra forma de respaldo público puede ser la promesa otorgada de que no se construirá ningún proyecto de infraestructura competidora durante cierto período o que ninguna entidad pública competirá con la sociedad del proyecto, ni directamente ni a través de otro concesionario. Una promesa de este tipo sirve para garantizar que los derechos de exclusividad otorgados al concesionario (véase el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, __) no serán anulados durante la vida del proyecto. Tal vez la sociedad del proyecto y los prestamistas consideren esa protección contra la competencia comercial como una condición esencial para participar en el desarrollo de infraestructura en el país anfitrión. En algunos ordenamientos se dispone que la administración pública no facilitará ni prestará apoyo a ningún proyecto paralelo que pudiera competir con la sociedad del proyecto. En algunos casos, la ley contiene una promesa de que no se modificarán las condiciones de esa exclusividad en detrimento de la sociedad del proyecto sin el consentimiento de la sociedad del proyecto.

52. Con este tipo de promesas legales es probable que se consolide en ciertos casos la confianza de los patrocinadores del proyecto y de sus prestamistas en que se respetarán los supuestos básicos de la concesión del proyecto. Ahora bien, esas promesas pudieran limitar la capacidad de las autoridades para responder en función del interés público al eventual aumento de la demanda del servicio cuya explotación se concede o para poner dicho servicio al alcance de nuevas categorías de usuarios. Es por ello importante examinar cuidadosamente los intereses de las diversas partes afectadas por estas concesiones. Por ejemplo, la tarifa requerida para una explotación rentable de una carretera de peaje puede superar la capacidad de pago del sector de usuarios de menores ingresos. Por ello, es probable que la autoridad contratante desee mantener abierta una carretera sin peaje como posible alternativa de la nueva carretera de peaje. Ahora bien, si esa autoridad contratante decide mejorar o modernizar la carretera sin peaje, desviará hacia ella una parte del tráfico de la carretera de peaje construida por la sociedad del proyecto, con la consiguiente merma de ingresos. Lo mismo sucedería si las autoridades deciden abrir el mercado de servicios telefónicos a larga distancia a la competencia comercial (véase “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, __). Esa decisión podría, sin duda, reducir notablemente la

remuneración prevista por toda sociedad concesionaria en ese sector.

53. Por lo general, pudiera ser ventajoso facultar a la autoridad competente para, cuando así convenga, dar las seguridades debidas de que los derechos de exclusividad de la sociedad del proyecto no se verán afectados por una alteración subsiguiente de la política gubernamental sin una compensación adecuada. Ahora bien, tal vez no sea aconsejable dar rango legal a esas promesas si con ello se elimina la posibilidad de que la política pública en ese sector pueda cambiar, por ejemplo, con miras a abrirlo a la competencia o a construir una infraestructura paralela. Las consecuencias eventuales de ese cambio de política para la sociedad del proyecto deben ser resueltas por las partes en cláusulas contractuales relativas al cambio eventual de las circunstancias del proyecto (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, __). Sería particularmente aconsejable que la autoridad contratante esté debidamente facultada para negociar con la sociedad del proyecto la indemnización del perjuicio o pérdida que pueda ocasionarle todo proyecto de infraestructura competidora que emprenda posteriormente la autoridad contratante o por toda otra medida pública que menoscabe la exclusividad de los derechos concedidos a la sociedad del proyecto.

g) *Fuentes de ingresos auxiliares*

54. Una forma adicional de apoyo para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada es la de permitir a la sociedad del proyecto diversificar sus inversiones mediante concesiones adicionales para la prestación de servicios auxiliares o la explotación de otras actividades. En algunos casos, cabría utilizar esas fuentes adicionales de ingresos como subvención que se otorga a la sociedad del proyecto en el marco de una política de reducción o control del precio cobrado por el servicio principal prestado. Si esas actividades auxiliares son lo bastante rentables, contribuirán a reforzar la viabilidad financiera del proyecto principal: el derecho a cobrar peaje sobre un puente existente puede, por ejemplo, servir de incentivo para la construcción de un nuevo puente de peaje. Ahora bien, no debe exagerarse la importancia relativa de esas fuentes auxiliares de ingresos.

55. A fin de que la sociedad del proyecto pueda emprender esas actividades auxiliares, tal vez sea necesario promulgar leyes que faculten a la autoridad competente para otorgar a la sociedad del proyecto el derecho a utilizar terrenos de propiedad pública para los fines de esas actividades (por ejemplo, terrenos adyacentes a una carretera para la construcción de zonas de servicios). De desearse controlar el desarrollo o la expansión eventual de esas actividades auxiliares, convendría disponer que la sociedad del proyecto deberá someter a la aprobación de la autoridad contratante toda ampliación importante de las instalaciones que utilice para esas actividades auxiliares.

56. En algunos ordenamientos jurídicos, ciertos tipos de fuentes auxiliares de remuneración ofrecidas por la administración pública pueden ser consideradas como una concesión independiente de la concesión principal, por lo que es aconsejable valorar el alcance de toda limitación de la libertad de la sociedad del proyecto para concertar contratos de explotación de instalaciones auxiliares (véase el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, __).

D. Garantías dadas por instituciones financieras internacionales

57. Además de las garantías públicas directamente ofrecidas por la administración pública del país anfitrión, tal vez se ofrezcan garantías de instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones y bancos de desarrollo regionales. Esas garantías suelen amparar a la sociedad del proyecto contra ciertos riesgos políticos pero en algunos supuestos pueden garantizar también contra el incumplimiento del acuerdo de proyecto, por ejemplo, cuando la sociedad del proyecto suspende el servicio de su deuda como resultado del incumplimiento de una obligación de la autoridad contratante.

1. Garantías emitidas por instituciones multilaterales de crédito

58. Además de sus préstamos a los gobiernos y a entidades financieras públicas de los países, las instituciones multilaterales de crédito, como el Banco Mundial y los bancos de desarrollo regionales, han creado programas para otorgar préstamos al sector privado. A veces actúan también como garantes de los préstamos comerciales otorgados a proyectos tanto del sector público como del sector privado. En la mayoría de los casos las garantías emitidas por estas instituciones están a su vez respaldadas por una contragarantía pública del país anfitrión.

59. Las garantías otorgadas por estas instituciones multilaterales de crédito tienen por objeto mitigar aquellos riesgos de incumplimiento de las obligaciones contractuales de un Estado soberano o de ciertos préstamos de vencimiento tardío que los prestamistas privados tal vez no estén dispuestos a asumir o que les sea difícil evaluar. Por ejemplo, las garantías otorgadas por el Banco Mundial sirven normalmente de cobertura contra determinados riesgos (garantías de riesgo parcial) o contra el riesgo crediticio total de una determinada etapa del período de financiación (la garantía de crédito parcial), como puede verse brevemente descrito a continuación. La mayor parte de los bancos de desarrollo regionales ofrecen garantías en condiciones similares a las ofrecidas por el Banco Mundial.

a) Garantías de riesgo parcial

60. Una garantía de riesgo parcial cubre determinados riesgos dimanantes del incumplimiento de prestaciones contractuales prometidas en nombre de un Estado soberano o determinados supuestos de fuerza mayor de índole política. Esas garantías responden del pago del servicio de la deuda que haya sido interrumpido por incumplimiento de alguna prestación contractual prometida por un Estado soberano o sus organismos. La cobertura que ofrecen puede extenderse a diversos supuestos de incumplimiento, como sería la no introducción del marco reglamentario convenido o de la tarifa de precios convenida; la interrupción de determinados suministros, como pudiera ser el de combustible a una empresa generadora de energía; el impago de determinados productos, como pudiera ser la electricidad comprada por un servicio público o el agua comprada a granel por una distribuidora pública local; la falta de indemnización por demoras o interrupciones del proyecto imputables a medidas públicas o

a sucesos políticos; demoras imputables a medidas de la administración pública, y modificaciones adversas de la política o de los reglamentos aplicables en materia de cambios.

61. Cuando las instituciones de crédito multilaterales participan en la financiación de un proyecto, proporcionan a veces apoyo en forma de una renuncia a proceder judicialmente contra la sociedad del proyecto por todo incumplimiento que sea imputable a la materialización de un riesgo político. Por ejemplo, una institución de crédito multilateral que haya recibido de la sociedad del proyecto una garantía de terminación del proyecto no reclamará su pago si ese incumplimiento es imputable a la materialización de un riesgo político.

b) Garantías de crédito parcial

62. Las garantías de crédito parcial suelen ser dadas a prestamistas del sector privado cubiertos por una contragarantía pública. Suelen garantizar la parte de la financiación cuya fecha de vencimiento sea posterior al plazo de reembolso normal de los préstamos otorgados por prestamistas privados. Esas garantías suelen ser otorgadas a proyectos con participación privada cuya viabilidad financiera dependa de préstamos a largo plazo. Una garantía de crédito parcial suele prorrogar el vencimiento de los préstamos y cubre todos los supuestos de impago correspondientes a la porción designada del plazo total previsto para el servicio de la deuda.

2. Garantías proporcionadas por el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones

63. El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) ofrece seguros a largo plazo contra riesgos políticos para toda inversión nueva procedente de alguno de sus países miembros y destinada a cualquiera de sus países miembros en desarrollo que no sea el propio país de origen de la inversión. Entre los posibles beneficiarios de estas garantías figura también toda nueva inversión por concepto de expansión, modernización o reestructuración financiera de proyectos ya existentes, así como toda adquisición que entrañe la privatización de una empresa pública. Entre las formas de inversión extranjera para las que cabe solicitar estas garantías figuran las inversiones en el capital social, los préstamos de accionistas y las garantías emitidas por accionistas, con tal de que la duración de los préstamos o de las garantías de préstamo sea de al menos tres años. Los préstamos otorgados a prestamistas no relacionados con el proyecto son también asegurables, con tal de que se asegure al mismo tiempo una inversión en el capital social del proyecto. Otras formas de inversión asegurables son las operaciones de asistencia técnica, los contratos de gestión y los acuerdos de licencia, con tal de que duren al menos tres años y que la remuneración del inversionista esté vinculada a los resultados de la explotación del proyecto. El OMGI asegura contra los siguientes riesgos: restricciones a la transferencia de divisas, expropiación, incumplimiento de contrato, guerra y disturbios civiles.

a) Restricciones a la transferencia de divisas

64. La finalidad de las garantías de la transferibilidad de divisas otorgadas por el OMGI es similar a la de las garantías

cambiarías oficiales otorgadas por el Estado anfitrión (véase el párrafo 44). Esta garantía protege contra las pérdidas dimanantes de que el inversionista no consiga convertir ciertas sumas en moneda local (capital, intereses, beneficios, derechos de patente y de otra índole) en divisas para transferirlas fuera del país anfitrión. La cobertura de estas garantías asegura contra toda demora excesiva en la adquisición de divisas ocasionada por la intervención o la falta de intervención de las autoridades del país anfitrión, contra las modificaciones adversas en la normativa legal o reglamentaria aplicable en materia de cambios, así como contra el deterioro de las condiciones de conversión o transferencia de la moneda local. La devaluación de la moneda no está cubierta. Al acusar recibo de la moneda local bloqueada de un inversionista, el OMGI pagará la indemnización convenida en la moneda de su contrato de garantía.

b) *Expropiación*

65. Esta garantía protege contra toda pérdida de la inversión asegurada que resulte de alguna medida pública del país anfitrión que reduzca o elimine los derechos de propiedad o de control del inversionista sobre la inversión asegurada. La cobertura de esta garantía se extiende no sólo a las medidas de nacionalización y confiscación inmediata sino también a otras formas de expropiación “gradual” consistentes en una serie de medidas cuyo efecto sea a la larga expropiatorio. La cobertura se otorga con carácter limitado para las medidas de expropiación parcial (por ejemplo, la confiscación de fondos o de activos tangibles). No están cubiertas las medidas que las autoridades del país anfitrión adopten de buena fe y sin carácter discriminatorio en el ejercicio de sus facultades regulatorias legítimas. En el supuesto de expropiación total de la inversión en el capital social, el OMGI pagará el valor contable neto de la inversión asegurada. En el supuesto de expropiación de fondos, el OMGI pagará la porción asegurada de los fondos bloqueados. Respecto de los préstamos y de las garantías de préstamo, el OMGI pagará el principal no reembolsado del préstamo y todo interés vencido y no abonado. La indemnización será pagada al ceder el inversionista al OMGI su titularidad de la inversión expropiada (por ejemplo, sus acciones o participación en el capital social y la parte que le corresponda en un acuerdo de préstamo).

c) *Incumplimiento de contrato*

66. Esta garantía protege contra el incumplimiento o la repudiación por la autoridad contratante de un contrato con el inversionista. En el supuesto de presunto incumplimiento o de repudiación del contrato, el inversionista deberá poder acudir a algún procedimiento previsto en el contrato subyacente para la solución de la controversia (por ejemplo, arbitraje) a fin de que le sea adjudicada una indemnización. Si transcurrido un cierto plazo el inversionista no ha sido indemnizado o si no funciona el procedimiento previsto para la solución de la controversia por razón de las medidas adoptadas por las autoridades del país anfitrión, el OMGI abonará la indemnización.

d) *Guerra y disturbios civiles*

67. Esta garantía protege contra toda pérdida dimanante del daño ocasionado a los activos tangibles del inversionista,

así como de su destrucción o desaparición, a raíz de acciones de guerra políticamente motivadas o de disturbios civiles en el país anfitrión, incluidos los actos perpetrados en el marco de una revolución, insurrección o golpe de Estado, así como los actos de sabotaje y terrorismo. Respecto de las inversiones en el capital social, el OMGI pagará la parte de esos activos que corresponda al inversionista, abonando sea su valor contable, sea su costo de sustitución, sea su costo de reparación, según cuál de estas soluciones suponga un menor desembolso. Respecto de los préstamos y garantías de préstamo, el OMGI abonará la parte asegurada del principal del préstamo y de los intereses no abonados a resultas del daño ocasionado al patrimonio del proyecto por las acciones de guerra o los disturbios civiles. Esta cobertura de los daños de guerra o de disturbios civiles se extiende además a los acontecimientos que, durante el período de un año, ocasionen una interrupción de alguna operación del proyecto que sea esencial para su viabilidad financiera global. Este tipo de pagos por interrupción del negocio se harán efectivos al ser dictaminado que la inversión constituye una pérdida total. En ese momento, el OMGI abonará el valor contable de la inversión total en el capital social que haya sido asegurada.

E. Garantías proporcionadas por instituciones bilaterales

68. Cabe obtener seguros contra ciertos riesgos políticos, comerciales y financieros, así como préstamos directos, de ciertas entidades públicas especializadas en la concesión de créditos a la exportación. Cierta número de países han establecido este tipo de organismos de crédito a la exportación para facilitar la exportación de bienes o servicios procedentes del país. Estos organismos actúan en nombre de la autoridad competente del país proveedor de los bienes y servicios al proyecto. La mayoría de estos organismos de crédito a la exportación son miembros de la Unión Internacional de Aseguradores de Créditos e Inversiones (Unión de Berna), cuyos principales objetivos son los de promover la cooperación internacional y un clima favorable a la inversión; favorecer el establecimiento y la observancia de ciertos principios de buena gestión en la administración de los seguros de crédito a la exportación, y la introducción y el mantenimiento de cierta disciplina en las condiciones del crédito otorgado al comercio internacional.

69. Si bien esta forma de respaldo público difiere de un país a otro, los organismos de crédito a la exportación ofrecen normalmente dos tipos de cobertura comercial:

a) *Los seguros de crédito a la exportación.* La finalidad básica de los seguros de crédito a la exportación es la de garantizar el pago al vendedor en aquellos casos en los que se le permite al comprador extranjero aplazar su pago de los bienes o servicios exportados. Los seguros de crédito a la exportación pueden adoptar la forma de seguros de un “crédito de proveedores” o de seguros de un “crédito de compradores”. En el supuesto de un crédito de proveedores, el exportador y el importador convienen en ciertas condiciones comerciales que permiten el pago diferido de la mercancía mediante títulos negociables (por ejemplo, letras de cambio o pagarés) emitidos por el comprador. Una vez comprobada la solvencia comercial de la operación, la remuneración del exportador será asegurada por un organismo de crédito a la

exportación de su país de origen. En el supuesto de un crédito de compradores, la obligación de pago del comprador será financiada por el banco del exportador, que será, a su vez, asegurado por un organismo de crédito a la exportación. Los créditos a la exportación suelen ser clasificados en créditos a corto plazo (con un plazo de reembolso normalmente inferior a dos años), créditos a mediano plazo (de dos a cinco años) y créditos a largo plazo (de cinco años o más). El respaldo oficial de los organismos de crédito a la exportación suele adoptar la forma de cobertura pura o neta (“*pure cover*”), lo que significa que el seguro o la garantía será otorgado al exportador o institución crediticia sin respaldo financiero alguno, pero puede adoptar también la forma de respaldo financiero (“*financing support*”), que se entiende como referido a los créditos directos otorgados al comprador extranjero, a la refinanciación y a toda otra forma de respaldo financiero reembolsable con intereses;

b) *Seguros de inversión.* Los organismos de crédito a la exportación tal vez ofrezcan la cobertura de un seguro contra ciertos riesgos políticos y comerciales ya sea directamente al beneficiario de un préstamo o al exportador. Entre los riesgos políticos y comerciales habitualmente cubiertos cabe citar los siguientes: la guerra, la insurrección y la revolución; la expropiación, la nacionalización y la confiscación de bienes; la no convertibilidad de la moneda, y la no disponibili-

dad de divisas. Los seguros de inversión otorgados por los organismos de crédito a la exportación suelen proteger contra los riesgos asegurados a los inversionistas en una sociedad de proyectos de infraestructura radicada en el extranjero, pero no a la sociedad del proyecto en sí. La cobertura del seguro de inversión tiende a ser extendida a una amplia gama de riesgos políticos. Los organismos de crédito a la exportación dispuestos a asegurar contra tales riesgos suelen exigir les sean facilitados ciertos datos sobre el ordenamiento jurídico del país anfitrión.

70. Las condiciones bajo las que los organismos de crédito a la exportación de los países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ofrecen su respaldo financiero a título tanto de operaciones de crédito de proveedores como de operaciones de crédito de compradores han de ser conformes al Arreglo OCDE sobre directrices para los créditos a la exportación con respaldo público (denominado en ocasiones “Consenso de la OCDE”). La finalidad principal de este arreglo es la de proporcionar un marco institucional adecuado que evite toda práctica de competencia desleal basado en el respaldo oficial otorgado a través de los créditos a la exportación. A fin de evitar subvenciones perturbadoras del mercado, el Arreglo regula las condiciones de los seguros, garantías o préstamos directos con respaldo público.

A/CN.9/458/Add.4

Capítulo III. Selección del concesionario

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> |
|---|-----------------|
| RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN | 1)-22) |
| NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN | 1-141 |
| A. Consideraciones generales | 1-38 |
| 1. Procedimientos de selección abarcados por la <i>Guía</i> | 3-5 |
| 2. Objetivos generales de los procedimientos de selección | 6-18 |
| 3. Características especiales de los procedimientos de selección para proyectos de infraestructura con financiación privada | 19-30 |
| 4. Preparativos de los procedimientos de selección | 31-38 |
| B. Preselección de los ofertantes | 39-56 |
| 1. Convocatoria a los procedimientos de selección | 40-42 |
| 2. Criterios de preselección | 43-46 |
| 3. Cuestiones relativas a la participación de consorcios ofertantes | 47-48 |
| 4. Preselección y preferencias nacionales | 49-50 |
| 5. Contribución a los gastos de participación en el proceso de selección .. | 51-52 |
| 6. Procedimientos de preselección | 53-56 |
| C. Procedimientos para solicitar propuestas | 57-94 |
| 1. Fases del procedimiento | 58-64 |
| 2. Contenido de la solicitud de propuestas definitiva | 65-74 |
| 3. Aclaraciones y modificaciones | 75-76 |
| 4. Contenido de las propuestas definitivas | 77-82 |
| 5. Criterios de evaluación | 83-86 |
| 6. Presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas .. | 87-91 |

| | <i>Párrafos</i> |
|--|-----------------|
| 7. Negociaciones finales | 92-93 |
| 8. Aviso de la adjudicación de un proyecto | 94 |
| D. Negociaciones directas | 95-107 |
| 1. Circunstancias en que puede recurrirse a las negociaciones directas . . | 99-100 |
| 2. Medidas para aumentar la transparencia de las negociaciones directas | 101-107 |
| E. Propuestas no solicitadas | 108-128 |
| 1. Consideraciones de política | 110-118 |
| 2. Procedimientos para tramitar las propuestas no solicitadas | 119-133 |
| F. Procedimientos de revisión | 129-133 |
| G. Expediente del proceso de selección | 134-141 |

RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

Consideraciones generales (párrafos 1 a 30)

1) El país anfitrión tal vez desee requerir la utilización de procedimientos competitivos para la selección del concesionario, sin perjuicio de los ajustes necesarios para tener en cuenta las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada.

Preselección de los ofertantes (párrafos 39 a 56)

2) El país anfitrión tal vez desee disponer que:

a) Los ofertantes demuestren que poseen las calificaciones profesionales y técnicas, los recursos financieros y humanos, el equipo y otros medios físicos, la capacidad de gestión, la fiabilidad y la experiencia necesarios para llevar a cabo todas las fases del proyecto y que satisfacen los demás criterios de calificación requeridos conforme a las leyes generales sobre adquisiciones públicas del país anfitrión;

b) Los ofertantes puedan formar consorcios para presentar propuestas, siempre que sus miembros no participen, directamente o mediante empresas filiales, en más de un consorcio;

c) Se aplique en la fase de evaluación y deba anunciarse en la invitación a los trámites de preselección todo margen de preferencia para los ofertantes nacionales u ofertantes que se ofrezcan a adquirir suministros, servicios y productos en el mercado local;

d) La autoridad contratante pueda considerar la posibilidad de establecer sistemas para indemnizar a los ofertantes preseleccionados si el proyecto no puede seguir adelante por razones ajenas a su voluntad o para contribuir a los gastos que se les hayan ocasionado;

e) La autoridad contratante elabore una lista corta de los ofertantes preseleccionados a quienes posteriormente se invitará a presentar propuestas una vez terminada la fase de preselección.

Procedimiento en una y dos etapas para solicitar propuestas (párrafos 58 a 64)

3) El país anfitrión tal vez desee disponer que, una vez terminados los trámites de preselección, la autoridad contratante

te invite a los ofertantes preseleccionados a que presenten propuestas definitivas con su precio con respecto a las especificaciones técnicas o los indicadores de rendimiento y las condiciones contractuales.

4) A pesar de lo dicho, el país huésped tal vez desee disponer que la autoridad contratante pueda utilizar un procedimiento de dos etapas para solicitar propuestas de los ofertantes preseleccionados cuando no le sea posible formular especificaciones técnicas o indicadores de rendimiento y condiciones contractuales de manera suficientemente detallada y precisa para permitir la formulación de propuestas definitivas.

5) Cuando se utilice un procedimiento en dos etapas, el país anfitrión tal vez desee disponer que:

a) La autoridad contratante se dirija primeramente a los ofertantes preseleccionados para que presenten propuestas relativas a especificaciones generales de producción y demás características del proyecto, así como a las condiciones contractuales previstas;

b) La autoridad contratante pueda convocar una reunión de ofertantes para aclarar cuestiones relativas a la solicitud inicial de propuestas e iniciar conversaciones con cualquier ofertante acerca de algún aspecto de su propuesta;

c) La autoridad contratante pueda, tras esas conversaciones, examinar y, cuando corresponda, revisar las especificaciones iniciales antes de emitir una solicitud de propuestas definitiva.

Contenido de la solicitud de propuestas definitivas (párrafos 65 a 74)

6) El país anfitrión tal vez desee disponer que la solicitud de propuestas definitivas contenga la siguiente información:

a) La información general que puedan necesitar los ofertantes para preparar y presentar sus propuestas;

b) Las especificaciones técnicas e indicadores de rendimiento, según corresponda;

c) Las condiciones contractuales previstas por la autoridad contratante;

d) Los criterios para evaluar las propuestas, el peso relativo asignado a cada uno de esos criterios y la manera en que han de aplicarse en la evaluación de las propuestas.

Aclaraciones y modificaciones (párrafos 75 y 76)

7) El país anfitrión tal vez desee disponer que:

a) La autoridad contratante pueda, a iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración de un ofertante, modificar la solicitud de propuestas emitiendo una adición en cualquier momento antes del vencimiento del plazo para la presentación de propuestas;

b) La autoridad contratante prepare minutas de toda reunión de ofertantes por ella convocada, las que deberán contener las solicitudes de aclaración de la solicitud de propuestas presentadas en la reunión, así como las respuestas a esas solicitudes, sin identificar de quién proceden.

Contenido de las propuestas definitivas (párrafos 77 a 82)

8) El país anfitrión tal vez desee requerir que las propuestas definitivas proporcionen la información solicitada en la solicitud de propuestas, de manera tal que permita a la autoridad contratante examinar la viabilidad operativa, la solidez técnica y el impacto ambiental del proyecto; el costo total del proyecto, incluido el costo de explotación y mantenimiento y el plan de financiación propuesto; así como la tarifa o el calendario de pagos propuesto, según corresponda.

Criterios de evaluación (párrafos 83 a 86)

9) El país anfitrión tal vez desee disponer que los criterios de evaluación a las propuestas técnicas se refieran a la eficacia de la propuesta presentada por el ofertante para satisfacer las necesidades de la autoridad contratante, incluidos los siguientes:

- a) Solidez técnica;
- b) Viabilidad operativa;
- c) Solidez de los mecanismos financieros propuestos;
- d) Cumplimiento de las normas relativas al medio ambiente;

10) El país anfitrión tal vez desee disponer que, entre los criterios para la evaluación y la comparación de las propuestas financieras figuren, según corresponda:

- a) El valor actualizado de los peajes, tasas y otros gravámenes durante el período de la concesión de acuerdo con las normas mínimas prescritas de diseño y rendimiento;
- b) El valor actualizado de los pagos del calendario de amortización propuesto para la instalación que se ha de construir;
- c) Los costos de las actividades de diseño y construcción; los costos anuales de explotación y mantenimiento; el valor actualizado de los costos de capital y los costos de explotación;
- d) La cuantía de la subvención, de haberla, que se espera del Estado.

Presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas (párrafos 87 a 91)

11) El país anfitrión tal vez desee disponer que:

a) Tras recibirse las propuestas definitivas, la autoridad contratante deba determinar si se ajustan a primera vista a la solicitud de propuestas y rechazar aquellas que resulten incompletas o parciales;

b) La autoridad contratante pueda fijar un umbral con respecto a la calidad y a los aspectos técnicos que hayan de quedar reflejados en las propuestas técnicas, de conformidad con los criterios técnicos expuestos en la solicitud de propuestas;

c) Las propuestas que no alcancen el umbral con respecto a la calidad y los aspectos técnicos deben considerarse como no ajustadas a la solicitud.

Negociaciones finales (párrafos 92 y 93)

12) El país anfitrión tal vez desee disponer que:

a) La autoridad contratante califique todas las propuestas admisibles ateniéndose a los criterios de evaluación expuestos en la solicitud de propuestas e invite a una negociación final del acuerdo de proyecto al ofertante que haya presentado la propuesta más ventajosa;

b) La propuesta más ventajosa sea:

- i) La que ofrezca el precio inferior entre las que hayan superado el umbral con respecto a la calidad y los aspectos técnicos, cuando el factor decisivo sea el precio unitario propuesto de la producción; o
- ii) La que obtenga la calificación combinada más alta respecto del precio y de los demás criterios de evaluación. No obstante, el comité adjudicador debe dar por escrito una justificación de las razones para seleccionar una propuesta que no sea la que ofrezca el precio unitario más bajo para la producción.

c) Las negociaciones finales no puedan referirse a las condiciones del contrato que se consideraron no negociables en la solicitud de propuestas definitivas.

Aviso de la adjudicación del proyecto (párrafo 94)

13) El país anfitrión tal vez desee disponer que:

a) La autoridad contratante haga publicar un aviso de la adjudicación del proyecto;

b) El aviso identifique al concesionario y proporcione un resumen de las condiciones esenciales del acuerdo de proyecto.

Negociaciones directas (párrafos 95 a 100)

14) El país anfitrión tal vez desee disponer que se recurra a negociaciones directas únicamente en circunstancias excepcionales, entre las que pueden figurar las siguientes:

a) Cuando haya necesidad urgente de garantizar la continuidad de la prestación del servicio, e iniciar un procedimiento de selección competitiva sería, por lo tanto, poco práctico, siempre que la autoridad contratante no haya podido prever las circunstancias que dan origen a la urgencia ni sean la consecuencia de su conducta dilatoria;

b) En el caso de proyectos de corta duración y con un valor de inversión inicial previsto que no supere una cantidad módica especificada;

c) Razones de defensa nacional;

d) Casos en los que existe sólo una fuente capaz de suministrar el servicio requerido (por ejemplo, porque éste exige utilizar tecnología patentada o conocimientos técnicos únicos);

e) Falta de personal experimentado o de una estructura administrativa suficiente para llevar a cabo procedimientos de selección competitiva;

f) Casos en los que una autoridad administrativa de más alto rango del país anfitrión autorice esa excepción por razones de interés público.

15) El país anfitrión tal vez desee disponer que se pueda además recurrir a las negociaciones directas cuando se haya emitido una invitación a los trámites de preselección o una solicitud de propuestas sin que se presenten solicitudes ni propuestas, o cuando todas las propuestas sean rechazadas por la autoridad contratante y cuando, a juicio de la autoridad contratante, la emisión de una nueva solicitud de propuestas no tendría seguramente como consecuencia la adjudicación de un proyecto.

Medidas para aumentar la transparencia de las negociaciones directas (párrafos 101 a 107)

16) El país anfitrión tal vez desee disponer que:

a) Se obtenga la aprobación de una autoridad de rango superior para que la autoridad contratante inicie una selección mediante negociación;

b) La autoridad contratante publique un aviso sobre los procedimientos de negociación e inicie negociaciones con tantas empresas que se estimen capaces de satisfacer las necesidades como las circunstancias lo permitan;

c) La autoridad contratante establezca los criterios para evaluar las propuestas y determine el peso relativo que se ha de asignar a cada uno de ellos y la manera en que se han de aplicar en la evaluación de las propuestas;

d) La autoridad contratante trate las propuestas de manera que se evite la revelación de su contenido a los oferentes competidores;

e) Esas negociaciones entre la autoridad contratante y los oferentes sean confidenciales y ninguna de las partes en las negociaciones revele a ninguna otra persona información alguna técnica sobre precios u otra referente al mercado, relativa a las negociaciones, sin el consentimiento de la otra parte;

f) La autoridad contratante, una vez terminadas las negociaciones, pida a todos los oferentes que continúen en las actuaciones que presenten, en fecha determinada, una oferta mejor y definitiva con respecto a todos los aspectos de sus propuestas;

g) Toda adjudicación de la autoridad contratante se haga al oferente cuya propuesta satisfaga mejor las necesidades de la autoridad contratante, determinada de acuerdo con los criterios para evaluar las propuestas expuestos en la invitación a negociar, así como con el peso relativo de esos criterios y la manera de aplicarlos indicados en la solicitud de propuestas.

Propuestas no solicitadas (párrafos 108 a 118)

17) El país anfitrión tal vez desee disponer que, en circunstancias excepcionales, la autoridad contratante pueda estar facultada para recibir propuestas no solicitadas, siempre que esas propuestas no se relacionen con un proyecto para el que la autoridad contratante haya iniciado o haya anunciado procedimientos de selección.

Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas (párrafos 122 a 124)

18) El país anfitrión tal vez desee disponer que:

a) La autoridad contratante solicite a los autores de una propuesta no solicitada que presenten una propuesta inicial que contenga información suficiente para que la autoridad contratante pueda hacer una evaluación de si a primera vista se satisfacen las condiciones para dar curso a propuestas no solicitadas, en particular si el proyecto propuesto es de interés público;

b) La autoridad contratante, tras un examen preliminar, informe a la empresa, en un plazo razonablemente breve, de si el proyecto es o no de posible interés público;

c) La autoridad contratante, para los proyectos que resulten de interés público, invite al proponente a presentar una propuesta oficial suficientemente detallada para que la autoridad contratante pueda evaluar adecuadamente el concepto o la tecnología y determinar si satisfacen las condiciones necesarias y tienen probabilidades de ser llevados a la práctica con buen éxito a la escala del proyecto propuesto;

d) El proponente permanezca dueño de todos los documentos presentados a lo largo del procedimiento y que esos documentos tengan que devolverse en caso de que se rechace la propuesta.

Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que entrañen conceptos o tecnología de propiedad (párrafos 125 y 126)

19) El país anfitrión tal vez desee disponer que:

a) La autoridad contratante inicie procedimientos de selección competitiva conforme a las recomendaciones 3 a 22, *supra*, si resulta que la ejecución del proyecto es posible sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el cual el proponente o sus asociados posean derechos exclusivos o si el concepto o la tecnología propuestos no son realmente únicos ni nuevos;

b) La empresa que presentó la propuesta original debe ser invitada a participar en esos procedimientos y puede recibir un premio por presentar la propuesta.

Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que entrañen conceptos o tecnología de propiedad (párrafos 127 y 128)

20) El país anfitrión tal vez desee disponer que:

a) La autoridad contratante utilice un procedimiento para obtener elementos de comparación con la propuesta no solicitada si resulta que los aspectos innovadores de la propuesta son tales que no sería posible ejecutar el proyecto sin

utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el cual el proponente o sus asociados tienen derechos exclusivos;

b) La autoridad contratante publique un resumen de las condiciones esenciales de la propuesta con una invitación a otras partes interesadas a que presenten propuestas alternativas o comparables dentro de un cierto plazo razonable;

c) Que la autoridad contratante pueda iniciar negociaciones directas con el proponente original cuando no se hayan recibido propuestas alternativas, y siempre que lo apruebe la misma autoridad cuya aprobación sería normalmente necesaria para que la autoridad contratante seleccionase a un concesionario mediante negociación directa;

d) La autoridad contratante, si se han presentado propuestas alternativas, deba invitar a todos los proponentes a negociaciones competitivas con miras a determinar cuál es la propuesta más ventajosa para llevar a cabo el proyecto.

Procedimientos de examen (párrafos 129 a 133)

21) El país anfitrión tal vez desee establecer procedimientos mediante los cuales los ofertantes que pretendan haber sufrido o que puedan haber sufrido, pérdidas o perjuicios debido al incumplimiento de una obligación impuesta por la ley a la parte contratante puedan obtener la revisión de los actos de esta autoridad.

Constancia de los procedimientos de selección (párrafos 134 a 141)

22) El país anfitrión tal vez desee disponer que la autoridad contratante mantenga constancia apropiada de la información más importante relativa a los procedimientos de selección.

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

A. Consideraciones generales

1. El presente capítulo trata sobre los métodos y procedimientos recomendados para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. Conforme a lo aconsejado por organizaciones internacionales como el Banco Mundial¹ y la ONUDI², la *Guía* expresa una clara preferencia por los procedimientos de selección competitivos, más que por las negociaciones con los ofertantes, si bien reconoce que puede también recurrirse a las negociaciones directas, conforme a la tradición jurídica del país de que se trate (véanse párrafos 95 a 98).

2. Los procedimientos de selección recomendados en este capítulo presentan algunas de las características del método principal para la adquisición de servicios previsto en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública

de Bienes, Obras y Servicios³, pero con algunas adaptaciones para tener en cuenta las necesidades concretas de los proyectos de infraestructura con financiación privada. El método previsto consiste en un proceso en dos etapas con una fase de preselección. El procedimiento da un cierto margen para negociaciones entre la autoridad contratante y los ofertantes según condiciones claramente definidas. La descripción de los procedimientos recomendados para la selección del concesionario se ocupa principalmente de los elementos específicos o particularmente pertinentes de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Este capítulo remite oportunamente al lector a las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI, que pueden complementar, *mutatis mutandis*, el procedimiento de selección descrito.

1. *Procedimientos de selección abarcados por la Guía*

3. La inversión privada en infraestructuras puede revestir diversas formas, cada una de las cuales requiere métodos especiales para la selección del concesionario. A fin de examinar los posibles métodos de selección para los proyectos de infraestructura de que se ocupa la *Guía*, cabe hacer una distinción entre tres formas principales de inversión privada en infraestructuras:

a) *La adquisición de empresas de servicios públicos.* Puede invertirse capital privado en infraestructuras públicas mediante la adquisición de activos físicos o de obligaciones de empresas de servicios públicos. Estas transacciones suelen llevarse a cabo de conformidad con las normas que rigen la adjudicación de contratos sobre bienes públicos. En muchos países, la venta de acciones de empresas de servicios públicos precisa de previa autorización legislativa. Entre los métodos empleados con frecuencia cabe destacar la oferta de acciones en bolsa o procedimientos competitivos como las subastas o convocatorias a licitación en que los bienes son adjudicados a la parte calificada que ofrece el precio más alto;

b) *Prestación de servicios públicos sin construcción de infraestructuras.* En otros tipos de proyectos, los proveedores de servicios poseen y explotan todo el equipo necesario y a veces compiten con otros proveedores para prestar el servicio pertinente. Algunas leyes nacionales prevén procedimientos especiales en virtud de los cuales el Estado puede autorizar a una entidad privada a prestar servicios públicos mediante "licencias" exclusivas o no exclusivas. Las licencias pueden ofrecerse públicamente a partes interesadas que cumplan los requisitos de calificación enunciados por la ley o fijados por la autoridad que concede las licencias. A veces, los procedimientos de concesión de licencias prevén subastas públicas para las partes interesadas que se hayan calificado;

c) *Construcción y explotación de infraestructuras públicas.* En proyectos para la construcción y explotación de infraestructuras públicas, se contrata a una entidad privada para que realice obras y preste servicios al público. Los procedimientos que rigen la adjudicación de esos contratos son

¹Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, *Procurement under IBRD and IDA Loans*, 1996, párrafo 3.13 a).

²UNIDO *BOT Guidelines*, pág. 96.

³La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (en adelante, "la Ley Modelo de la CNUDMI") y la Guía para su incorporación eventual al derecho interno, que la acompaña, fueron aprobadas por la Comisión en su 27.º período de sesiones (Nueva York, 31 de mayo a 17 de junio de 1994).

en algunos aspectos similares a los que regulan la contratación pública de obras y servicios. Las leyes nacionales prevén diversos métodos de contratación pública, que van desde los métodos competitivos estructurados, como los procedimientos de licitación, hasta las negociaciones menos estructuradas con posibles proveedores.

4. En este capítulo se examinan principalmente los procedimientos de selección adecuados para los proyectos de infraestructura que entrañan una obligación, por parte de la entidad privada seleccionada, de emprender obras de construcción, reparación o expansión de la infraestructura pertinente con miras a una ulterior explotación privada (se trata de los procedimientos mencionados en el párrafo 3) c), *supra*). No se abordan específicamente los métodos de adjudicación de bienes estatales con fines de privatización ni los procedimientos de concesión de licencias a proveedores de servicios públicos.

5. No obstante, cabe señalar que algunos proyectos de infraestructura pueden contener elementos de más de una de las categorías mencionadas *supra*. Por ejemplo, la adquisición de una empresa privatizada de servicios públicos (como una compañía de distribución de agua) puede vincularse a la obligación de realizar una inversión sustancial en una nueva infraestructura (por ejemplo, la expansión de la red de tuberías). En tales situaciones, es importante determinar cuál es el elemento predominante del proyecto (por ejemplo, privatización o construcción de una nueva infraestructura) a fin de elegir el procedimiento de selección adecuado que posteriormente pueda ajustarse a fin de tener en cuenta las principales obligaciones secundarias que deberá asumir el concesionario. Con este fin, algunas de las consideraciones que figuran en este capítulo pueden ser aplicables también, *mutatis mutandis*, a la adjudicación de bienes estatales o a los procedimientos de concesión de licencias que prevean una obligación por parte del nuevo concesionario o del licenciataria de realizar obras de infraestructura.

2. Objetivos generales de los procedimientos de selección

6. En la adjudicación de contratos para proyectos de infraestructura, la autoridad contratante puede aplicar métodos y procedimientos ya establecidos en las leyes del país anfitrión o introducir procedimientos especialmente concebidos para ese fin. En ambas situaciones, es importante asegurar que los procedimientos propicien en general el cumplimiento de los objetivos fundamentales de las normas que rigen la adjudicación de contratos públicos. Esos objetivos se examinan someramente a continuación.

a) Economía y eficiencia

7. El criterio de economía en la adjudicación de proyectos de infraestructura consiste en la selección de un concesionario que esté en condiciones de realizar las obras y de prestar los servicios de la calidad deseada al precio más ventajoso y en las condiciones contractuales más ventajosas. La economía en dichos proyectos se ve favorecida por los procedimientos que propician condiciones favorables de participación de empresas competentes en el proceso de selección y que otorgan incentivos para las condiciones más ventajosas.

8. En la mayoría de los casos, los procedimientos que promueven la competencia entre los ofertantes son los que dan resultados más económicos. La competencia los incita a ofrecer las condiciones más ventajosas y puede animarlos a adoptar tecnologías o métodos de producción eficientes o innovadores con tal fin. Debe observarse, no obstante, que la competencia no requiere necesariamente la participación de un gran número de ofertantes en un determinado proceso de selección. En particular para los grandes proyectos, puede haber razones por las que la autoridad contratante desee limitar el número de ofertantes a una cifra razonable (véanse párrafos 23 y 24). Siempre que se hayan dispuesto los procedimientos apropiados, la autoridad contratante puede obtener ventajas de una competencia eficaz incluso cuando la base competitiva es limitada.

9. Además, con la participación de empresas extranjeras en los procesos de selección pueden lograrse a veces resultados económicos. La participación extranjera no sólo puede ampliar la base competitiva sino que además puede permitir la adquisición, por parte de la autoridad contratante y de su país, de tecnologías no disponibles en el país. La participación extranjera en el proceso de selección puede ser necesaria cuando en el país no se disponga de los conocimientos técnicos requeridos por la autoridad contratante. Los países que deseen beneficiarse de la participación extranjera deben asegurarse de que la legislación y los procedimientos pertinentes propicien tal participación.

10. El criterio de eficiencia significa que se seleccione a un concesionario en un plazo razonable, con mínimas cargas administrativas y un costo razonable tanto para la autoridad contratante como para los ofertantes que participan en la selección. Además de las pérdidas que puede sufrir directamente la autoridad contratante a causa de procedimientos de selección ineficientes (por ejemplo, debido a demoras en la selección o a altos costos administrativos), los procedimientos excesivamente costosos y engorrosos pueden hacer aumentar los costos generales del proyecto e incluso pueden inducir a empresas competentes a retirarse por completo del proceso de selección.

b) Promoción de la confianza en el proceso de selección y de su integridad

11. Otro importante objetivo de las normas que rigen la selección del concesionario es promover la integridad del proceso y la confianza en él. Así pues, todo sistema de selección adecuado suele regirse por disposiciones cuyo fin es asegurar el trato equitativo de los ofertantes, reducir o desalentar los abusos voluntarios o involuntarios del proceso de selección por parte de las personas que lo administran o de las empresas que participan en él, y asegurar que las decisiones de selección se adopten con criterios adecuados.

12. Promoviendo la integridad del proceso de selección se contribuirá a fomentar la confianza pública en el proceso y en el sector público en general. Los ofertantes se abstendrán a menudo de invertir tiempo y a veces sustanciales cantidades de dinero para participar en el proceso de selección a menos que tengan la seguridad de que serán tratados equitativamente y de que sus propuestas u ofertas tienen una probabilidad razonable de ser aceptadas. Los consorcios que participan en el proceso de selección a pesar de no confiar en él tienden a incrementar el costo del proyecto para cubrir los

mayores riesgos y gastos de participación. Si se asegura un funcionamiento adecuado del proceso de selección se puede reducir o eliminar esa tendencia, con lo cual la autoridad contratante obtendrá condiciones más favorables.

13. El país anfitrión debe disponer con carácter general de un sistema eficaz de sanciones, incluso de carácter penal, contra la corrupción de los titulares de cargos públicos, incluidos los empleados de las autoridades adjudicantes, y de los ofertantes, que se aplique también al proceso de selección. Deben evitarse los conflictos de intereses, por ejemplo, exigiendo que los titulares de cargos de la autoridad contratante, sus cónyuges, parientes y asociados no tengan un crédito contra una empresa que intervenga en un proceso de selección ni participación social en ella, ni acepten actuar como miembros del Consejo de Administración o empleados de esa empresa. Además, la ley que rija los procedimientos de selección debe obligar a la autoridad contratante a rechazar las ofertas o propuestas presentadas por una parte que dé o convenga en dar, directa o indirectamente, a ningún cargo o ex funcionario o empleado de la autoridad contratante u otra autoridad pública ninguna forma de gratificación, una oferta de empleo ni ninguna otra cosa o servicio de valor, como incentivo con respecto a un acto o decisión de la autoridad contratante o un procedimiento seguido por ésta, en relación con los procedimientos de selección. Estas disposiciones pueden complementarse con otras medidas, como el requisito de que todas las empresas invitadas a participar en el proceso de selección se comprometan a no tratar de influir indebidamente en las decisiones de los titulares de cargos públicos que participen en el proceso de selección ni distorsionar de otro modo la competencia mediante colusión u otras prácticas ilícitas (con, por ejemplo, el llamado “acuerdo de integridad”). Igualmente, en las prácticas de adquisición pública adoptadas por algunos países, se exige de los ofertantes que garanticen que ningún cargo de la entidad adquirente ha sido ni será admitido por el ofertante a ningún beneficio directo ni indirecto derivado del contrato o de su adjudicación. El incumplimiento de esa disposición constituye normalmente incumplimiento de una condición esencial del contrato.

14. Un importante corolario de los objetivos de economía, eficiencia, integridad y transparencia es la existencia de procedimientos administrativos y judiciales para el reexamen de las decisiones adoptadas por las autoridades que participan en los procedimientos de selección (véanse párrafos 129 a 133).

15. Puede además fomentarse la confianza de los inversionistas con disposiciones adecuadas para proteger la confidencialidad de la información de propiedad que presenten durante los procedimientos de selección. Esto debe abarcar seguridades suficientes de que la autoridad contratante tratará las propuestas de manera que se evite la revelación de su contenido a los ofertantes competidores; que las conversaciones o negociaciones tendrán carácter confidencial, y que la información comercial o de otra índole que los ofertantes puedan incluir en sus propuestas no será dada a conocer a sus competidores.

c) *Transparencia de las leyes y los procedimientos*

16. La transparencia de las leyes y los procedimientos que rigen la selección del concesionario contribuirá a que se logren varios de los objetivos ya mencionados. Las leyes trans-

parentes son las que revelan totalmente las reglas y procedimientos que deberán seguir la autoridad contratante y los ofertantes, no son injustificadamente complejos y se presentan de manera sistemática y comprensible. Los procedimientos transparentes son los que permiten a los ofertantes determinar cuáles han sido los procedimientos que ha seguido la autoridad contratante y por qué criterios se ha guiado en sus decisiones.

17. Uno de los modos más importantes de promover la transparencia y la rendición de cuentas es la introducción de disposiciones que exijan de la autoridad contratante que lleve un expediente de los procedimientos de selección (véanse párrafos 134 a 141). Con un registro en que se resume la información clave sobre esos procedimientos se facilita el ejercicio del derecho de los ofertantes rechazados a solicitar un reexamen. De este modo se contribuye también a que las normas que rigen el procedimiento de selección sean, en la medida de lo posible, autónomas y de aplicación automática. Además, con requisitos legislativos adecuados para el mantenimiento de expedientes se facilitará la labor de los órganos estatales que ejercen funciones de auditoría o supervisión y se promoverá la rendición de cuentas al público en general por parte de las autoridades adjudicadoras sobre la adjudicación de proyectos de infraestructura.

18. Las leyes y los procedimientos transparentes fomentan la previsibilidad y permiten a los ofertantes calcular los costos y riesgos de su participación en el proceso de selección y ofrecer así sus condiciones más ventajosas. También contribuyen a evitar acciones o decisiones arbitrarias o inadecuadas por parte de la autoridad contratante o de sus funcionarios, y promueven así la confianza en el proceso. La transparencia de las leyes y los procedimientos reviste particular importancia cuando se trata de obtener participación extranjera, ya que las empresas extranjeras tal vez desconozcan las prácticas que se siguen en el país en la adjudicación de proyectos de infraestructura.

3. *Características especiales de los procedimientos de selección para proyectos de infraestructura con financiación privada*

19. Generalmente, el mejor modo de lograr economía y eficiencia en la adjudicación de contratos públicos es adoptando métodos que promuevan la competencia entre una serie de ofertantes en el marco de procedimientos estructurados y formales. Las legislaciones nacionales suelen prescribir procedimientos competitivos de selección, como la licitación, para la contratación pública de bienes u obras en circunstancias normales.

20. En procedimientos competitivos de selección, la autoridad contratante invita a una serie de empresas a presentar propuestas que deben formularse sobre la base de las especificaciones técnicas y las condiciones contractuales enunciadas por la autoridad contratante en la documentación facilitada a los ofertantes. Las propuestas se examinan, se evalúan y se comparan y la decisión de aceptar una propuesta se adopta de conformidad con criterios y procedimientos esencialmente objetivos, especificados en las leyes de contratación pública y en los documentos de licitación. Los procedimientos competitivos de selección se denominan “abiertos” cuando la autoridad contratante solicita propuestas mediante

una convocatoria a licitación ampliamente difundida y dirigida a todas las empresas deseosas de participar en el proceso. El procedimiento es “restringido” cuando la autoridad contratante solicita propuestas únicamente de ciertas empresas seleccionadas por ella.

21. Los procedimientos formales y la objetividad y previsibilidad que caracterizan a los procedimientos competitivos de selección suelen garantizar condiciones óptimas de competencia, transparencia y eficiencia. Así, el uso de procedimientos de selección competitiva en proyectos de infraestructura con financiación privada ha sido recomendado por la ONUDI, que ha formulado directrices prácticas detalladas sobre la manera de estructurar esos procedimientos⁴. Las normas de adquisición en relación con los préstamos concedidos por el Banco Mundial propugnan también la utilización de procedimientos de selección competitivos y disponen que un concesionario seleccionado con arreglo a procedimientos de licitación aceptables para el Banco Mundial es libre en general de adoptar sus propios procedimientos para la adjudicación de los contratos necesarios para ejecutar el proyecto. Sin embargo, si el concesionario mismo no fue seleccionado de conformidad con esos procedimientos competitivos, la adjudicación de subcontratos habrá de hacerse siguiendo procedimientos competitivos aceptables para el Banco Mundial⁵.

22. Cabe observar, no obstante, que no se ha concebido hasta el momento ningún modelo legislativo internacional para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Por otra parte, las disposiciones legislativas nacionales sobre procedimientos competitivos para la contratación pública de bienes, obras o servicios tal vez no resulten totalmente adecuadas para los proyectos de infraestructura con financiación privada. De hecho, la experiencia internacional en la adjudicación de esta clase de proyectos ha puesto de manifiesto algunas limitaciones de los tipos tradicionales de procedimientos competitivos de selección, como el método de licitación. Habida cuenta de las cuestiones concretas que plantean los proyectos de infraestructura con financiación privada, que se examinan brevemente a continuación, es aconsejable que el gobierno anfitrión adapte esos procedimientos a la selección del concesionario.

a) *Número de ofertantes a invitar*

23. En la contratación pública tradicional, se fomenta al máximo el objetivo de economía permitiendo una competencia lo más amplia posible entre ofertantes. Las convocatorias a licitación se efectúan a veces directamente sin procedimientos previos de preselección. Cuando se requiere preselección, ésta se limita a veces a la verificación de una serie de requisitos formales (por ejemplo, la calificación profesional o la capacidad jurídica de los ofertantes).

24. En cambio, la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada requiere procedimientos complejos, costosos y de larga duración. Además, ante la magnitud de la mayoría de los proyectos de infraestructura se reduce la probabilidad de que un gran número de ofer-

tantes cualificados presenten propuestas. Asimismo, los ofertantes competentes pueden sentirse reacios a participar en procesos de contratación pública para proyectos de gran valor si la competencia es muy amplia y se corre el riesgo de tener que competir con propuestas poco realistas o propuestas presentadas por ofertantes no cualificados. Por consiguiente, la licitación abierta sin etapa de preselección no suele ser aconsejable para la adjudicación de proyectos de infraestructura.

b) *Definición de los requisitos del proyecto*

25. En la contratación pública tradicional de obras de construcción, el gobierno suele asumir la posición de maestro de obras o de empleador, dejando al contratista seleccionado la función de ejecutor de las obras. En los procedimientos de contratación pública se especifican las aportaciones del contratista, es decir, la autoridad contratante determina claramente lo que se debe construir, cómo hay que hacerlo y por qué medios. Por esta razón, las convocatorias a licitación de obras suelen ir acompañadas de extensas y muy detalladas especificaciones técnicas sobre el tipo de obras y servicios de que se trata. En esos casos, la autoridad contratante se encargará de que las especificaciones se ajusten al tipo de infraestructura que debe construirse y de que esa infraestructura pueda explotarse eficientemente. En algunos proyectos de infraestructura con financiación privada, la autoridad contratante tal vez desee dar especificaciones precisas de las obras que deberán efectuarse o de los medios técnicos necesarios para los servicios que deberán prestarse (es decir, la aportación esperada del concesionario). Esa elección se hace, en particular, en relación con proyectos que entrañen la construcción de una nueva infraestructura que ha de ser permanentemente de propiedad del Estado y se destina a quedar abierta en general para la utilización pública (por ejemplo, carreteras, túneles, puentes). En estos casos, la autoridad contratante puede apreciar la necesidad de ejercer un grado mayor de control sobre el diseño de la ingeniería y las especificaciones técnicas que en el caso de instalaciones de propiedad privada cerradas en general al público y únicamente accesibles al concesionario (por ejemplo, una planta de energía eléctrica privada).

26. Sin embargo, en muchos proyectos de infraestructura con financiación privada, es posible que la autoridad contratante prevea otro tipo de reparto de responsabilidades entre el sector público y el sector privado. El fomentar la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructuras puede obedecer en parte al deseo de liberar a la autoridad contratante de la responsabilidad inmediata de funciones que el sector privado puede desempeñar eficientemente. En esos casos, tras haber precisado una necesidad de infraestructura en particular, la autoridad contratante puede que prefiera dejar al sector privado la responsabilidad de proponer la mejor solución para satisfacer esa necesidad, con sujeción a ciertos requisitos que ella misma pueda establecer (por ejemplo, requisitos regulatorios, de desempeño o de seguridad, prueba suficiente de que las soluciones técnicas propuestas han sido antes sometidas a prueba y cumplen satisfactoriamente con las normas de seguridad o de otra índole internacionalmente aceptables). El procedimiento de selección utilizado por la autoridad contratante puede, pues, hacer hincapié en la producción prevista del proyecto (es decir, los servicios o bienes que ha de proporcionar) más que

⁴UNIDO BOT Guidelines, pág. 96.

⁵Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, *Procurement under IBRD and IDA Loans*, 1996, párrafo 3.13 a).

en detalles técnicos de las obras que ha de realizar o en los medios utilizados para prestar esos servicios. Aunque la autoridad pública sigue siendo en definitiva responsable ante el público de la calidad de las obras y los servicios, el sector privado soportará los riesgos que puedan derivarse, por ejemplo, de que las soluciones técnicas utilizadas sean inadecuadas.

c) *Criterios de evaluación*

27. Generalmente, los gobiernos adquieren los bienes, las obras o los servicios con los fondos disponibles de las consignaciones presupuestarias aprobadas. La autoridad adjudicadora, que suele tener los fondos ya asegurados, trata sobre todo de invertirlos de la forma más provechosa. Así pues, en estos tipos de contratación pública el factor decisivo para elegir entre varias ofertas adecuadas y técnicamente aceptables es muchas veces el precio global ofrecido para las obras, que se calcula en función del costo de las obras y de otros gastos que deberá realizar el contratista, más un cierto margen de beneficios.

28. En cambio, los proyectos de infraestructura con financiación privada deben ser autosostenibles desde el punto de vista financiero, recuperándose los gastos de construcción y explotación con los ingresos que aporte el proyecto. Esta circunstancia, y también la gran escala de la mayoría de los proyectos de infraestructura, hacen que la evaluación de las propuestas resulte considerablemente más compleja que en las formas más tradicionales de contratación pública. Por consiguiente, deberán tenerse en cuenta otros factores, además de los gastos de construcción y explotación y del precio que pagarán los usuarios. Por ejemplo, la autoridad contratante deberá evaluar cuidadosamente la viabilidad financiera y comercial del proyecto, la solidez de los arreglos financieros propuestos por los ofertantes y la fiabilidad de las soluciones técnicas empleadas. Esto será necesario aunque no existan garantías ni pagos estatales, ya que los proyectos inacabados o los proyectos que rebasan con mucho los presupuestos o que tienen costos de mantenimiento superiores a los previstos repercuten a veces negativamente en la disponibilidad general de los servicios requeridos y en la opinión pública del país anfitrión. Asimismo, la autoridad contratante procurará formular los criterios de calificación y evaluación que asignen la suficiente importancia a la necesidad de garantizar la continua prestación del mismo. Además, dada la duración generalmente larga de las concesiones para infraestructuras, la autoridad contratante deberá cerciorarse de la solidez y aceptabilidad de los arreglos propuestos para la fase de explotación y sopesará cuidadosamente los elementos de servicios que figuren en las propuestas (véanse párrafos 83 a 86).

d) *Negociaciones con los ofertantes*

29. Las leyes y reglamentaciones que rigen las licitaciones prohíben a menudo las negociaciones entre la autoridad contratante y los contratistas sobre las ofertas presentadas por éstos. El motivo de tan estricta prohibición, que también figura en el artículo 35 de la Ley Modelo de la CNUDMI, es que las negociaciones podrían convertirse en una "subasta", en que se utilizaría la propuesta de un contratista para presionar a otro a fin de que ofreciera un precio más bajo o presen-

tara una propuesta más favorable. A consecuencia de esa estricta prohibición, los contratistas seleccionados para aportar bienes o servicios conforme a procedimientos tradicionales de contratación pública deben firmar generalmente unos documentos contractuales modelo que les son entregados durante el proceso de contratación.

30. La situación es diferente en la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. La complejidad y la larga duración de esos proyectos hace improbable que la autoridad contratante y los ofertantes seleccionados puedan convenir en las condiciones de un proyecto de acuerdo de proyecto sin negociación y ajustes para adaptar esas condiciones a las necesidades particulares del proyecto. Esto es particularmente cierto de los proyectos que entrañan el desarrollo de infraestructura nueva, en que la negociación final de los mecanismos financieros y de seguridad se produce sólo después de que se ha seleccionado al concesionario. Es importante, empero, velar por que estas negociaciones se lleven a cabo de manera transparente y no importen cambios de la base sobre la que se desarrolló la competencia (véanse párrafos 92 y 93).

4. *Preparativos de los procedimientos de selección*

31. En la mayoría de los casos, la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada es una tarea compleja que requiere una cuidadosa planificación y coordinación entre las oficinas competentes. Al velar por la disponibilidad de apoyo administrativo y de personal adecuado para llevar a cabo el proceso de selección elegido, el gobierno anfitrión promueve la confianza en el proceso de selección y desempeña así un importante papel.

a) *Nombramiento del comité de adjudicación*

32. Una importante medida preparatoria es el nombramiento del comité que se encargará de evaluar las propuestas y de recomendar una decisión a la autoridad contratante. El nombramiento de miembros cualificados e imparciales del comité de selección no es únicamente un requisito para la eficiente evaluación de las propuestas sino que además puede fomentar la confianza de los ofertantes en el proceso de selección.

33. Otra importante medida preparatoria es el nombramiento de asesores independientes que ayudarán a la autoridad contratante en los procedimientos de selección. La autoridad puede necesitar, en esta etapa temprana, obtener los servicios de expertos o asesores independientes que le asistan en la determinación de las calificaciones y los criterios de evaluación apropiados, definir los indicadores de rendimiento (y, si es necesario, las especificaciones técnicas) y preparar la documentación que se emitirá a los ofertantes. También pueden contratarse servicios de consultoría y asesores para que ayuden a la autoridad contratante en la evaluación de propuestas, la redacción y la negociación del acuerdo de proyecto al cerrar el trato definitivo. Consultores y asesores pueden ser particularmente útiles aportando una gama de pericia técnica de la que no siempre puede disponerse en la administración pública del país anfitrión, como asesoramiento técnico o de ingeniería (por ejemplo, sobre la evaluación técnica del proyecto o las instalaciones, los requisitos

técnicos del contrato); asesoramiento en materia ambiental (por ejemplo, sobre evaluación del medio ambiente, requisitos de funcionamiento); o asesoramiento financiero (por ejemplo, sobre proyecciones financieras, examen de fuentes de financiación, evaluación de la proporción adecuada entre deuda y capital social, redacción de documentos de información financiera).

b) *Estudios de viabilidad y otros estudios*

34. Como ya se ha indicado (véase “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, ___), una de las primeras medidas que adopta la administración pública con respecto a un futuro proyecto de infraestructura es la evaluación preliminar de su viabilidad, analizando aspectos económicos y financieros como las posibles ventajas económicas del proyecto, el costo estimado y los ingresos que cabe esperar de la explotación de la obra de infraestructura. La opción de desarrollar infraestructura como proyecto con financiación privada requiere una conclusión positiva sobre la viabilidad técnica y financiera del proyecto. La autoridad contratante debe efectuar asimismo de ordinario una evaluación del impacto ambiental del proyecto como parte de sus estudios de viabilidad. En algunos países, se vio que era útil prever cierta participación del público en la evaluación preliminar del impacto ambiental del proyecto y las diversas opciones para reducirlo al mínimo.

35. Antes de iniciar el proceso que culmine con la selección de un futuro concesionario, es aconsejable que la autoridad contratante examine y, si es necesario, amplíe esos estudios iniciales. En algunos países, se aconseja a las autoridades adjudicadoras que formulen proyectos modelo que sirvan de referencia (en los que se incluye una combinación de estimaciones de inversiones de capital y de gastos de explotación y mantenimiento) antes de invitar al sector privado a presentar propuestas. Estos proyectos modelo tienen por objeto demostrar si la explotación comercial de la infraestructura es viable y si el proyecto es asequible en lo que se refiere a gastos totales de inversión y costos para el erario público. Además, estos proyectos modelo proporcionarán a la autoridad contratante un útil instrumento para comparar y evaluar las propuestas. Los ofertantes adquirirán confianza si ven que la autoridad contratante ha analizado detenidamente los fundamentos técnicos, económicos y financieros del proyecto, así como el papel previsto del sector privado.

c) *Preparación de la documentación*

36. El proceso de selección para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada suele requerir la preparación de una amplia documentación por parte de la autoridad adjudicadora, concretamente un esbozo del proyecto, documentos de preselección, la solicitud de propuestas, instrucciones para preparar propuestas y un borrador del acuerdo sobre el proyecto. La calidad y claridad de los documentos emitidos por la autoridad contratante desempeña una apreciable función como garantía de un procedimiento de selección eficiente y transparente.

37. En muchos países, es habitual que el gobierno prepare formularios de contratos modelo con las condiciones generales de reglamentación de la contratación pública. En algu-

nos países, estos contratos modelo pueden ser muy detallados y distintos según los sectores de infraestructura. Una documentación normalizada preparada conforme a condiciones lo suficientemente precisas puede ser un elemento importante para facilitar las negociaciones entre ofertantes y posibles prestamistas e inversionistas. También puede ser útil para armonizar el tratamiento de cuestiones comunes en la mayoría de los proyectos de un determinado sector.

38. No obstante, cuando se recurra a cláusulas contractuales modelo es aconsejable tener presente la posibilidad de que en un determinado proyecto se planteen cuestiones no previstas cuando se elaboró el documento modelo y de que el proyecto requiera soluciones concretas que difieran de las condiciones modelo. Si durante los procedimientos de selección se facilitan a los ofertantes documentos contractuales normalizados, la autoridad contratante puede ver limitado su margen de discreción para negociar las condiciones del acuerdo del proyecto con los ofertantes seleccionados. Debe procurarse encontrar un equilibrio adecuado entre el grado de uniformidad deseado para los acuerdos sobre proyectos de un determinado tipo y la flexibilidad que puede necesitarse para hallar soluciones concretas para cada proyecto.

B. Preselección de los ofertantes

39. Dada la complejidad de los proyectos de infraestructura con financiación privada, la autoridad contratante tal vez desee limitar el número de ofertantes de los que posteriormente se solicitarán propuestas únicamente a los que satisfagan ciertos criterios de calificación. En la contratación pública corriente los procedimientos de preselección pueden consistir en la verificación de ciertos requisitos formales, como la prueba suficiente de capacidad técnica o experiencia en el tipo de contratación de que se trate, de tal modo que todos sus ofertantes que satisfagan los criterios de preselección sean admitidos automáticamente a la fase de licitación. En cambio, los procedimientos de preselección para proyectos de infraestructura con financiación privada pueden comprender elementos de evaluación y selección. Por tanto, no presentan el mismo grado de automatismo que caracteriza a los procedimientos de preselección normalmente aplicados para la contratación de bienes o servicios. Así puede ocurrir, por ejemplo, cuando la autoridad contratante confecciona una puntuación por orden de los ofertantes preseleccionados (véase párrafo 55).

1. Convocatoria a los procedimientos de preselección

40. A fin de promover la transparencia y la competencia, es aconsejable que la convocatoria a los procedimientos de preselección se publique en un medio con una difusión suficiente para asegurar un nivel adecuado de competencia. La legislación de muchos países prescribe las publicaciones en que deben aparecer las convocatorias a los procedimientos de preselección, que generalmente son la gaceta oficial u otras publicaciones oficiales. Con miras a fomentar la participación de empresas extranjeras y lograr la máxima competencia, la autoridad contratante tal vez desee disponer que la convocatoria a los procedimientos de preselección se publique también en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, en un periódico de gran difusión internacional

o en una publicación pertinente, o en una revista técnica o profesional de amplia circulación internacional.

41. Los documentos de preselección deben contener suficiente información para que los ofertantes puedan determinar si se trata del tipo de obras y servicios que pueden realizar o prestar y, en caso afirmativo, el modo en que pueden participar en el proceso de selección. La convocatoria a los procedimientos de preselección debe, además de indicar la infraestructura que se ha de construir o renovar, contener información sobre otros elementos esenciales del proyecto, como los servicios que ha de prestar el concesionario, los mecanismos de financiación previstos por la autoridad contratante (por ejemplo, si el proyecto se financiará íntegramente con las tasas o los de peajes de los usuarios o si se pueden proporcionar fondos públicos en forma de pagos directos, préstamos o garantías) y, si ya se conocen, un resumen de las principales condiciones requeridas del acuerdo del proyecto que se ha de celebrar como resultado de los procedimientos de selección.

42. Además, la convocatoria a los procedimientos de preselección debe contener información general análoga a la que se suele suministrar en los documentos de preselección conforme a las normas generales de contratación pública (como, por ejemplo, instrucciones para preparar y presentar solicitudes de preselección; toda prueba documental u otra información que los ofertantes tengan que presentar para demostrar sus calificaciones; la manera, lugar y el plazo para la presentación de las solicitudes).

2. Criterios de preselección

43. Por regla general, los ofertantes deberían tener que demostrar que poseen las calificaciones profesionales y técnicas, los recursos financieros y humanos, el equipo y demás medios físicos, la capacidad empresarial, la fiabilidad y la experiencia que se necesitan para ejecutar el proyecto. Otros criterios que pueden ser particularmente pertinentes para los proyectos de infraestructura con financiación privada pueden ser la capacidad de gestionar los aspectos financieros del proyecto y experiencia anterior en la explotación de infraestructura pública o en la prestación de servicios bajo supervisión regulatoria. Además, debe pedirse a los ofertantes que demuestren que pueden satisfacer los demás criterios de calificación que normalmente se aplicarían conforme a las leyes generales sobre contratación pública del país anfitrión (por ejemplo, que tienen la capacidad jurídica para celebrar el acuerdo del proyecto; que no son insolventes ni están concursados, quebrados o en vías de liquidación, que sus negocios no son administrados por un tribunal o un funcionario judicial, sus actividades comerciales no han sido suspendidas y no son objeto de actuaciones judiciales por ninguno de los mencionados conceptos; que han cumplido sus obligaciones de pagar impuestos y contribuciones a la seguridad social en el Estado; que ni las empresas ni sus administradores o directivos han sido condenados por ningún delito relacionado con su conducta profesional ni por la formulación de falsas declaraciones o presentaciones incorrectas de sus calificaciones para celebrar un contrato de contratación pública desde cierto número de años antes del inicio de los procedimientos de selección, ni han sido descalificados de otro modo como consecuencia de procedimientos administrativos de suspensión o inhabilitación).

44. La autoridad contratante debe determinar el tipo de información que han de suministrar los ofertantes para sustanciar su calificación, incluidos, por ejemplo, indicadores de calidad de su desempeño anterior como proveedores de servicios públicos o explotantes de infraestructura. Esa información puede referirse a las dimensiones y el tipo de anteriores proyectos ejecutados por los ofertantes; el nivel de experiencia del personal clave que ha de participar en el proyecto; capacidad organizativa suficiente, incluidos niveles mínimos de equipo de construcción, explotación y mantenimiento. La autoridad contratante debe exponer con cierto detalle la manera cómo los ofertantes han de demostrar su capacidad de soportar los requerimientos financieros para las fases de ingeniería, construcción y explotación del proyecto. La autoridad contratante puede solicitar que se le facilite información adecuada que demuestre la capacidad de los ofertantes de aportar al proyecto una cantidad suficiente de capital y prueba bastante de bancos acreditados que atestigüen la buena consideración financiera de los ofertantes y que éstos disponen de los recursos necesarios.

45. Un importante aspecto que debe tomar en consideración la autoridad contratante es la relación entre la adjudicación de un determinado proyecto y la política que lleve el gobierno en el sector pertinente (véase “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, ___). Cuando se fomente la competencia, a la administración pública tal vez le interese evitar que el mercado o el sector pertinente esté dominado por una empresa (por ejemplo, que la misma empresa explote más de un cierto número limitado de compañías telefónicas locales en un determinado territorio). Así pues, la autoridad contratante tal vez desee mantener la posibilidad de rechazar una determinada propuesta si llega a la conclusión de que la adjudicación del proyecto a ese ofertante en particular puede dar pie al dominio no deseado del mercado por una empresa determinada o sea un elemento de distorsión de la competencia en el sector pertinente. En aras de la transparencia, es conveniente que la ley disponga que cuando la autoridad contratante se reserve el derecho a rechazar una propuesta por tal motivo o por motivos similares, deba darse constancia de ello en la convocatoria a los procedimientos de preselección.

46. Los requisitos de calificación deben ser aplicables por igual a todos los ofertantes. La entidad contratante no debe imponer criterio, requisito o procedimiento alguno con respecto a las calificaciones de los ofertantes que no hayan sido especificadas en la documentación de preselección. Al examinar las calificaciones profesionales y técnicas de los consorcios ofertantes, la autoridad contratante debe tener en cuenta la especialización individual de los miembros del consorcio y determinar si sus calificaciones combinadas son suficientes para satisfacer las necesidades de todas las fases del proyecto.

3. Cuestiones relativas a la participación de consorcios ofertantes

47. Dada la gran magnitud de la mayoría de los proyectos de infraestructura, las empresas interesadas suelen participar en el proceso de selección a través de consorcios especialmente constituidos con ese fin. Por consiguiente, la información requerida de los miembros de los consorcios ofertantes

debe referirse al consorcio en su totalidad y a sus distintos participantes. A efectos de facilitar el enlace con la autoridad contratante, puede ser útil pedir en los documentos de preselección que cada consorcio designe a uno de sus miembros como punto focal de todas las comunicaciones con la autoridad. Es aconsejable en general que la autoridad contratante exija que los miembros de los consorcios ofertantes presenten una declaración jurada en la que se comprometan a que, si se les adjudica el contrato, quedarán obligados solidariamente por las obligaciones asumidas en nombre del consorcio dentro del acuerdo de proyecto. Otra posibilidad sería que la autoridad contratante se reservase el derecho a exigir en una etapa posterior que los miembros del consorcio seleccionado creen una entidad jurídica independiente para llevar a cabo el proyecto (véase además el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, ___).

48. Es también aconsejable que la autoridad contratante examine cuidadosamente la composición de los consorcios y sus compañías matrices. Puede ocurrir que una de ellas, directamente o mediante filiales, se una a más de un consorcio para presentar propuestas para el mismo proyecto. Esa situación no debe admitirse, ya que presenta el riesgo que se filtre información o de colusión entre consorcios que compiten, socavando así la credibilidad de los procedimientos de selección. Es, por lo tanto, aconsejable disponer en la convocatoria a los procedimientos de preselección que ninguna compañía podrá participar, directamente o mediante filiales, en más de un consorcio en los mismos procedimientos de selección. La violación de esta norma será causa de descalificación del consorcio de que se trate.

4. *Preselección y preferencias nacionales*

49. Las leyes de algunos países prevén algún tipo de trato preferencial para las entidades nacionales o dan un trato especial a los ofertantes que se comprometan a utilizar productos nacionales o emplear mano de obra local. Ese trato preferencial o especial se estipula a veces como requisito de calificación importante (por ejemplo, un porcentaje mínimo de participación nacional en el consorcio) o como condición para participar en el procedimiento de selección (por ejemplo, nombrar a un asociado local cabeza del consorcio ofertante).

50. Las preferencias nacionales pueden dar lugar a diversas cuestiones. Su uso no está permitido conforme a las directrices de algunas instituciones financieras internacionales y puede ser incompatible con obligaciones internacionales asumidas por muchos Estados en acuerdos regionales de integración económica o facilitación del comercio. Además, desde la perspectiva del país anfitrión, es además importante ponderar las ventajas previstas frente a la desventaja de privar a la autoridad contratante de la posibilidad de obtener mejores opciones para satisfacer las necesidades nacionales en materia de infraestructura. Es también importante no permitir un aislamiento total frente a la competencia extranjera, a fin de no perpetuar niveles inferiores de economía, eficiencia y competitividad de los sectores interesados de la industria nacional. Es por esta razón que muchos países que desean ofrecer algún incentivo a los proveedores nacionales, aprovechando al mismo tiempo la competencia internacional, no disponen una exclusión general de la participación extranjera ni requisitos de calificación restrictivos. Las pre-

ferencias nacionales pueden adoptar la forma de criterios de evaluación especiales que establezcan márgenes de preferencia para los ofertantes nacionales u ofertantes que se ofrezcan a adquirir suministros, servicios y productos en el mercado local. El margen de preferencia técnica, previsto en el inciso *d)* del párrafo 4) del artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI, es más transparente que los criterios objetivos de calificación o evaluación. Además, permite a la autoridad contratante favorecer a los ofertantes nacionales que estén en condiciones de alcanzar niveles y precios internacionalmente competitivos sin excluir con ello toda competencia extranjera. Cuando se prevean diferencias nacionales es aconsejable darlas a conocer por adelantado, preferiblemente en la convocatoria a los procedimientos de preselección.

5. *Contribución a los gastos de participación en el proceso de selección*

51. En algunos países puede imponerse un elevado precio por los documentos de preselección, mientras que en otros ese precio refleja únicamente los gastos de impresión de esos documentos y de su distribución entre los candidatos. También puede recurrirse a documentos de preselección de elevado precio para limitar el número de ofertantes. Sin embargo, esos documentos contribuyen al mismo tiempo a incrementar el costo ya de por sí alto de participación en el proceso de selección. Los elevados costos de preparación de propuestas para proyectos de infraestructura y los riesgos relativamente altos de que el proceso de selección no culmine con la adjudicación de un contrato pueden inducir a algunas empresas a no unirse a un consorcio para presentar una oferta, particularmente cuando desconocen los procesos de selección seguidos en el país anfitrión.

52. Por consiguiente, algunos países permiten a la autoridad contratante prever arreglos para compensar a los ofertantes preseleccionados si el proyecto no puede prosperar por razones ajenas a su voluntad o para contribuir al reintegro de los gastos que hayan realizado después de la fase de preselección, cuando se justifique en un determinado caso por su complejidad y por la perspectiva de mejorar notablemente la calidad de la competencia. Es aconsejable que, de autorizarse esa contribución o compensación, se anuncie pronto, preferiblemente en la convocatoria a los procedimientos de preselección.

6. *Procedimientos de preselección*

53. La autoridad contratante debe dar respuesta a toda solicitud de aclaración de la documentación de preselección que reciba de consorcios ofertantes con antelación razonable al vencimiento del plazo fijado para la presentación de solicitudes. La entidad contratante debe responder dentro de un plazo razonable que permita a los ofertantes presentar a tiempo sus solicitudes. La respuesta a toda solicitud que quepa razonablemente prever que será de interés para otros ofertantes debe comunicarse, sin revelar el autor de la petición, a todos los ofertantes a los que la autoridad contratante haya entregado la documentación de preselección.

54. En algunos países se anima a las autoridades adjudicadoras a limitar las propuestas seleccionables al número más bajo posible que sea suficiente para garantizar una com-

petencia significativa (por ejemplo, tres o cuatro). Con ese fin, algunos países aplican una escala de evaluación de criterios técnicos, administrativos y financieros, teniendo en cuenta la naturaleza del proyecto. Los criterios cuantitativos de preselección resultan más fácilmente aplicables y transparentes que los criterios cualitativos, que entrañan la utilización de puntos meritorios. No obstante, al arbitrar un sistema de calificación cuantitativa, es importante evitar una limitación innecesaria de la discrecionalidad de la autoridad contratante para evaluar las calificaciones de los ofertantes. La autoridad contratante tal vez necesite tener en cuenta además el hecho de que las directrices de algunas instituciones financieras multilaterales en materia de adquisiciones públicas prohíben la utilización de procedimientos de preselección orientados a limitar el número de ofertantes a un número predeterminado. En cualquier caso, cuando haya de utilizarse uno de esos sistemas de calificación, esa circunstancia debe expresarse claramente en los documentos de preselección.

55. Una vez concluida la fase de preselección, la autoridad contratante suele elaborar una breve lista con los nombres de los ofertantes preseleccionados a los que se solicitará ulteriormente que presenten ofertas. Las autoridades adjudicadoras tienen que hacer frente a veces a un problema de orden práctico cuando se sugieren cambios en la composición de los consorcios ofertantes durante el proceso de selección. Desde el punto de vista de la autoridad contratante se aconseja en general prudencia ante las propuestas de sustitución de los miembros de los consorcios ofertantes una vez concluida la fase de preselección. Los cambios de composición de los consorcios pueden alterar sustancialmente la situación en que la autoridad contratante se basó para seleccionar a los consorcios ofertantes preseleccionados y pueden suscitar dudas sobre la integridad del proceso de selección. Debe cumplirse la regla general de que sólo puedan participar en la fase de selección los ofertantes seleccionados, a menos que la autoridad contratante pueda cerciorarse de que el nuevo miembro de un consorcio cumple los criterios de preselección prácticamente del mismo modo que el antiguo miembro del consorcio.

56. Aunque no hay que ponderar de nuevo en la fase de evaluación los criterios utilizados para preseleccionar los ofertantes, la autoridad contratante tal vez desee reservarse el derecho de solicitar, en cualquier etapa del proceso de selección, que los ofertantes vuelvan a demostrar sus calificaciones de conformidad con los mismos criterios utilizados para preseleccionarlos.

C. Procedimientos para solicitar propuestas

57. En la presente sección se examinan los procedimientos para solicitar propuestas de los ofertantes preseleccionados. Los procedimientos aquí descritos son análogos a los procedimientos para solicitar propuestas conforme al método preferido por los servicios de contratación previstos en la Ley Modelo de la CNUDMI, con algunas adaptaciones precisas para satisfacer las necesidades de las autoridades contratantes que adjudican proyectos de infraestructura.

1. Fases del procedimiento

58. Tras la preselección de los ofertantes, es aconsejable que la autoridad contratante examine su estudio inicial de

viabilidad y la definición de los requisitos en resultados exigidos y se plantee la eventual necesidad de revisar esos requisitos en función de la información obtenida durante el proceso de preselección. En esta fase, la autoridad contratante ya debe haber determinado si se utilizará un procedimiento en una o dos fases para solicitar propuestas; si se pedirá a los ofertantes que formulen propuestas sobre la base de los indicadores de rendimiento o especificaciones técnicas y, en este último caso, si se estudiarán otras posibles especificaciones.

a) Procedimiento en una sola etapa

59. La decisión entre recurrir a un procedimiento en una sola etapa y otro en dos etapas para la solicitud de propuestas dependerá de la naturaleza del contrato, de hasta qué punto puedan definirse con precisión los requisitos técnicos y si se utilizan los resultados en materia de producción (o indicadores de rendimiento) para la selección del concesionario. Si se estima viable y deseable que la autoridad contratante formule indicadores de rendimiento o especificaciones técnicas con el grado necesario de precisión o finalidad, el proceso de selección puede estructurarse como un procedimiento en una sola etapa, en cuyo caso, una vez concluida la preselección de los ofertantes, la autoridad contratante procedería directamente a emitir una solicitud definitiva de propuestas (véanse párrafos 65 a 74).

b) Procedimiento en dos etapas

60. Hay, sin embargo, casos en los que quizá no sea viable que la autoridad contratante formule su solicitud con especificaciones técnicas o indicadores de rendimiento suficientemente detallados y precisos para permitir que se formulen, evalúen y comparen uniformemente propuestas sobre la base de esas especificaciones y esos indicadores. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando la autoridad contratante no ha determinado el tipo de insumo técnico y material que sería adecuado para el proyecto de que se trate (por ejemplo, el tipo de material de construcción que se ha de utilizar). En esos casos, puede considerarse poco conveniente, desde el punto de vista de obtener la obra más valiosa, que la autoridad contratante proceda sobre la base de especificaciones o indicadores elaborados sin haber mantenido conversaciones con los ofertantes en cuanto a las capacidades exactas y las posibles variaciones de lo que se ofrezca. Con ese fin la autoridad contratante tal vez desee dividir los procedimientos de selección en dos etapas y conceder cierto margen de flexibilidad para las conversaciones con los ofertantes.

61. Cuando el procedimiento de selección se divide en dos etapas, la solicitud inicial de propuestas suele invitar a los ofertantes a presentar propuestas relativas a unas especificaciones de producción y otras características del proyecto, así como a las condiciones contractuales previstas. La invitación a formular ofertas permitiría a los ofertantes presentar sus propias soluciones para satisfacer la necesidad concreta en materia de infraestructura de conformidad con normas de servicio definidas. Las propuestas presentadas en esta etapa consistirán normalmente en soluciones sobre la base de un diseño conceptual o indicadores de rendimiento, sin indicar elementos financieros, como la tarifa o el nivel de remuneración esperados.

62. En la medida en que la autoridad contratante ya conoce las condiciones de los acuerdos contractuales, éstas deben incluirse en la solicitud de propuestas, posiblemente en forma de borrador del acuerdo de proyecto. Es importante conocer ciertas condiciones contractuales, como la asignación del riesgo prevista por la autoridad contratante, a fin de que los ofertantes formulen sus propuestas y examinen la “bancabilidad” del proyecto con los posibles prestamistas. La respuesta inicial a esas condiciones contractuales, en particular la asignación de riesgos prevista por la autoridad contratante, puede ayudar a ésta a evaluar la viabilidad del proyecto tal como se concibió originalmente. Sin embargo, es importante distinguir entre el procedimiento para solicitar propuestas y la negociación del contrato final, después de que el proyecto ha sido adjudicado. La finalidad de esta etapa inicial es permitir a la autoridad contratante que formule posteriormente su solicitud de manera que haga posible el desarrollo de una competencia final sobre la base de un único conjunto de parámetros. La invitación a formular propuestas iniciales en esta etapa no debe llevar a una negociación de las condiciones del contrato antes de su adjudicación definitiva.

63. A continuación, la autoridad contratante puede convocar una reunión de ofertantes para aclarar dudas sobre la solicitud de propuestas y la documentación adjunta. En la primera etapa, la autoridad contratante puede emprender conversaciones con cualquier ofertante sobre un determinado aspecto de su propuesta. La autoridad contratante debe tratar las propuestas de modo que no se revele su contenido a los ofertantes rivales. Es preciso que las conversaciones sean confidenciales y que ninguna de las partes en ellas, revele a un tercero información técnica, financiera o de otra índole sobre las conversaciones sin el consentimiento de la otra parte.

64. Tras esas conversaciones, la autoridad contratante debe examinar y, en su caso, revisar las especificaciones iniciales de resultados. Al formular las especificaciones revisadas, la autoridad debe poder suprimir o modificar cualquier aspecto de las características técnicas o de calidad del proyecto inicialmente enunciadas en la solicitud de propuestas, así como cualquier criterio inicialmente especificado en esos documentos para evaluar y comparar propuestas. Toda supresión, modificación o adición debe comunicarse a los ofertantes en la invitación a presentar propuestas finales. Los ofertantes que no deseen presentar propuestas finales deben poder retirarse del proceso de selección sin perder ninguna garantía que hayan tenido que aportar.

2. Contenido de la solicitud de propuestas definitivas

65. En la etapa final, la autoridad contratante debe invitar a los ofertantes a que presenten propuestas definitivas con respecto a los indicadores de rendimiento (o las especificaciones técnicas, según corresponda) y las condiciones contractuales revisadas.

66. La solicitud de propuestas ha de contener en general toda la información necesaria que proporcione una base para permitir a los ofertantes presentar propuestas que satisfagan las necesidades de la autoridad contratante y que ésta pueda comparar de manera objetiva y equitativa.

a) Información general a los ofertantes

67. La información general a los ofertantes debe abarcar, según corresponda, los conceptos que de ordinario se incluyen en los documentos de solicitud o en las solicitudes de propuestas para la adquisición de bienes, obras y servicios (véanse, por ejemplo, los artículos 27 y 38 de la Ley Modelo de la CNUDMI). Comprende, por ejemplo:

a) Instrucciones para preparar y presentar propuestas, incluidos la manera, el lugar y el plazo para la presentación de propuestas y el período de vigencia de las propuestas, así como los requisitos en materia de garantías de la oferta;

b) Los medios por los cuales los ofertantes pueden pedir aclaraciones sobre la solicitud de propuestas, y una declaración de si la autoridad contratante se propone, en esta etapa, convocar una reunión de ofertantes;

c) El lugar, la fecha y la hora para la apertura de las propuestas y los procedimientos que se seguirán para abrir y examinar las propuestas;

d) La manera como se evaluarán las propuestas. Es particularmente importante la revelación de los criterios que utilizará la autoridad contratante para determinar cuál es la propuesta vencedora, incluso el margen de preferencia y los criterios distintos del precio que se utilizarán, así como el peso relativo de esos criterios (véanse párrafos 83 a 86).

68. Si se admiten propuestas alternativas, incluidas las variaciones a los elementos no imperativos de la solicitud de propuestas, la autoridad contratante tiene que indicar la manera cómo se compararán y evaluarán. Las propuestas alternativas deben rechazarse si no están acompañadas de una propuesta plenamente ajustada a la solicitud. Cuando la autoridad contratante se reserve además el derecho a rechazar todas las propuestas, sin incurrir en responsabilidad frente a los ofertantes, como la indemnización de sus gastos de preparación y presentación de propuestas, hay que incluir en la solicitud de propuestas una indicación en ese sentido.

b) Especificaciones técnicas e indicadores de rendimiento

69. El grado en que se detallan las especificaciones, así como el adecuado equilibrio entre los elementos de insumo y producto, estará influido por consideraciones de aspectos como el tipo y la titularidad de la infraestructura y la asignación de responsabilidades entre los sectores público y privado (véanse párrafos 25 y 26). Es generalmente aconsejable que la autoridad contratante tenga presentes esas necesidades a largo plazo del proyecto y que formule sus especificaciones de manera tal que le permitan obtener información suficiente para seleccionar al ofertante que ofrezca la más alta calidad de los servicios en las mejores condiciones económicas.

70. En general, cuando la autoridad contratante invita a formular propuestas sobre la base de un único conjunto de especificaciones técnicas, la solicitud de propuestas suele contener la siguiente información:

a) Descripción de las obras y servicios que se han de realizar, con inclusión de especificaciones técnicas, planos, dibujos y diseños;

b) La ubicación en que se ha de hacer la construcción y los servicios que se han de prestar;

c) El calendario para la ejecución de las obras y la prestación de los servicios;

d) Los requisitos técnicos para la explotación y el mantenimiento de la instalación.

71. Cuando la autoridad contratante solicita propuestas sobre la base de indicadores de rendimiento, es importante formularlos de manera que definan adecuadamente la producción y el rendimiento requeridos sin ser demasiado prescriptivos sobre la manera como éstos deben alcanzarse. Los indicadores de rendimiento abarcan comúnmente temas como los siguientes:

a) Descripción del proyecto y producción prevista. Cuando los servicios requieran edificios concretos, como una terminal de transporte o un aeropuerto, la autoridad contratante tal vez no desee proporcionar más que conceptos generales de planificación para la división del emplazamiento, como zonas de utilización a título ilustrativo, en lugar de planos que indiquen la planta de cada edificio, como sería el caso normalmente en la contratación tradicional de servicios de construcción;

b) Normas mínimas aplicables de diseño y rendimiento, incluidas normas apropiadas sobre el medio ambiente. Las normas de rendimiento se suelen formular en términos de la cantidad y la calidad deseados de la producción de la instalación. Las propuestas que se aparten de las normas de rendimiento pertinentes deben considerarse como no ajustadas;

c) Requisitos para la ampliación del servicio;

d) Calidad del mantenimiento de las instalaciones;

e) Atención a los clientes;

f) Solidez económica y financiera del concesionario.

72. Cada uno de los indicadores de rendimiento antes indicados puede hacer preciso que los ofertantes presenten información adicional, según el proyecto que se adjudique. Por ejemplo, para la adjudicación de la concesión de la distribución de electricidad en determinada región, pueden contener normas técnicas mínimas como: a) fluctuación del voltaje (y de la frecuencia) específica por lo que se refiere al consumidor; b) duración de las interrupciones del servicio (expresada en horas por año); c) frecuencia de las interrupciones (expresada en un número por año); d) pérdidas; e) días necesarios para conectar a un nuevo cliente; f) normas comerciales para la relación con el consumidor (por ejemplo, días acordados para pagar las facturas, para volver a conectar instalaciones, para responder a la reclamación de los consumidores).

c) *Condiciones contractuales*

73. Es aconsejable que los documentos de licitación contengan alguna indicación sobre cómo la autoridad contratante prevé asignar los riesgos del proyecto. Esto es importante para fijar los términos del debate de las negociaciones detalladas sobre el acuerdo de proyecto. Si se deja totalmente abierta la asignación de riesgos, es probable que los ofertantes reaccionen tratando de minimizar los riesgos que aceptan, lo que puede frustrar el propósito de buscar inversiones privadas para desarrollar el proyecto. Además, la soli-

itud de propuestas debe contener información sobre los elementos esenciales de los arreglos contractuales previstos por la autoridad contratante, como:

a) La duración de la concesión o invitaciones a los ofertantes a que presenten propuestas sobre la duración de la concesión;

b) Fórmula e índices de precios que se utilizarán en los ajustes de las tarifas;

c) Respaldo público e incentivos para las inversiones, si los hay;

d) Caucciones requeridas;

e) Requisitos de los órganos reguladores, si los hay;

f) Normas y reglamentos monetarios que rigen las remesas de divisas;

g) Sistemas de reparto de los ingresos, si los hay;

h) Indicación de las categorías de bienes que el concesionario estará obligado a transferir a la autoridad contratante o poner a disposición de un concesionario sucesor al final del período de duración del proyecto;

i) Cuando se elija a un nuevo concesionario para explotar una infraestructura ya existente, una descripción de los activos y propiedades que se pondrán a su disposición;

j) Las posibles fuentes alternativas, complementarias o secundarias de ingresos (por ejemplo, concesiones para la explotación de la infraestructura existente), de haberlos, que puedan ofrecerse al ofertante victorioso.

74. A fin de determinar claramente el alcance de las negociaciones que se desarrollarán tras la evaluación de las propuestas (véanse párrafos 92 y 93), la solicitud de propuestas definitiva debe indicar cuáles son las condiciones del acuerdo de proyecto que se estiman no negociables.

3. *Aclaraciones y modificaciones*

75. Es conveniente establecer procedimientos para aclarar y modificar la solicitud de propuestas de modo que el proceso de selección sea eficiente y equitativo y dé buenos resultados. El derecho de la autoridad contratante a modificar la solicitud de propuestas es importante para que pueda obtener lo necesario para atender sus necesidades. También es conveniente autorizar a la autoridad contratante, a que por iniciativa propia o a raíz de una solicitud de aclaración por parte de un ofertante, modifique la solicitud de propuestas publicando un suplemento antes de que finalice el plazo para la presentación de propuestas. Sin embargo, en caso de enmiendas amplias de la solicitud de propuestas, puede ser necesario prorrogar el plazo para la presentación de propuestas.

76. Por regla general, la autoridad contratante debe comunicar sin demora a todos los ofertantes a los que hizo llegar la solicitud de propuestas todas las aclaraciones, las preguntas que dieron lugar a las aclaraciones y las modificaciones. Si la autoridad adjudicadora convoca una reunión de ofertantes, deberá preparar actas de la reunión en que figuren las peticiones de aclaración de la solicitud de propuestas que se hayan presentado en la reunión, así como las respuestas que haya dado, sin indicar el origen de las solicitudes, y enviar copias a los ofertantes.

4. Contenido de las propuestas definitivas

a) Propuestas técnicas

77. Las propuestas técnicas que han de presentar los oferentes deben contener la siguiente información:

a) Viabilidad operacional del proyecto, que debe indicar la organización, los métodos y los procedimientos propuestos para la explotación y el mantenimiento del proyecto objeto de licitación;

b) Solidez técnica del diseño preliminar de la ingeniería, incluido el calendario de obras propuesto;

c) Evaluación ambiental preliminar, en que se indiquen los posibles efectos negativos del proyecto sobre el medio ambiente y las medidas correspondientes para moderarlos;

d) Costo del proyecto y gastos de explotación y mantenimiento necesarios, y plan de financiación propuesto (aportación de capital propuesta, endeudamiento);

e) Garantías de la oferta (véanse párrafos 81 y 82).

78. Es conveniente que la autoridad contratante exija que las propuestas definitivas presentadas por los oferentes contengan pruebas de la conformidad de los prestamistas preferidos por el oferente respecto de las condiciones comerciales y la asignación de riesgos propuestas, esbozadas en la solicitud de propuesta. Ese requisito puede desempeñar un papel útil para resistir las presiones tendientes a reabrir las condiciones comerciales en la etapa de las negociaciones finales. En algunos países, se requiere de los oferentes que rubriquen y devuelvan a la autoridad contratante el borrador de acuerdo de proyecto junto con sus propuestas definitivas como confirmación de que aceptan todas las condiciones respecto de las cuales no propusieron modificaciones concretas.

b) Propuestas financieras

79. Para proyectos en los que se prevé que los ingresos del concesionario consistirán principalmente en peajes, tasas u otros pagos de los clientes o usuarios de la infraestructura, la propuesta financiera debe indicar la estructura tarifaria propuesta. Para proyectos en los que se prevé que los ingresos del concesionario consistan principalmente en pagos efectuados por la autoridad contratante u otro organismo público para amortizar la inversión del concesionario, la propuesta financiera tiene que indicar los pagos de amortización propuestos y el período de devolución de la deuda. Además, para ambos casos, las propuestas financieras deben contener:

a) El valor presente de las tasas o pagos de amortización propuestos, basado en la tasa de descuento y el tipo de cambio de las divisas prescrito en los documentos de oferta;

b) La duración propuesta de la concesión, si no se especifica en la solicitud de propuesta;

c) El nivel de respaldo financiero público que el proyecto necesita, incluida, según corresponda la subvención o la garantía que se espera de la autoridad contratante;

d) La dimensión de los riesgos asumidos por los oferentes durante la fase de construcción y explotación, incluidos acontecimientos no previstos, seguros, inversión de capital social y otras garantías contra esos riesgos.

c) Estudios de viabilidad

80. Los estudios de viabilidad son particularmente importantes en los proyectos de infraestructura con financiación privada y deben abarcar, por ejemplo, los siguientes aspectos:

a) *La viabilidad comercial.* Particularmente en proyectos financiados con garantías limitadas o nulas, es esencial establecer la necesidad de resultados del proyecto y evaluar y proyectar esas necesidades sobre todo el período de duración propuesto del proyecto, incluida la demanda prevista (por ejemplo, las previsiones de tráfico para las carreteras) y la determinación de precios (por ejemplo, los peajes);

b) *El diseño de ingeniería y la viabilidad operacional.* Debe pedirse a los oferentes que demuestren la idoneidad de la tecnología que propongan, incluidos el equipo y los procesos, teniendo en cuenta las condiciones nacionales, locales y ecológicas, la probabilidad de que se logren los resultados planeados y la idoneidad de los métodos y calendarios de construcción. En ese estudio deben definirse también la organización, los métodos y los procedimientos propuestos para la explotación y el mantenimiento de la instalación, una vez construida;

c) *La viabilidad financiera.* Debe pedirse a los oferentes que indiquen las fuentes propuestas de financiación para las fases de construcción y explotación, incluidos el capital de la deuda y la inversión en capital social. Si bien en la mayoría de los casos el préstamo y los demás arreglos de financiación no se ejecutan hasta después de la firma del acuerdo sobre el proyecto, debe pedirse a los oferentes que presenten suficientes pruebas de que los proveedores de fondos están dispuestos a proporcionar la financiación especificada. En algunos países, se pide asimismo a los oferentes que indiquen la tasa interna prevista de beneficios en relación con el costo efectivo del capital derivado de los arreglos financieros propuestos. Con esta información, se espera que la autoridad contratante esté en condiciones de juzgar si las tarifas o los precios propuestos que cobrará el concesionario y sus posibles incrementos ulteriores son razonables y asequibles;

d) *El impacto ecológico.* En ese estudio deben determinarse los posibles efectos negativos o adversos del proyecto para el medio ambiente, indicando las medidas correctivas que será preciso adoptar.

d) Garantías de la oferta

81. Es aconsejable que las leyes o reglamentaciones que rijan el proceso de selección autoricen a la autoridad adjudicadora a pedir a los consorcios del proyecto que presenten una garantía de la oferta para cubrir las pérdidas en caso de que se retiren las propuestas o de que el consorcio seleccionado no concierte un acuerdo sobre el proyecto.

82. Es aconsejable que en la solicitud de propuesta se indiquen los requisitos de la autoridad contratante con respecto al emisor y a la naturaleza, la forma, el importe y otras condiciones importantes de toda garantía de la oferta que hayan de dar los oferentes que presenten propuestas. A efectos de asegurar un trato equitativo para todos los oferentes, los requisitos que se refieran directa o indirectamente a la conducta del oferente que presente la propuesta no deben referirse a otros aspectos que: la retirada o la modificación de la pro-

puesta después del plazo para su presentación o antes del plazo, si así se estipuló en la solicitud de propuestas; falta de acuerdo financiero final; omisión en firmar el acuerdo de proyecto cuando la autoridad contratante lo pida, y omisión en proporcionar una garantía solicitada de cumplimiento del acuerdo de proyecto después de aceptada la propuesta o en cumplimiento de cualquier otra condición previa a la firma especificada en la solicitud de propuestas. Deben preverse salvaguardias para velar por que sólo se imponga un requisito equitativo de garantía de la oferta y con el fin perseguido⁶.

5. Criterios de evaluación

83. El Comité adjudicador debe calificar los elementos técnicos y financieros de cada propuesta de acuerdo con los sistemas de puntuación anteriormente divulgados para los criterios técnicos de evaluación y precisar por escrito las razones de la calificación. En general, es importante que la autoridad contratante consiga un equilibrio adecuado entre los criterios de evaluación referentes a la inversión física (por ejemplo, las obras en construcción) y los relacionados con la explotación de la infraestructura y la calidad de los servicios que ha de prestar el concesionario. Debe hacerse suficiente hincapié en las necesidades a largo plazo de la autoridad contratante, en particular la necesidad de garantizar la prestación permanente del servicio al nivel de calidad y seguridad requerido.

84. Los criterios técnicos de evaluación están concebidos para facilitar la valoración de la viabilidad técnica, operacional, ambiental y financiera de la propuesta en relación con especificaciones, indicadores y requisitos prescritos en los documentos de licitación. En la medida en que sea practicable, los criterios técnicos aplicados por la autoridad contratante deben ser objetivos y cuantificables, para que se puedan evaluar objetivamente las propuestas y compararlas entre sí sobre una base común. Esto reduce el margen para las decisiones discrecionales o arbitrarias. Los reglamentos que rijan el proceso de selección deben pormenorizar cómo han de formularse y aplicarse esos factores. Las propuestas técnicas para los proyectos de infraestructura con financiación privada se evalúan normalmente con arreglo a los siguientes criterios:

a) *Solidez técnica.* Si la autoridad contratante ha determinado un diseño mínimo de ingeniería y especificaciones o normas de funcionamiento, el diseño básico del proyecto debe ajustarse a esas especificaciones o normas. Ha de requerirse a los ofertantes que demuestren la solidez de los métodos y programas de construcción propuestos;

b) *Viabilidad operacional.* La organización, los métodos y los procedimientos propuestos para explotar y mantener la instalación terminada deben estar bien definidos, han de ajustarse a las normas de funcionamiento prescritas y hay

que demostrar que son funcionales. Cuando sea posible, ha de preverse la transferencia de la tecnología utilizada en cada una de las fases del proyecto;

c) *Calidad de los servicios.* Los criterios de evaluación utilizados por la autoridad contratante pueden abarcar un análisis de la manera en que los ofertantes se comprometen a mantener y ampliar el servicio, incluidas las garantías ofrecidas para asegurar su continuidad;

d) *Normas ambientales.* El diseño y la tecnología propuestos del proyecto que se han de utilizar en el proyecto han de estar de acuerdo con las normas ambientales expuestas en la solicitud de propuestas. Hay que precisar debidamente todo efecto negativo o adverso sobre el medio ambiente que resulte del proyecto propuesto por los ofertantes, incluidas las medidas de corrección o moderación correspondientes;

e) *Viabilidad financiera.* Las propuestas técnicas deben demostrar que el plan de financiación propuesto es suficiente para sufragar los costos de la construcción, la explotación y el mantenimiento del proyecto. La autoridad contratante tiene que evaluar si las propuestas de financiación de los ofertantes cubren suficientemente las necesidades del proyecto en materia de costos;

f) *Incentivos financieros.* Otras condiciones que el proponente del proyecto pueda ofrecer para hacer más atractivas las propuestas, como un reparto de utilidades con la autoridad contratante, menos garantías públicas o la reducción del nivel de respaldo del gobierno.

85. Además de los criterios para la evaluación técnica de las propuestas, la autoridad contratante necesita definir criterios para evaluar y comparar las propuestas financieras. Para proyectos en los que se prevé que los ingresos del concesionario consistan principalmente en peajes, tasas u otros pagos de los clientes o usuarios de la infraestructura, la evaluación y la comparación de los elementos financieros de las propuestas definitivas se suelen basar en el valor actualizado de los peajes, tasas, arriendos y otros pagos propuestos durante el período de concesión conforme al diseño mínimo y las normas de funcionamiento prescritos. Para proyectos en los que se prevé que los ingresos del concesionario consistan principalmente en pagos de la autoridad contratante para amortizar la inversión del concesionario, la evaluación y la comparación de los elementos financieros de las propuestas definitivas se basan normalmente en el valor actualizado del calendario de pagos de amortización propuesto para que la instalación se construya conforme al diseño mínimo y las normas de funcionamiento, planos y especificaciones prescritos. No obstante, la evaluación por la autoridad contratante de los elementos financieros de las propuestas definitivas no debe limitarse a una comparación de los precios unitarios ofrecidos para la producción prevista. A fin de ponderar adecuadamente la viabilidad financiera de las propuestas y la probabilidad de posteriores aumentos de los precios propuestos, puede que hayan de tenerse en cuenta otros criterios más, como los costos de las actividades de diseño y construcción; los costos anuales de explotación y mantenimiento; el valor actualizado de los costos de capital y de explotación, y la cuantía de la subvención, de haberla, que se espera recibir del gobierno.

86. La evaluación de las propuestas financieras varía en forma y complejidad según la manera en que se realice la

⁶El artículo 32 de la Ley Modelo de la CNUDMI prevé ciertas salvaguardias importantes, concretamente el requisito de que la autoridad adjudicadora no reclame el pago de la garantía de la oferta y devuelva o haga devolver sin demora el título de la garantía tan pronto como se dé la primera de las siguientes circunstancias: a) la expiración de la garantía de la oferta; b) la entrada en vigor del acuerdo sobre el proyecto y la constitución de una garantía de cumplimiento del contrato, si la solicitud de propuestas lo exige; c) la terminación del proceso de selección sin que haya entrado en vigor un acuerdo sobre el proyecto, o d) la retirada de la propuesta antes de haber vencido el plazo para la presentación de propuestas, a menos que en la solicitud de propuestas se disponga que no se permite tal retirada.

participación privada que se busca. En algunos casos, la propuesta financiera puede abarcar el costo de la financiación ofrecida por los ofertantes; en este caso debe definirse en la solicitud de propuestas la necesidad de financiación y la manera cómo se considerará en la evaluación de éstas. Al establecer los criterios para la evaluación de las propuestas financieras, es importante que la autoridad contratante examine cuidadosamente la importancia relativa como criterio de evaluación del precio unitario propuesto de la producción prevista. Aunque el precio unitario es un factor importante para cerciorarse de la objetividad y la transparencia de la elección entre propuestas igualmente satisfactorias, es necesario observar que la noción de “precio” no tiene comúnmente el mismo valor para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada que en la contratación de bienes y servicios. En realidad, la remuneración del concesionario es a menudo el resultado combinado de las tasas pagadas por los usuarios, las fuentes secundarias de ingresos y las subvenciones o pagos directos de la entidad pública que adjudica el contrato. En consecuencia, si bien el precio unitario de la producción prevista conserva su papel como elemento importante para comparar las propuestas, no siempre se considera el factor más importante.

6. *Presentación, apertura, comparación y evaluación de las propuestas*

87. Debe requerirse que las propuestas se presenten por escrito, firmadas y en sobre sellado. Las propuestas recibidas por la autoridad contratante después de vencido el plazo para la presentación no han de ser abiertas y deben devolverse al ofertante que las presentó.

88. Con la finalidad de garantizar la transparencia, las leyes nacionales prescriben a menudo procedimientos formales para la apertura de las propuestas, por lo común en un momento anteriormente especificado en la solicitud de propuestas, y exigen que la autoridad contratante permita a los ofertantes que hayan presentado propuestas, o sus representantes, asistir a la apertura de las propuestas. Ese requisito contribuye a reducir al mínimo el riesgo de que las propuestas puedan ser modificadas o que de otro modo se manipulen, y representa una importante garantía de la integridad de los procedimientos.

89. Vista la complejidad de los proyectos de infraestructura con financiación privada y la diversidad de los criterios de evaluación normalmente aplicados en la adjudicación del proyecto, en algunos países se pide a los ofertantes que formulen y presenten sus propuestas técnicas y financieras en dos sobres distintos. El sistema de los dos sobres se utiliza alguna vez porque permite a la autoridad contratante evaluar la calidad técnica de las propuestas sin verse influenciada por sus componentes financieros. Sin embargo, se ha criticado el método como contrario al objetivo de hacer economías en la adjudicación de contratos públicos. En particular se ha dicho que constituye un riesgo el que, al seleccionar inicialmente las propuestas sólo sobre la base del mérito técnico y sin hacer referencia al precio, una autoridad contratante puede sentirse tentada a escoger, al abrir el primer sobre, propuestas que ofrezcan obras técnicamente superiores y rechazar propuestas con soluciones menos perfeccionadas que satisfacen no obstante las necesidades de la autoridad contratante a un costo general inferior. Las instituciones finan-

cias internacionales, como el Banco Mundial, no aceptan el sistema de los dos sobres para los proyectos que financian, por la preocupación de que el sistema da lugar a un nivel más elevado de discrecionalidad en la evaluación de las propuestas y hace más difícil compararlas de manera objetiva.

90. Como solución alternativa a la utilización del sistema de los dos sobres, las autoridades adjudicantes pueden pedir que las propuestas tanto técnicas como financieras figuren en una única propuesta, pero estructurar su evaluación en dos etapas, como en el procedimiento de evaluación previsto en el artículo 42 de la Ley Modelo de la CNUDMI. En una primera etapa, la autoridad contratante fija normalmente un umbral con respecto a la calidad y los aspectos técnicos que han de quedar reflejados en las propuestas técnicas, de conformidad con los criterios de ese orden expuestos en las propuestas, y califica cada propuesta de conformidad con esos criterios y el peso relativo y la manera de aplicar esos criterios expuestos en la solicitud de propuestas. La autoridad contratante compara entonces las propuestas financieras que han alcanzado una calificación a la altura o por encima de ese umbral. Cuando las propuestas técnicas y financieras hayan de evaluarse consecutivamente, la autoridad contratante debe primeramente averiguar si las propuestas técnicas se atienen en principio a la solicitud de propuestas (por ejemplo, si se refieren a todos los conceptos a los que se pide que se ajusten las propuestas técnicas). Deben rechazarse en esta etapa las propuestas incompletas o parciales, así como las que se aparten de la solicitud de propuestas. Aunque la autoridad contratante puede pedir a los ofertantes aclaraciones sobre sus propuestas, no debe buscarse, ofrecerse ni permitirse cambios en un aspecto sustancial de la propuesta, incluidos los que tienden a hacer que una propuesta inadecuada se vuelva adecuada.

91. Además de decidir si se utiliza el sistema de los dos sobres o el de evaluación en dos etapas, es importante que la autoridad contratante revele el peso relativo que se asignará a cada criterio de evaluación y la manera como se aplicará en la evaluación de las propuestas. Cabe utilizar dos enfoques posibles para alcanzar un equilibrio adecuado entre los aspectos financieros y técnicos de las propuestas. Un enfoque posible es considerar más ventajosa la propuesta que obtiene la calificación combinada más alta respecto de los criterios de evaluación referentes al precio y los de otro orden. Otra posibilidad es que el precio propuesto de la producción (por ejemplo, la tarifa de agua o electricidad, la cuantía de los peajes) sea el factor decisivo para determinar la propuesta vencedora entre las adecuadas (es decir, las que han pasado el umbral con respecto a la calidad de los aspectos técnicos). En cualquier caso, a fin de promover la transparencia del proceso de selección y evitar un uso impropio de los criterios de evaluación distintos del precio, es aconsejable pedir al comité de adjudicación que proporcione una justificación por escrito de sus razones para seleccionar una propuesta distinta de la que ofrezca el precio unitario inferior de la producción.

7. *Negociaciones finales*

92. La autoridad contratante debe clasificar todas las propuestas conformes sobre la base de los criterios de evaluación enunciados en la solicitud de propuestas y convocar a una negociación final del acuerdo de proyecto al ofertante que haya obtenido la calificación más alta o, en su caso, al

que haya ofrecido el precio más bajo para el producto entre todos los consorcios que hayan superado el nivel mínimo en los aspectos técnicos. Las negociaciones finales deben circunscribirse a fijar los últimos detalles de la documentación de la operación y satisfacer las peticiones razonables de los prestamistas del ofertante elegido. Un problema particular que se plantea a las autoridades adjudicadoras es el peligro de que en las negociaciones con el ofertante seleccionado se produzcan presiones para enmendar, en detrimento de la administración pública o de los consumidores, el precio o el reparto de riesgos inicialmente previstos en la propuesta. No deben permitirse cambios de los elementos esenciales de la propuesta, ya que pueden desvirtuar los parámetros conforme a los cuales se presentaron y calificaron las propuestas. Así pues, las negociaciones que se lleven a cabo en esta etapa no pueden versar sobre las condiciones del contrato que en la solicitud final de propuestas no se consideraban negociables. El riesgo de reabrir las condiciones comerciales en esta etapa tardía podría reducirse aún más insistiendo en que los prestamistas del ofertante seleccionado manifestasen su conformidad con la asignación de riesgos contenida en su oferta en una etapa en la que hubiese competencia entre ofertantes (véase párrafo 78). Los asesores financieros de la autoridad contratante podrían contribuir a este proceso avisando si las propuestas de los ofertantes son realistas y qué niveles de compromiso financiero son apropiados para cada etapa. El proceso mismo de alcanzar un acuerdo financiero puede tomar mucho tiempo.

93. La autoridad contratante debe informar a los demás ofertantes con propuestas conformes que podrán ser convocados a negociaciones si las negociaciones con el ofertante mejor calificado no culminan con un acuerdo sobre el proyecto. Si la autoridad contratante se perca de que las negociaciones con el ofertante invitado no prosperarán ni darán lugar a un acuerdo de proyecto, la autoridad debe informar a ese ofertante de que pone fin a las negociaciones y proceder a invitar a negociaciones al siguiente ofertante con la mejor calificación hasta que llegue a un acuerdo sobre el proyecto o rechace todas las propuestas restantes. A fin de evitar la posibilidad de abuso y de demoras innecesarias, la entidad contratante no debe reemprender negociaciones con un ofertante ya descartado.

8. Aviso de la adjudicación de un proyecto

94. Los acuerdos de proyecto contienen a menudo disposiciones que interesan directamente no sólo a la autoridad contratante y al concesionario sino también a otras partes que podrían tener un interés legítimo en ser informadas de ciertos elementos esenciales del proyecto. Así ocurre especialmente con los proyectos en que se presta un servicio directamente al público en general. Por razones de transparencia, puede ser aconsejable establecer procedimientos para dar a conocer las cláusulas del acuerdo sobre el proyecto que sean de interés público. Un posible procedimiento puede consistir en requerir a la autoridad contratante que publique un aviso de la adjudicación del proyecto en el que figuren, entre otras cosas, los siguientes elementos: *a)* el nombre del concesionario; *b)* los anexos y documentos adjuntos que formen parte del acuerdo; *c)* una descripción de las obras que realizará y los servicios que prestará el concesionario; *d)* la duración de la concesión; *e)* la estructura de las tarifas; *f)* los derechos y obligaciones del concesionario y las garantías que debe

aportar; *g)* los derechos de supervisión de la autoridad contratante y los recursos en caso de incumplimiento del acuerdo sobre el proyecto; *h)* las obligaciones de la administración pública, concretamente los eventuales pagos, subsidios o compensaciones que haya ofrecido esa administración, e *i)* toda otra cláusula esencial del acuerdo sobre el proyecto que se prevea en la solicitud de propuestas. Cuando se recurra a ese sistema es importante velar por la coherencia entre el aviso de la adjudicación y el acuerdo sobre el proyecto.

D. Negociaciones directas

95. En la tradición jurídica de ciertos países, los proyectos de infraestructura con financiación privada entrañan la delegación por la autoridad contratante del derecho y el deber de prestar un servicio público. Como tales, están sujetos a un régimen jurídico especial que difiere en muchos aspectos del que se aplica en general a la adjudicación de contratos públicos para la adquisición de bienes, obras o servicios.

96. En esos ordenamientos jurídicos, la administración pública generalmente puede elegir entre varios procedimientos de adjudicación de contratos públicos para la adquisición de bienes o servicios. Por regla general, esos procedimientos contienen requisitos de publicidad, competencia y la aplicación estricta de criterios de adjudicación preestablecidos. El procedimiento más común es el método de la licitación, en el que el contrato se asigna al licitante que ofrece el precio inferior. Si bien existen también procedimientos menos rígidos, como la solicitud de propuestas, que permiten tener presentes otros elementos además del precio (por ejemplo, el costo de explotación, el mérito técnico y el momento de terminación propuesto), sólo se recurre a negociaciones en circunstancias excepcionales. Pero esos países aplican diferentes procedimientos para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación. Dada la naturaleza muy particular de los servicios requeridos (por ejemplo, complejidad, cuantía de las inversiones y momento de terminación), los procedimientos utilizados hacen hincapié en la libertad de la autoridad contratante para elegir al operador que más se adecue a sus necesidades, en lo que se refiere a la calificación profesional, fortaleza financiera, capacidad de asegurar la continuidad del servicio, igualdad de tratamiento de los usuarios o calidad de la propuesta. En contraste con los procedimientos de selección competitiva a que se recurre generalmente para la adjudicación de contratos públicos, que a veces pueden parecer en exceso rígidos, la selección por negociación directa se caracteriza por un alto grado de flexibilidad en los procedimientos empleados y la discrecionalidad por parte de la autoridad contratante. Sin embargo, libertad de negociación no significa elección arbitraria y las leyes de esos países prevén procedimientos para garantizar la transparencia y la equidad en el curso del proceso de selección.

97. En otros países, donde en circunstancias normales la licitación es la regla para la adjudicación de contratos públicos, las directrices dadas a las autoridades adjudicadoras aconsejan recurrir siempre que sea posible a negociaciones directas para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. La razón por la cual en esos países se fomentan las negociaciones es la siguiente: al negociar con los ofertantes, la administración pública no está obligada a cumplir requisitos o especificaciones rígidas previamente determinados y tiene más flexibilidad para aprovechar las

propuestas innovadoras o de otra índole que presenten los ofertantes durante el proceso de selección, así como para modificar y ajustar sus propios requisitos en caso de que durante las negociaciones se formulen opciones de mayor interés para atender las necesidades de infraestructura.

98. En general, los métodos negociados ofrecen un alto grado de flexibilidad que algunos países pueden considerar beneficioso a la hora de seleccionar el concesionario. Sin embargo, los métodos negociados pueden tener una serie de desventajas que pueden restarles idoneidad como métodos principales de selección en algunos países. Dado el alto grado de flexibilidad y discrecionalidad que se concede a la autoridad contratante, los métodos negociados requieren personal altamente especializado y con experiencia suficiente en la negociación de proyectos complejos. También requieren un equipo de negociación bien estructurado, claras competencias y un alto nivel de coordinación y cooperación entre todas las oficinas pertinentes. Así pues, las negociaciones para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada tal vez no representen una opción viable para los países que tradicionalmente no recurren a esos métodos para la adjudicación de grandes contratos estatales. Otro inconveniente de los métodos negociados es que no siempre garantizan el nivel de transparencia y objetividad que puede lograrse con métodos competitivos más estructurados. En algunos países puede preocupar la posibilidad de que el mayor grado de discrecionalidad en los métodos negociados entrañe mayores riesgos de prácticas abusivas o de corrupción. A la luz de lo expuesto, el país anfitrión tal vez desee prescribir la utilización de procedimientos de métodos de selección competitiva como norma para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada y reservar las negociaciones directas para casos excepcionales.

1. *Circunstancias en que puede recurrirse a las negociaciones directas*

99. Por razones de transparencia y para garantizar la disciplina en la adjudicación de proyectos, puede resultar generalmente conveniente que la legislación defina las circunstancias en que cabe recurrir a negociaciones directas. Esas circunstancias pueden ser las siguientes:

a) Cuando haya urgente necesidad de prestar el servicio de inmediato y cuando no resulte práctico iniciar un procedimiento competitivo de selección competitiva, siempre y cuando la autoridad contratante no haya podido prever las circunstancias que dieron lugar a la urgencia y esas circunstancias no sean fruto de su propia conducta dilatoria. Esa autorización excepcional puede necesitarse, por ejemplo en casos de interrupción en la prestación de un servicio dado o cuando un concesionario deja de prestar el servicio conforme a normas aceptables o cuando la autoridad contratante rescinde el acuerdo de proyecto en circunstancias en que emprender un procedimiento de selección competitiva sería poco práctico en vista de la necesidad urgente de asegurar la continuidad del servicio;

b) En el caso de proyectos de corta duración y con una inversión inicial prevista cuyo valor no exceda de una suma baja especificada;

c) Razones de defensa nacional;

d) Casos en los que hay una única fuente capaz de proporcionar el servicio requerido (por ejemplo, porque sólo

puede ser suministrado mediante uso de tecnología patentada o *know-how* exclusivo);

e) Falta de personal experimentado o de una estructura administrativa suficiente para aplicar procedimientos de selección competitiva.

100. Además, una vez iniciado un proceso competitivo de selección, pueden darse situaciones en que la autoridad contratante prefiera cambiar de método de selección y recurrir a negociaciones directas. Así puede ocurrir particularmente cuando se ha publicado una convocatoria a procedimientos de preselección o una solicitud de propuestas pero no se han recibido candidaturas ni propuestas o cuando la autoridad contratante ha rechazado todas las propuestas, y cuando, a juicio de esta autoridad, es improbable que con una nueva solicitud de propuestas se llegue a adjudicar el proyecto. En tal caso, la autoridad puede preferir emprender negociaciones con los ofertantes que han presentado propuestas conformes, en vez de tener que rechazar todas las propuestas e iniciar otro proceso con resultados posiblemente inciertos.

2. *Medidas para aumentar la transparencia de las negociaciones directas*

101. Los procedimientos que habrán de seguirse en el proceso de negociación para la adjudicación de un contrato se suelen caracterizar por un grado de flexibilidad más elevado que los procedimientos que han de seguirse en los demás métodos de contratación. Hay pocas reglas y procedimientos que se ocupen de la negociación y concertación de un contrato entre las partes. En algunos países, las leyes sobre la contratación pública otorgan a las autoridades contratantes una libertad prácticamente total para que dirijan las negociaciones como juzguen oportuno. Las leyes de otros países señalan un marco de procedimientos para esa negociación con la finalidad de asegurar la equidad y objetividad y fomentar la competencia alentando la participación de un mayor número de ofertantes. Las disposiciones relativas al procedimiento de selección por vía de negociación se ocupan de diversas cuestiones que se examinan *infra*, en particular los requisitos para la aprobación de la decisión de la entidad contratante de seleccionar al concesionario por vía de negociación, la selección de las partes en la negociación, los criterios que se han de utilizar para comparar y evaluar las ofertas y la elaboración de un expediente de los procedimientos de selección.

a) *Aprobación*

102. En muchos países se impone como requisito previo que la entidad contratante obtenga la aprobación de una autoridad superior para poder recurrir a la negociación con miras a la selección de los ofertantes. Tales disposiciones suelen exigir que esa aprobación sea solicitada por escrito y que se indiquen en la solicitud los motivos que obligan a recurrir a la negociación. Los requisitos tratan, en particular, de conseguir que sólo se recurra al método de selección mediante circunstancias apropiadas.

b) *Selección de las partes en la negociación*

103. A fin de que el proceso de negociación sea lo más competitivo posible, es aconsejable exigir a la entidad con-

tratante que entable negociaciones con el mayor número posible de empresas que se juzgue que están en condiciones de satisfacer la necesidad. Aparte de esa disposición genérica, las normas jurídicas de algunos países no especifican la cifra mínima de contratistas o proveedores con los que ha de negociar la entidad contratante. En las leyes de algunos otros países se exige, sin embargo, que la entidad contratante negocie, cuando sea posible, con un número mínimo de contratistas o proveedores (por ejemplo, tres) o que solicite al menos la presentación de sus ofertas. Podrá permitirse que la entidad adjudicadora negocie con un número menor de proveedores o contratistas en determinadas circunstancias, particularmente si es que no existe el número requerido de contratistas o proveedores.

104. Para aumentar la transparencia, es también aconsejable requerir que se avise de una manera concreta a los ofertantes de los procedimientos de negociación. Por ejemplo, se puede requerir de la autoridad contratante que publique el aviso en una publicación determinada que normalmente se utiliza con ese fin. Esos requisitos de aviso tienen por fin señalar los procedimientos de contratación a la atención de una gama más amplia de ofertantes que si se actuara de otra manera, fomentando de esta manera la competencia. Dada la magnitud de la mayoría de los proyectos de infraestructura, el aviso deberá normalmente contener cierta información mínima (por ejemplo, la descripción del proyecto, los requisitos para la calificación) y habrá de ser publicado con tiempo suficiente para que los ofertantes puedan presentar sus ofertas. Por lo general, hay que aplicar en los procedimientos de negociación los mismos requisitos aplicables a los ofertantes en los procedimientos de selección competitiva.

105. En algunos países, los requisitos de notificación no serán aplicables si la entidad contratante recurre a la negociación a raíz de un proceso de licitación infructuoso (véase párrafo 100), si se invita a todos los contratistas o proveedores idóneos a participar en las negociaciones o si no se recibió ninguna oferta.

c) *Criterios para la comparación y evaluación de las ofertas*

106. Otra medida útil para aumentar la transparencia y la eficacia de las negociaciones directas consiste en establecer criterios generales que las propuestas deben satisfacer (por ejemplo, objetivos generales de rendimiento, especificaciones de producción), así como criterios para comparar y evaluar las ofertas durante el proceso de negociación y para seleccionar el concesionario triunfante (por ejemplo, el mérito técnico de una oferta, las tarifas, los costos de explotación y mantenimiento, el efecto de las condiciones contractuales sobre el concesionario, y la rentabilidad y las posibilidades de desarrollo del acuerdo de proyecto). La autoridad contratante debe determinar cuáles son las propuestas que parecen satisfacer esos criterios e iniciar conversaciones con el autor de cada una de ellas a fin de afinar y mejorar la propuesta hasta el punto en que resulte satisfactoria para la autoridad contratante. No se tiene en cuenta en esas conversaciones el precio de cada propuesta. Cuando se hayan finalizado las propuestas, puede ser aconsejable que la autoridad contratante procure obtener una oferta mejor y definitiva sobre la base de las propuestas aclaradas. Es recomendable que los

ofertantes acompañen a su oferta definitiva pruebas de que la asignación de riesgos incorporada a la oferta sería aceptable para sus propuestas prestamistas. Cabe entonces elegir entre las ofertas mejores y definitivas recibidas al ofertante preferido. El proyecto se adjudicaría luego a la parte que ofreciese la propuesta “más económica” o “más ventajosa”. Se recomienda que se exprese en la invitación a negociar la intención de la autoridad contratante de procurar o no obtener una oferta mejor y definitiva.

d) *Expediente del procedimiento de selección*

107. Ha de exigirse a la entidad contratante que abra un expediente de los procedimientos de selección. El expediente debe contener información relativa a las circunstancias que obligaron a recurrir a la negociación, los contratistas o proveedores invitados a negociar, contratistas o proveedores que solicitaron participar y los excluidos de la negociación, junto con los motivos que existían para su exclusión.

E. Propuestas no solicitadas

108. A veces las empresas privadas se ponen directamente en contacto con organismos públicos y les presentan propuestas para el desarrollo de proyectos respecto de los cuales no se han abierto procedimientos de selección. Estas propuestas se denominan corrientemente “propuestas no solicitadas”. Pueden ser la consecuencia de que el sector privado haya reconocido una necesidad de infraestructura que quepa satisfacer con un proyecto con financiación privada. Pueden también referirse a propuestas innovadoras de gestión de infraestructura y ofrecer la posible transferencia de nueva tecnología al país anfitrión.

109. La principal cuestión que plantean las propuestas no solicitadas es si resulta o no aconsejable autorizar a la autoridad contratante a negociarlas directamente con el ofertante o si deben, también ellas, adjudicarse de conformidad con los procedimientos generalmente aplicables.

1. Consideraciones de política

110. Una razón que a veces se cita para exonerar del requisito de los procedimientos de selección competitiva es dar un incentivo al sector privado para que presente propuestas que entrañen la utilización de nuevos conceptos o tecnologías para satisfacer las necesidades de la autoridad contratante. Por la naturaleza misma de los procedimientos de selección competitiva, ningún ofertante tiene la seguridad de que se le adjudicará el proyecto, a menos que gane la competencia. El costo de formular propuestas para grandes proyectos de infraestructura puede constituir un disuasorio para las empresas preocupadas por su capacidad de equiparar las propuestas presentadas por ofertantes rivales. Por el contrario, el sector privado puede ver un incentivo para la presentación de propuestas no solicitadas en normas que permitan a una autoridad contratante negociar esas propuestas directamente con sus autores. La autoridad contratante puede, asimismo, tener interés en la posibilidad de emprender negociaciones directas a fin de estimular al sector privado a que formule propuestas innovadoras para el desarrollo de infraestructura.

111. Al mismo tiempo, no obstante, la asignación de proyectos a raíz de propuestas no solicitadas y sin competencia de otros ofertantes puede exponer a la autoridad pública a una severa crítica, en particular en casos en que se trata de concesiones exclusivas. Además, los posibles prestamistas, incluidas las instituciones financieras multilaterales y bilaterales, pueden hallar dificultades en prestar u otorgar garantías para proyectos que no han sido objeto de procedimientos de selección competitiva. Pueden temer que futuros gobiernos impugnen o cancelen la concesión (por ejemplo, porque puede posteriormente estimarse que la adjudicación del proyecto se ha debido al favoritismo o porque el procedimiento no ofrecía parámetros objetivos para comparar precios, elementos técnicos y la eficacia general del proyecto), o que lo impugnen judicial o políticamente otras partes interesadas, como clientes disconformes con un aumento de tarifas o empresas competidoras que aleguen una exclusión injusta de un procedimiento de selección competitiva.

112. A la luz de las anteriores consideraciones, es importante que el país anfitrión examine la necesidad y la conveniencia de arbitrar procedimientos especiales para tramitar propuestas no solicitadas que se aparten de los corrientemente aplicados para la adjudicación de proyectos de infraestructura con financiación privada. Con ese fin, puede ser útil analizar las dos situaciones más comúnmente mencionadas en relación con las propuestas no solicitadas, a saber: propuestas no solicitadas que se pretende entrañan la utilización de nuevos conceptos o tecnologías para atender a las necesidades de la autoridad contratante en materia de infraestructura y propuestas no solicitadas que se pretende atienden a una necesidad de infraestructura aún no reconocida por la autoridad contratante.

a) *Propuestas no solicitadas que se pretende entrañan la utilización de nuevos conceptos o tecnologías para atender a las necesidades de la autoridad contratante en materia de infraestructura*

113. En general, para los proyectos de infraestructura que requieren la utilización de algún tipo de proceso o método industrial, la autoridad contratante tendrá interés en estimular la presentación de propuestas que incorporen los procesos, los diseños, las metodologías o los conceptos de ingeniería más avanzados que demuestren capacidad para aumentar la producción del proyecto (por ejemplo, reduciendo apreciablemente los costos de construcción, acelerando la ejecución del proyecto, mejorando la seguridad, incrementando el rendimiento del proyecto, prolongando su vida económica, reduciendo los costos de mantenimiento y funcionamiento de la instalación o reduciendo los efectos adversos o las perturbaciones en relación con el medio ambiente durante las fases de construcción o de explotación del proyecto).

114. Los intereses legítimos de la autoridad contratante pueden también asegurarse mediante procedimientos de selección competitiva adecuadamente modificados, en lugar de un conjunto especial de normas para tramitar las propuestas no solicitadas. Por ejemplo, si la autoridad contratante utiliza procedimientos de selección que hacen hincapié en la producción que se espera del proyecto, sin ser preceptiva acerca de la manera en la que ésta se ha de alcanzar (véanse párrafos 71 y 72), los ofertantes pueden tener flexibilidad

suficiente para ofrecer los procesos o métodos de su propiedad. En esa situación, el hecho de que cada uno de los ofertantes tenga sus propios procesos o métodos no presentará ningún obstáculo a la competencia, siempre que todos los métodos propuestos sean técnicamente capaces de generar el producto esperado por la autoridad contratante.

115. Añadir la flexibilidad necesaria a los procedimientos de selección competitiva puede, en estos casos, ser una solución más satisfactoria que arbitrar procedimientos especiales no competitivos para dar curso a las propuestas que se pretende entrañan nuevos conceptos o tecnologías. Con la posible excepción de los conceptos o tecnologías de propiedad cuya singularidad puede ser comprobada sobre la base de los derechos de propiedad intelectual existentes, una autoridad contratante puede tropezar con considerables dificultades al tratar de definir qué constituye un nuevo concepto o una nueva tecnología. Esa determinación puede requerir los servicios de expertos independientes a un costo elevado, posiblemente de fuera del país anfitrión para evitar objeciones de parcialidad. La determinación de que un proyecto entraña un concepto o una tecnología nuevos puede tropezar con pretensiones de otras empresas interesadas que aleguen tener también nuevas tecnologías apropiadas.

116. No obstante, se puede presentar una situación algo diferente cuando la singularidad de la propuesta o sus aspectos innovadores son tales que no sería posible ejecutar el proyecto sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre el cual el proponente o sus asociados tienen derechos exclusivos, en el plano mundial o en el regional. La existencia de derechos de propiedad intelectual respecto de un método o una tecnología puede en verdad reducir o eliminar el alcance de una competencia significativa. Por esta razón, las leyes sobre adquisiciones públicas en la mayoría de los países autorizan a las entidades adquirentes a recurrir a la adquisición de una sola fuente cuando los bienes, las obras o los servicios sólo pueden obtenerse de un proveedor o contratista en particular o cuando el proveedor o contratista tiene derechos exclusivos respecto de los bienes, obras o servicios y no existe ninguna solución alternativa o sustituto razonables (compárese con el artículo 22 de la Ley Modelo de la CNUDMI).

117. En ese caso, sería adecuado autorizar a la autoridad contratante a negociar directamente la ejecución del proyecto con el proponente de la propuesta no solicitada. La dificultad radicaría, desde luego, en cómo comprobar, con el grado necesario de objetividad y transparencia, que no existen solución alternativa ni sustituto razonables para el método o la tecnología considerados en la propuesta no solicitada. Con tal fin, es aconsejable que la autoridad contratante fije procedimientos para obtener elementos de comparación respecto de propuestas de ese tipo.

b) *Propuestas no solicitadas que se pretende atienden a una necesidad de infraestructura aún no reconocida por la autoridad contratante*

118. El mérito de las propuestas no solicitadas de este tipo consiste en el reconocimiento de unas posibilidades de desarrollo de infraestructura que no han sido tenidas en cuenta por las autoridades del país anfitrión. No obstante, en sí misma, esta circunstancia no sería justificación suficiente para la adjudicación directamente negociada de un proyecto en la

que la autoridad contratante no tuviese ninguna seguridad objetiva de que ha obtenido la solución más ventajosa para atender a sus necesidades.

2. *Procedimientos para tramitar las propuestas no solicitadas*

119. A la luz de las anteriores consideraciones, es aconsejable que la autoridad contratante establezca procedimientos transparentes para determinar si una propuesta no solicitada satisface las condiciones requeridas y si interesa a dicha autoridad darle curso.

a) *Limitaciones a la admisibilidad de propuestas no solicitadas*

120. A efectos de velar por una correcta rendición de cuentas de los gastos públicos, algunas legislaciones nacionales disponen además que no podrá tenerse en cuenta ninguna propuesta no solicitada si la ejecución del proyecto requiriese compromisos financieros considerables por parte de la autoridad contratante u otro organismo público, como garantías, subvenciones o participación en el capital. La razón de esa limitación es que los procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas suelen ser menos elaborados que los procedimientos ordinarios de selección y pueden no garantizar el mismo nivel de transparencia y competencia que de otro modo se lograría. Sin embargo, puede haber razones para admitir cierta flexibilidad en la aplicación de esta condición. En algunos países, la presencia de respaldo público distinto de las garantías, en las subvenciones o la participación directas (por ejemplo, la venta o el arrendamiento de bienes públicos a los proponentes del proyecto), no descalifica necesariamente una propuesta a efectos de su tratamiento y aceptación como propuesta no solicitada.

121. Otra condición para examinar una propuesta no solicitada es que deba relacionarse con un proyecto para el cual la autoridad contratante no haya iniciado o anunciado procedimientos de selección. La justificación para tramitar una propuesta no solicitada sin emplear un procedimiento de selección competitiva es dar un incentivo al sector privado para concretar necesidades de infraestructura nuevas o no previstas, o formular propuestas innovadoras para satisfacer esas necesidades. Esta justificación puede dejar de ser válida cuando el proyecto ya ha sido concretado por las autoridades del país anfitrión y el sector privado se limita a proponer una solución técnica diferente de la prevista por la autoridad contratante. En tal caso, ésta puede aún aprovechar las soluciones innovadoras aplicando un procedimiento de selección en dos etapas o invitando a presentar propuestas alternativas dentro de los procedimientos de selección originalmente previstos (véanse párrafos 60 a 84). No obstante, no sería compatible con el principio de la equidad en la adjudicación de contratos públicos considerar propuestas no solicitadas fuera de los procedimientos de selección ya iniciados o anunciados.

b) *Procedimientos para determinar la admisibilidad de las propuestas no solicitadas*

122. Debe solicitarse a la empresa o grupo de empresas que se ponen en contacto con la administración pública con

una sugerencia de desarrollo privado de infraestructura que presenten una propuesta inicial con información suficiente que permita a la autoridad contratante hacer una primera evaluación de si se satisfacen las condiciones para tramitar propuestas no solicitadas, en particular si el proyecto propuesto es de interés público. La propuesta inicial debe comprender, por ejemplo, la siguiente información: declaración de la experiencia anterior en materia de proyectos y situación financiera del proponente; descripción del proyecto (tipo de proyecto, ubicación, repercusión regional, inversión propuesta, costos de explotación, evaluación financiera, recursos que se necesitan de la administración pública o de terceros); emplazamiento (propiedad y si habrá que expropiar terrenos u otros bienes); una descripción del servicio y las obras.

123. Tras un examen preliminar, la autoridad contratante debe informar a la empresa dentro de un plazo razonablemente breve, si hay o no un posible interés público en el proyecto. Si la autoridad contratante reacciona positivamente ante un proyecto, hay que invitar a la empresa a que presente una propuesta formal que, además de los temas tocados en la propuesta inicial, ha de contener un estudio de viabilidad técnica y económica (que abarque las características, los costos y los beneficios) y un estudio sobre el impacto ambiental. Además, debe pedirse al proponente que presente información satisfactoria sobre el concepto o la tecnología en que se basa la propuesta. La información divulgada debe ser lo suficientemente detallada para permitir que la autoridad competente evalúe debidamente el concepto o la tecnología y determine si satisface las condiciones requeridas y puede llegar a ser ejecutada con buen éxito a la escala del proyecto propuesto. La empresa que presente la propuesta no solicitada debe conservar la propiedad de todos los documentos presentados a lo largo del procedimiento, los que le serán devueltos en caso de que la propuesta sea rechazada.

124. Una vez que el proponente haya suministrado toda la información requerida, la autoridad contratante debe decidir, en un plazo razonablemente breve, si se propone seguir adelante con el proyecto y, de ser así, qué procedimientos se utilizarán. La selección del procedimiento apropiado ha de hacerse sobre la base de la determinación preliminar de la autoridad contratante de si la ejecución del proyecto sería o no posible sin la utilización de un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre los cuales el proponente o sus asociados tienen derechos exclusivos.

c) *Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que no entrañan conceptos de tecnología de propiedad*

125. Si la autoridad contratante, tras examinar una propuesta no solicitada, decide que es de interés público seguir adelante con el proyecto, pero su ejecución es posible sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre los cuales el proponente o sus asociados tengan derechos exclusivos, hay que exigir a la autoridad contratante que adjudique el proyecto utilizando los procedimientos normalmente requeridos para la adjudicación del proyecto de infraestructura con financiación privada, como, por ejemplo, los procedimientos de selección competitiva descritos en esta *Guía* (véanse párrafos 39 a 94). Sin embargo, los procedimientos de selección pueden pre-

sentar ciertos rasgos especiales con el fin de proporcionar un incentivo a la presentación de propuestas no solicitadas. Estos incentivos pueden consistir en las siguientes medidas:

a) La autoridad contratante puede comprometerse a no iniciar procedimientos de selección con respecto a un proyecto acerca del cual se haya recibido una propuesta no solicitada sin invitar a la empresa que presentó la propuesta original;

b) Debe darse al ofertante original algún género de premio por presentar la propuesta. En algunos países, el premio adopta la forma de un margen de preferencia sobre la calificación final (es decir, cierto porcentaje por encima de la calificación final combinada obtenida por esa empresa respecto de los criterios de evaluación relacionados o no con el precio). La posible dificultad de ese sistema es el riesgo de fijar el margen de preferencia tan alto que desaliente ofertas competidoras atendibles, con el resultado de que se reciba un proyecto de menor valor a cambio de la preferencia dada al proponente innovador. Las formas de incentivos pueden ser el reembolso, en todo o en parte, de los costos ocasionados al proponente original en la preparación de la propuesta no solicitada. Con fines de transparencia, esos incentivos deben anunciarse en la solicitud de propuestas.

126. A pesar de los incentivos que puedan darse, debe requerirse en general del autor de la propuesta no solicitada que satisfaga sustancialmente los mismos criterios de calificación que se requerirían de los ofertantes que participasen en el procedimiento de selección competitiva (véanse párrafos 43 a 46).

d) *Procedimientos para tramitar propuestas no solicitadas que entrañen conceptos o tecnología de propiedad*

127. Si resultase que los aspectos innovadores de la propuesta son tales que no sería posible ejecutar el proyecto sin utilizar un proceso, un diseño, una metodología o un concepto de ingeniería sobre los cuales el proponente o sus asociados tienen derechos exclusivos, en los planos mundial o regional, puede ser útil que la autoridad contratante confirme la evaluación preliminar aplicando un procedimiento para obtener elementos de comparación respecto de la propuesta no solicitada. Ese procedimiento puede consistir en la publicación de un resumen de las condiciones más importantes de la propuesta, con una invitación a otras partes interesadas a que presenten propuestas alternativas o comparables dentro de cierto plazo. El plazo debe estar en proporción con la complejidad del proyecto y dar a los posibles competidores tiempo suficiente para formular sus propuestas. Éste puede ser un factor decisivo para obtener propuestas alternativas, por ejemplo, si los ofertantes deben efectuar investigaciones geológicas detalladas bajo la superficie que pueda haber llevado a cabo a lo largo de muchos meses el proponente original, quien desearía que las conclusiones geológicas permaneciesen secretas.

128. La invitación a presentar propuestas comparativas o competitivas ha de publicarse con una frecuencia mínima (por ejemplo, una vez a la semana durante tres semanas) en, por lo menos, un periódico de circulación general. Debe indicar el momento y el lugar en que se pueden obtener los documentos de licitación y especificar el plazo durante el

cual se recibirán propuestas. Es importante que la autoridad contratante proteja los derechos de propiedad intelectual del proponente original y vele por la confidencialidad de la información de propiedad recibida con la propuesta no solicitada. Esa información no debe formar parte de los documentos de licitación. Hay que exigir al proponente original y a toda otra empresa que desee presentar una propuesta alternativa que ofrezca una garantía de la oferta (véanse párrafos 81 y 82). Cabe entonces aplicar dos posibles criterios, según las respuestas recibidas como consecuencia de la invitación:

a) Si no se reciben propuestas alternativas, la autoridad contratante puede razonablemente concluir que no hay alternativa ni sustituto razonable del método o la tecnología considerados en la propuesta no solicitada. Esta conclusión de la autoridad contratante debe ser convenientemente registrada y se puede autorizar a la autoridad a que inicie negociaciones directas con el proponente original. Quizá sea conveniente exigir que la decisión de la autoridad contratante sea examinada y aprobada por la misma autoridad cuya aprobación se requeriría normalmente para que la autoridad contratante seleccionase a un concesionario mediante negociación directa (véase párrafo 102);

b) Si se presentan propuestas alternativas, la autoridad contratante tiene que invitar a todos los proponentes a negociaciones competitivas a fin de poder determinar cuál es la propuesta más ventajosa para llevar a cabo el proyecto (véanse párrafos 103 a 105). En el caso de que la autoridad contratante reciba un número suficientemente grande de propuestas alternativas que parezcan en principio satisfacer sus necesidades en materia de infraestructura, puede haber la posibilidad de iniciar procedimientos completos de selección competitiva, a reserva de los incentivos que se hayan dado al autor de la propuesta original (véase el inciso b) del párrafo 125).

F. Procedimientos de revisión

129. Una salvaguardia importante de la buena observancia de las normas que rigen el procedimiento de selección es que los ofertantes puedan interponer recurso contra las medidas adoptadas por la entidad contratante en contravención de dichas normas. En diferentes ordenamientos jurídicos y regímenes administrativos existen diversos recursos y procedimientos estrechamente vinculados con la cuestión del reexamen de los actos de la administración pública. Lo importante es que, sea cual fuere la forma exacta de los procedimientos de reexamen, debe darse oportunidad suficiente y arbitrar procedimientos eficaces a ese efecto. El capítulo VI de la Ley Modelo de la CNUDMI contiene elementos para el establecimiento de un sistema adecuado de revisión.

130. Unas vías de recurso apropiadas han de comenzar por reconocer el derecho de los proveedores y contratistas a recurrir. En primer lugar, se podrá recurrir ante la propia entidad contratante, especialmente cuando el proyecto no haya sido aún adjudicado. Esto puede fomentar la economía y la eficiencia, ya que muy a menudo, especialmente de no haberse adjudicado aún el contrato, la entidad contratante no tiene inconveniente en corregir ciertos errores de procedimiento, de los que tal vez ni siquiera se haya dado cuenta. Puede asimismo ser útil prever un recurso por la vía adminis-

trativa jerárquica de ser ello conforme a la normativa constitucional, judicial y administrativa del país. Por último, la mayoría de los regímenes de contratación pública reconocen el derecho a recurrir por la vía judicial, que debe quedar abierto igualmente respecto de la adjudicación de proyectos de infraestructura.

131. Para conseguir un equilibrio viable entre la necesidad, por una parte, de defender los derechos de los ofertantes y la regularidad del proceso de selección, y la necesidad, por otra, de evitar todo entorpecimiento del proceso de selección, las legislaciones nacionales imponen cierto número de restricciones a las vías de recurso que establecen. Figuran entre ellas: limitar a los ofertantes inclusive el derecho a interponer recurso; plazos para la interposición de solicitudes de revisión y para su tramitación, inclusive la eventual suspensión del procedimiento de selección que quepa aplicar en la etapa administrativa del recurso; excluir de las vías de recurso cierto número de decisiones que se dejan a la discreción de la entidad contratante por no afectar directamente al trato acordado a los ofertantes.

132. En la mayoría de los Estados existen mecanismos y procedimientos que permiten recurrir contra los actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas. En algunos Estados, se han establecido esas vías de recurso en especial para las controversias que puedan surgir en el marco de la contratación llevada a cabo por dichos órganos y entidades. En otros, esas controversias deberán ser resueltas por la vía de recurso ordinaria contra los actos administrativos. Algunos aspectos importantes de las vías de recurso, por ejemplo, la instancia ante la que habrá de presentarse el recurso y la reparación que pueda ser otorgada, están relacionados con aspectos conceptuales y estructurales básicos del ordenamiento jurídico y del régimen administrativo de cada país. En muchos ordenamientos jurídicos se ha previsto que el recurso contra los actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas se ha de presentar ante la instancia administrativa que goce de autoridad o ejerza control jerárquico sobre la entidad adjudicadora (denominado en adelante “recurso administrativo jerárquico”). En los países en cuyo ordenamiento existe un recurso administrativo jerárquico, la determinación del órgano o autoridad que ha de entender de los recursos contra los actos de determinado órgano o entidad depende en gran medida de la estructura administrativa de ese Estado. En el campo de la contratación pública en general, por ejemplo, en algunos Estados, deberá interponerse el recurso ante el órgano que ejerce la supervisión y el control general sobre la contratación en ese Estado (por ejemplo, una junta central de contratación); en otros Estados, la función de reexamen incumbe al órgano encargado de la supervisión y el control financiero de las operaciones gubernamentales y de la administración. En algunos Estados, la función de revisión respecto de tipos particulares de casos en que participen órganos administrativos u otras entidades públicas la desempeñan órganos administrativos especializados independientes cuya competencia se califica de “cuasi judicial”. Esos órganos no se consideran, no obstante, en esos Estados tribunales dentro del sistema judicial.

133. En muchos ordenamientos jurídicos se ha previsto un recurso por la vía judicial contra los actos de los órganos administrativos y demás entidades públicas. En varios de esos ordenamientos esa vía judicial existe como complemento del recurso por la vía administrativa, mientras que en otros sólo

se ha previsto la vía judicial. Algunos ordenamientos jurídicos han previsto únicamente la vía administrativa y no la judicial. En algunos ordenamientos en los que se han previsto ambas vías de recurso, no podrá presentarse recurso por la vía judicial hasta no haber agotado la vía administrativa; en otros ordenamientos se podrá optar desde un comienzo por una u otra vía.

G. Expediente del proceso de selección

134. En aras de la transparencia y de la rendición de cuentas y para facilitar el ejercicio del derecho de los ofertantes perjudicados a solicitar la revisión de decisiones adoptadas por la autoridad contratante, debe requerirse a la autoridad contratante que lleve un expediente adecuado de toda la información crucial relativa al proceso de selección.

135. El expediente que debe llevar la autoridad contratante debe tener ante todo, según corresponda, la información general relativa al proceso de selección que generalmente debe registrarse en la contratación pública (por ejemplo, la información enumerada en el artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI), concretamente:

- a) Una descripción del proyecto respecto del cual la autoridad contratante haya solicitado propuestas;
- b) Los nombres y direcciones de las compañías que participan en consorcios ofertantes y el nombre y la dirección de los miembros del consorcio ofertante con el que se haya formalizado el acuerdo sobre el proyecto;
- c) Información relativa a las calificaciones de que dispongan o carezcan los ofertantes; una reseña de la evaluación y la comparación de las propuestas, inclusive la aplicación de un margen de preferencia;
- d) El precio, o la base para determinar el precio, y una reseña de las otras cláusulas importantes de las propuestas y del acuerdo sobre el proyecto;
- e) Una reseña de las solicitudes de aclaración de la documentación de preselección o de la solicitud de propuestas y de las respuestas dadas a estas solicitudes, así como una reseña de las modificaciones que se hayan introducido en esos documentos;
- f) De haber sido rechazadas todas las propuestas, una declaración en tal sentido y los motivos por los que fueron rechazadas.

136. Además de la información mencionada *supra*, puede ser útil requerir a la autoridad contratante que consigne la siguiente información en el expediente del proceso de selección:

- a) Una reseña de las conclusiones de los estudios preliminares de viabilidad encargados por la autoridad contratante y una reseña de las conclusiones de los estudios de viabilidad presentados por los ofertantes calificados;
- b) La lista de los ofertantes preseleccionados,
- c) Si posteriormente se admiten modificaciones de la composición de los ofertantes preseleccionados, una declaración en la que se expongan los motivos por los que se autorizan esos cambios y una reseña de las calificaciones de los nuevos miembros o de los miembros admitidos en los consorcios pertinentes;

d) Si la autoridad contratante considera más ventajosa una propuesta que no es la que ofrece el precio unitario más bajo por el producto esperado, una justificación de los motivos por los que el comité adjudicador ha llegado a tal conclusión;

e) Si las negociaciones con el consorcio que presentó la propuesta más ventajosa y las ulteriores negociaciones con los demás consorcios que cumplen los requisitos no han dado lugar a un acuerdo sobre el proyecto, una declaración a tal efecto y los motivos de tal situación.

137. En los procesos de selección con negociaciones directas (véanse párrafos 95 a 107) puede ser útil incluir en el expediente del proceso de selección la siguiente información:

a) Una declaración de los motivos y de las circunstancias por los que la autoridad contratante recurrió a la negociación directa;

b) El nombre y la dirección de la compañía o de las compañías invitadas a participar en esas negociaciones;

c) Si las negociaciones no culminaron con un acuerdo sobre el proyecto, una declaración en tal sentido y una indicación de los motivos por los que fue así.

138. Para los procesos de selección emprendidos a raíz de propuestas no solicitadas (véanse párrafos 108 a 128), puede ser útil hacer constar, además de la ya mencionada en el expediente del procedimiento de selección, la siguiente información:

a) El nombre y la dirección de la compañía o de las compañías que presentaron la propuesta no solicitada y una breve descripción de esa compañía o compañías;

b) Un documento de la autoridad contratante que certifique el interés público de la propuesta no solicitada y que ésta entraña nuevos conceptos o tecnologías, según corresponda.

139. Es conveniente que las normas sobre la obligación de llevar un expediente especifique quiénes y en qué medida

tendrán acceso a su contenido. Al definir los criterios aplicables en la materia se han de equilibrar factores como los siguientes: la conveniencia general, para un control más efectivo de las autoridades contratantes, de que la divulgación sea amplia; la necesidad de proporcionar a los ofertantes los datos necesarios que les permitan evaluar su propia intervención en los procedimientos y averiguar si tienen motivo legítimo para recurrir; y la necesidad de proteger la información comercial de los ofertantes que sea confidencial. En vista de estas consideraciones, puede ser aconsejable prever dos niveles distintos de divulgación como se establece en el artículo 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI. La información que se revelará a toda persona del público en general podrá limitarse a datos considerados como básicos para un control de la autoridad contratante por el público en general. Pero es aconsejable disponer en beneficio de los ofertantes que se revele una información más detallada sobre el proceso de selección, por serles necesaria para poder apreciar su propia intervención en ese proceso y comprobar la observancia por la autoridad contratante de los requisitos de las leyes y reglamentos aplicables.

140. Además, hay que tomar las medidas apropiadas para evitar que se revele información comercial reservada de los proveedores o contratistas. Ése sería el caso en particular de la información relativa a la evaluación y comparación de las propuestas, cuya divulgación excesiva podría perjudicar intereses comerciales legítimos de los ofertantes. Como regla general, la autoridad contratante no debe revelar información más detallada relativa al examen, la evaluación y la comparación de las propuestas, salvo que se lo ordene un tribunal competente.

141. Las disposiciones sobre la divulgación limitada relativa al proceso de selección no impide su aplicabilidad a ciertas partes del expediente de alguna otra ley del Estado promulgante que dé acceso al público en general a otras partes de la documentación pública. La norma aplicable en el país anfitrión tal vez imponga la divulgación de la información consignada en el expediente a los órganos legislativos o parlamentarios de supervisión.

A/CN.9/458/Add.5

Capítulo IV. El acuerdo de proyecto

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> |
|--|-----------------|
| RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN | 1)-11) |
| NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN | 1-67 |
| A. Consideraciones generales | 1-8 |
| 1. Criterios legislativos | 2-4 |
| 2. Celebración del acuerdo de proyecto | 5-8 |
| B. Estipulaciones clave del acuerdo de proyecto | 9-67 |
| 1. Mecanismos financieros | 10-21 |
| 2. Emplazamiento del proyecto | 22-27 |
| 3. Servidumbres | 28-31 |

| | <i>Párrafos</i> |
|---|-----------------|
| 4. Garantías reales | 32-40 |
| 5. Organización del concesionario | 41-51 |
| 6. Cesión de la concesión | 52-55 |
| 7. Transmisibilidad de las acciones de la compañía del proyecto | 56-63 |
| 8. Duración del acuerdo del proyecto | 64-67 |

RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

Celebración del acuerdo del proyecto (párrafos 5 a 8)

1) El país anfitrión tal vez desee aprobar disposiciones que simplifiquen los trámites para la elaboración del acuerdo de proyecto y señalar por adelantado las oficinas o los organismos competentes para aprobar y firmar el acuerdo de proyecto.

Disposiciones financieras (párrafos 10 a 21)

2) El país huésped quizá desee disponer que:

a) Toda financiación de la infraestructura pueda ser en las sumas conforme a las condiciones y cláusulas que determine el concesionario y que, con ese fin, éste pueda en particular emitir títulos de deuda, acciones y otros títulos u obligaciones, y obtener recursos financieros con garantías reales sobre alguno de sus bienes;

b) El acuerdo de proyecto prevea las tarifas y tasas que pueda percibir el concesionario por la utilización de las instalaciones o los servicios que preste, y exprese el método y las fórmulas para el ajuste de esas tarifas o tasas de usuarios;

c) El acuerdo de proyecto prevea tarifas y tasas de usuarios que permitan la recuperación del capital invertido y los costos de explotación y mantenimiento, con un tipo de rendimiento razonable.

3) El país anfitrión puede además querer disponer que:

a) La autoridad contratante esté autorizada, cuando corresponda, a acordar pagos directos al concesionario en sustitución de los cobros por los servicios prestados a los usuarios o además de ellos;

b) La autoridad contratante esté facultada, cuando corresponda, a adquirir compromisos para la compra de cantidades predeterminadas de bienes o servicios.

El emplazamiento del proyecto (párrafos 22 a 27)

4) El país anfitrión tal vez desee disponer que:

a) El acuerdo de proyecto especifique, según convenga, qué activos permanecerán como propiedad de la autoridad competente u otros organismos públicos y qué categorías de bienes seguirán siendo de propiedad privada del concesionario;

b) La expropiación de los terrenos necesarios para la infraestructura con financiación privada deba efectuarse conforme a los procedimientos más eficientes aplicables según las leyes del país anfitrión.

Servidumbres (párrafos 28 a 31)

5) El país huésped quizá desee adoptar disposiciones legislativas que precisen las servidumbres que el concesionario pueda necesitar.

Garantías reales (párrafos 32 a 40)

6) El país anfitrión tal vez quiera disponer que:

a) El concesionario pueda crear una garantía sobre cualquiera de sus derechos reales a la infraestructura;

b) El concesionario pueda obtener cualquier financiación pignorando el producto y los créditos derivados de la concesión.

Organización del concesionario (párrafos 41 a 51)

7) El país anfitrión posiblemente desee disponer que los ofertantes seleccionados creen una entidad jurídica independiente con sede en el país, excepto en los casos en que la autoridad contratante haya renunciado a ese requisito.

8) Si se requiere de los ofertantes seleccionados que establezcan una entidad jurídica independiente, puede que el país anfitrión desee disponer que el acuerdo del proyecto especifique:

a) La forma de la entidad jurídica y su capital mínimo;

b) Los procedimientos para obtener la aprobación por la autoridad contratante y las modificaciones fundamentales de los estatutos y reglamentos de la empresa concesionaria, aprobación que no debe ser irracionalmente denegada.

Cesión de la concesión (párrafos 52 a 55)

9) El país anfitrión quizá desee exigir que el acuerdo de proyecto exprese las condiciones con arreglo a las cuales la autoridad contratante pueda dar su consentimiento a la cesión de una concesión, incluidas:

a) La aceptación por el nuevo concesionario de todas las obligaciones contenidas en el acuerdo del proyecto;

b) Pruebas de que el nuevo concesionario tiene la capacidad técnica y financiera necesaria para prestar el servicio.

Transmisibilidad de las acciones de la compañía del proyecto (párrafos 56 a 63)

10) El país anfitrión tal vez desee disponer que la transmisión de la participación en el capital de una empresa concesionaria requiera el consentimiento de la autoridad contratante cuando:

- a) El concesionario se halle en posesión de activos públicos o de activos que el concesionario debe traspasar a la autoridad contratante al final del período de la concesión; o
- b) El concesionario haya recibido préstamos, subvenciones, capital u otras formas de respaldo financiero directo del gobierno o se haya beneficiado de ellos.

Duración del acuerdo de proyecto (párrafos 64 a 67)

11) Puede que el país anfitrión quiera estipular que todas las concesiones tengan una duración limitada, que deba hacerse constar en el acuerdo de proyecto, teniendo en cuenta la naturaleza y la cuantía de las inversiones que deba efectuar el concesionario.

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES
RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

A. Consideraciones generales

1. El “acuerdo de proyecto” entre el gobierno y el concesionario es el documento central en un proyecto de infraestructura. El acuerdo de proyecto define el alcance y la finalidad del proyecto, así como los derechos y obligaciones de las partes; da detalles sobre la ejecución del proyecto y expone las condiciones para la explotación de la infraestructura o la prestación de los servicios pertinentes. Los acuerdos de proyecto pueden figurar en un único documento o consistir en más de un acuerdo por separado entre la autoridad contratante y el concesionario. En la presente sección se analiza la relación entre el acuerdo de proyecto y la legislación del país anfitrión sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada. Se estudian también los procedimientos y formalidades para la celebración y la entrada en vigor del acuerdo de proyecto.

1. Criterios legislativos

2. El acuerdo de proyecto es el instrumento mediante el cual el gobierno ejercita su facultad de confiar a un concesionario la responsabilidad de llevar a cabo un proyecto de infraestructura (véase el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, ___). Existe, en consecuencia, una vinculación intrínseca entre el acuerdo de proyecto y las leyes del país anfitrión que rigen la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada o, más generalmente, la prestación de servicios públicos. La legislación nacional contiene a menudo disposiciones que se refieren al contenido del acuerdo de proyecto. A este respecto, pueden utilizarse tres criterios principales. Mientras que las leyes de algunos países se limitan a mencionar la necesidad de un acuerdo entre el concesionario y la autoridad contratante, las leyes de otros comprenden extensas disposiciones imperativas referentes al contenido de las cláusulas que se han de incluir en el acuerdo. Adoptan un enfoque intermedio las leyes que enumeran una serie de cuestiones que deben abordarse en el acuerdo de proyecto sin regular en detalle el contenido de sus cláusulas.

3. Las disposiciones legislativas sobre ciertos elementos esenciales del acuerdo de proyecto pueden atender al propósito de establecer un marco general para la asignación de de-

rechos y obligaciones entre las partes. Pueden obedecer a la intención de lograr la coherencia en la manera de tratar ciertas cuestiones contractuales y dar orientación a las autoridades públicas que participan en la negociación del acuerdo de proyecto en los diferentes planos de la administración (nacional, provincial o local). Esa orientación puede resultar particularmente útil para las autoridades contratantes que carecen de experiencia en la negociación de ese tipo de acuerdos. Algunos países pueden además considerar que las disposiciones legislativas sobre ciertos elementos del acuerdo de proyecto pueden reforzar la posición negociadora de la autoridad contratante frente al concesionario. Finalmente, algunas veces quizá se necesiten leyes para dotar a la autoridad contratante de la facultad de dar su conformidad a ciertos tipos de disposición.

4. La posible desventaja de unas disposiciones legislativas que se ocupen en detalle de los derechos y las obligaciones de las partes radica en que pueden privar a la autoridad contratante y al concesionario de la necesaria flexibilidad para negociar un acuerdo que tenga en cuenta las necesidades y particularidades de un proyecto concreto. Por consiguiente, es aconsejable limitar a lo estrictamente necesario el alcance de las disposiciones legislativas referentes al acuerdo de proyecto, como, por ejemplo, disposiciones sobre asuntos para los que cabe que se necesite previa autorización legislativa o los que pueden afectar a los intereses de terceros, o disposiciones relativas a asuntos sustanciales de política con respecto a los cuales no se admite variación por vía de acuerdo.

2. Celebración del acuerdo de proyecto

5. En relación con proyectos tan complejos como los de infraestructura, no es infrecuente que transcurran varios meses de negociaciones antes de que las partes estén listas para firmar el acuerdo de proyecto. Se ha mencionado cierto número de factores que causan retrasos en las negociaciones, como la inexperiencia de las partes, una escasa coordinación entre diferentes organismos de la administración, la incertidumbre sobre las dimensiones del respaldo financiero oficial o dificultades en la configuración de mecanismos de garantía aceptables para los prestamistas¹. A fin de evitar retrasos innecesarios en la celebración del acuerdo de proyecto, es aconsejable partir de unas normas que identifiquen claramente a las personas u oficinas facultadas para asumir compromisos en nombre de la autoridad contratante (y, según corresponda, de otros organismos estatales) en diferentes etapas de la negociación y para firmar el acuerdo de proyecto. En cuanto a los proyectos en que participan cargos u organismos en diferentes niveles de la administración (por ejemplo, nacional, provincial o local), en los que puede no ser posible precisar por adelantado todos los cargos y organismos interesados, posiblemente se necesiten otras medidas para garantizar una coordinación apropiada entre ellos (véase el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, ___).

6. Además, el gobierno puede hacer una contribución apreciable dando la orientación adecuada a los negociadores que actúen en nombre de la autoridad contratante. Cuanto más

¹Para un examen de las cuestiones que repercuten en el cierre del acuerdo de financiación, véase International Finance Corporation, *Financing Private Infrastructure*, Washington, D.C., 1996, pág. 37.

claramente comprendan las partes qué asuntos deben perseguirse en el acuerdo de proyecto, tanto mayores serán las probabilidades de que la negociación del acuerdo de proyecto se desarrolle con buen éxito. Inversamente, cuando quedan abiertas importantes cuestiones después del proceso de selección y se ofrece poca orientación a los negociadores sobre el fondo del acuerdo de proyecto, puede correrse un riesgo considerable de negociaciones costosas y prolongadas, así como de quejas justificadas de que el proceso de selección no fue suficientemente transparente y competitivo (véase además el capítulo III, “Selección del concesionario”, ___).

7. Además de disposiciones prácticas para facilitar la negociación del acuerdo de proyecto, es importante estudiar medidas para agilizar su celebración. El derecho interno de algunos países prescribe ciertas formalidades para la celebración y la entrada en vigor de acuerdos de proyecto. En algunos países las condiciones del acuerdo negociado entre la autoridad contratante y los ofertantes seleccionados pueden estar sujetas a la aprobación de una autoridad superior. La entrada en vigor del acuerdo de proyecto o de ciertas categorías de acuerdos de proyectos está sujeta en algunos países a la aprobación parlamentaria o incluso a la promulgación de legislación especial.

8. Para acelerar el procedimiento y evitar las consecuencias adversas de toda demora en el calendario del proyecto, en algunos países la normativa aplicable delega en ciertos cargos públicos la facultad de obligar a la autoridad contratante o al gobierno, según corresponda, de forma que la entrada en vigor del acuerdo de proyecto se produce al firmarse éste o al terminarse determinadas formalidades, como la publicación en el boletín oficial. En los países en que ese procedimiento no sea factible, o en los que se requiera además la aprobación definitiva de otro organismo, sería conveniente estudiar fórmulas para evitar demoras innecesarias. Conviene recordar que el riesgo de que el proyecto fracase por no contar con la aprobación necesaria una vez finalizadas las negociaciones no es de los que el concesionario está dispuesto a aceptar. Si se estima que los trámites de aprobación son arbitrarios o engorrosos, cabría pedir al gobierno que dé al concesionario y a los prestamistas garantías suficientes para cubrir dicho riesgo (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, ___). En algunos países en los que existen esos trámites, el gobierno se ha comprometido a veces en el acuerdo del proyecto a indemnizar al concesionario por todos los gastos en que incurra, en caso de que no se conceda la aprobación definitiva a un proyecto por razones no imputables al concesionario.

B. Estipulaciones clave del acuerdo de proyecto

9. Los acuerdos de proyecto son generalmente documentos largos que tratan con amplitud gran diversidad de cuestiones generales y específicas del proyecto. En la presente sección se examinan las eventuales consecuencias legislativas de lo que en el derecho interno se acostumbra a considerar como estipulaciones clave de los acuerdos de proyectos, es decir, las que definen las obligaciones financieras esenciales de las partes, la naturaleza de los derechos otorgados al concesionario, el emplazamiento del proyecto y el régimen de la propiedad respecto de los activos del proyecto, la organización del concesionario y la duración del proyecto.

1. Mecanismos financieros

10. Los mecanismos financieros se cuentan entre las condiciones esenciales del acuerdo de proyecto. Suelen abarcar disposiciones relativas a las obligaciones del concesionario de conseguir financiación para el proyecto, esbozan los mecanismos para el desembolso y la contabilización de los recursos, exponen métodos para calcular y ajustar los precios percibidos por el concesionario y se ocupan de los tipos de garantía real que pueden crearse a favor de los acreedores del concesionario. Al redactar estas disposiciones hay que tener cuidado en cerciorarse de su coherencia con los acuerdos de préstamo y otros compromisos financieros asumidos por el concesionario. Es además importante verificar que las leyes del país anfitrión son conducentes o no ponen obstáculos a la gestión financiera del proyecto.

a) Obligaciones financieras del concesionario

11. En los proyectos de infraestructura con financiación privada, el concesionario es normalmente responsable de conseguir una financiación suficiente para el proyecto. En la mayoría de los casos, la autoridad contratante u otros organismos públicos estarían interesados en limitar las obligaciones financieras a las expresamente expuestas en el acuerdo de proyecto o las formas de respaldo directo que el gobierno haya convenido en conceder al proyecto (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, ___).

12. La cantidad de capital privado aportado directamente por los accionistas de la compañía del proyecto suele representar sólo una parte de la inversión total propuesta. Una parte mucho mayor procede de préstamos otorgados al concesionario por bancos comerciales y del producto de la colocación de obligaciones y otros instrumentos negociables en el mercado de capitales (véase “Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, ___). En consecuencia, puede ser útil que la ley reconozca al concesionario la facultad de acordar los mecanismos financieros que estime oportunos con el fin de financiar la infraestructura. Es también importante velar por que las leyes del país anfitrión no restrinjan irracionalmente la capacidad del concesionario de acordar mecanismos de financiación necesarios, limitando, por ejemplo, la capacidad del concesionario de ofrecer a sus prestamistas garantías suficientes (véanse párrafos 32 a 40).

13. Los recursos obtenidos con la colocación de obligaciones y otros instrumentos negociables pueden representar una fuente sustancial de financiación para los proyectos de infraestructura. Estos instrumentos pueden ser emitidos por el concesionario mismo, en cuyo caso los inversionistas que adquieran el título se convertirán en sus acreedores, o pueden ser emitidos por un tercero al que se hayan cedido los créditos del proyecto (véase párrafo 39) mediante un mecanismo conocido como “bursatilización”. La bursatilización entraña la creación de títulos financieros respaldados por la corriente de ingresos del proyecto, que queda obligada para el pago del principal e intereses de ese título. Las operaciones de bursatilización suelen comprender la creación de una entidad jurídica distinta del concesionario y especialmente dedicada al negocio de bursatilizar activos o créditos. A menudo se llama a esta entidad jurídica un “vehículo para usos especiales”. El concesionario cede los créditos del proyecto

al vehículo para usos especiales, el cual, a su vez, emite a los inversionistas instrumentos con interés respaldados por los créditos del proyecto. Los obligacionistas bursatilizados adquieren con ello el derecho al producto de las operaciones del concesionario con sus clientes. El concesionario recauda de sus clientes las tasas fijadas y transfiere los fondos resultantes al vehículo para fines especiales, el cual lo transfiere luego a los obligacionistas bursatilizados. En algunos países, una legislación reciente ha reconocido expresamente la facultad del concesionario de ceder créditos del proyecto a un vehículo para usos especiales, que conserve y gestione los créditos en régimen fiduciario en beneficio de los acreedores del proyecto. Con miras a proteger a los obligacionistas del riesgo de insolvencia del concesionario, puede ser aconsejable adoptar las medidas legislativas necesarias que permitan la separación jurídica entre el concesionario y el vehículo para fines especiales.

b) *Facultad del concesionario de cobrar precios por servicios públicos*

14. En cierto número de países puede precisarse autorización legislativa previa para que un concesionario cobre un precio por la prestación de servicios públicos o por la utilización de infraestructuras públicas. Es, por lo tanto, deseable que la ley contenga disposiciones generales que faculten a la autoridad contratante y al concesionario para acordar la forma de pago adecuada para el concesionario, incluido el derecho a cobrar un precio por la utilización de la infraestructura o por los servicios o bienes que proporcione. La falta de una disposición general semejante en la legislación ha dado lugar en algunos países a controversias judiciales en las que se impugna la facultad del concesionario de cobrar un precio por el servicio.

15. Además de un reconocimiento general de la facultad del concesionario de cobrar un precio por la prestación de servicios públicos o por la utilización de infraestructuras públicas, es importante examinar el nivel de las tarifas y los precios que el concesionario puede percibir. Las tarifas y los precios percibidos por el concesionario pueden ser la fuente de recursos principal (a veces incluso la única) para pagar la inversión efectuada en el proyecto, a falta de subvenciones o de pagos de la autoridad contratante (véanse párrafos 17 a 21) o el gobierno (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, ___). El concesionario procurará, pues, estar en condiciones de fijar y mantener las tarifas y los precios a un nivel que le garantice una liquidez suficiente para el proyecto. No obstante, en algunos ordenamientos puede haber límites a la libertad del concesionario de fijar tarifas y precios. El costo al que se prestan los servicios públicos es normalmente un elemento de la política del gobierno en materia de infraestructura y causa de preocupación inmediata para amplios sectores del público. Así pues, el marco regulatorio comprende en muchos países normas especiales para controlar tarifas y precios por la prestación de servicios públicos (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). Además, en algunos ordenamientos jurídicos, disposiciones legales u otras normas generales de derecho establecen parámetros para fijar precios de bienes o servicios requiriendo, por ejemplo, que los precios satisfagan ciertos niveles de “razonabilidad”, “justicia” o “equidad”.

16. Cuando se estimen necesarias disposiciones sobre el nivel de las tarifas y los precios que el concesionario puede cobrar, debe tenderse a conseguir un equilibrio entre los intereses de los inversionistas y los de los usuarios actuales y futuros. Es aconsejable que los criterios legales para determinar los precios tomen en cuenta, además de los factores sociales que el gobierno considera pertinentes, el interés del concesionario en lograr un nivel de liquidez que garantice la viabilidad económica y la rentabilidad comercial del proyecto. Puede, pues, ser útil que la ley reconozca que la recuperación del capital y el costo de explotación y mantenimiento, con una tasa de rendimiento razonable, es uno de los elementos esenciales de un sistema de tarifas justo. Además, conviene dotar a las partes de las facultades necesarias para negociar arreglos apropiados, incluidas disposiciones sobre indemnización, a fin de atender a situaciones en que la aplicación de normas sobre precios relacionadas directa o indirectamente con la prestación de servicios públicos pueda resultar en que se fijen precios por debajo del nivel requerido para la explotación rentable del proyecto (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___)

c) *Obligaciones financieras de la autoridad contratante*

17. Cuando el concesionario ofrece servicios directamente al público en general, la autoridad contratante u otro organismo estatal puede comprometerse a hacer pagos directos al concesionario como sustituto o además de las tasas por los servicios que hayan de pagar los usuarios. Si el concesionario elabora un producto para su posterior transmisión o distribución por otro proveedor de servicios, la autoridad contratante puede comprometerse a adquirir ese producto al por mayor a un precio y en unas condiciones convenidas. A continuación se examinan brevemente los principales ejemplos de sistemas de ese tipo.

i) *Pagos directos*

18. En algunos países, la autoridad contratante ha utilizado los pagos directos como sustituto o complemento de los pagos de los usuarios finales, en particular en proyectos de autopistas de peaje, mediante un mecanismo conocido como “peaje encubierto”. Los peajes encubiertos son sistemas mediante los cuales el concesionario asume la obligación de desarrollar, construir, financiar y explotar una carretera u otra instalación de transporte durante un número determinado de años a cambio de pagos periódicos en lugar o además de los peajes reales o explícitos pagados por los usuarios. Los planes de peajes encubiertos pueden utilizarse para atender a riesgos peculiares de los proyectos de transporte, en particular el de que sólo se alcancen unos niveles de tráfico inferiores a los esperados (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, ___). Además, los planes de peajes encubiertos pueden ser políticamente más aceptables que los peajes directos, por ejemplo, cuando se teme que la introducción del pago de peajes en carreteras públicas puede dar lugar a protestas de los usuarios.

19. Los peajes encubiertos pueden representar un gasto sustancial de la autoridad contratante y precisar de una estrecha y minuciosa vigilancia por parte de ésta. En los países que han utilizado peajes encubiertos para el desarrollo

de nuevos proyectos viarios, los pagos de la autoridad contratante al concesionario se basan principalmente en niveles reales de tránsito, medidos en vehículos-kilómetro. Se considera conveniente disponer que los pagos no se efectúen hasta que empiece a circular el tránsito, con lo que el concesionario tiene un incentivo para abrir la ruta lo más rápidamente posible. Al mismo tiempo, se ha hallado que es conveniente calcular los pagos sobre la base del tránsito real mientras dure la concesión, de modo que el concesionario tenga también una razón para velar por que la carretera necesite durante ese tiempo de un mínimo de reparaciones perturbadoras. Otra posibilidad es que el acuerdo de proyecto contenga una pena o una cláusula de daños y perjuicios pactados por la falta de disponibilidad de carriles debido a los trabajos de reparación previstos. Los sistemas de pago utilizados en algunos países se refinan aún más dividiendo el tránsito en cierto número de "bandas", con diferentes niveles de volúmenes de tránsito anual y pagos por vehículo, con lo que niveles inferiores de tránsito entrañan pagos más elevados por vehículo, mientras que unos niveles superiores dan lugar a pagos inferiores. Las bandas mismas pueden aumentarse con el tiempo para adecuarlas al crecimiento previsto del tránsito. Pueden establecer distintas bandas según la longitud de los vehículos. Se suele requerir del concesionario que efectúe permanentemente recuentos del tránsito para calcular los vehículos-kilómetro anuales, que la autoridad contratante verifica periódicamente. Un sistema algo modificado puede combinar los peajes encubiertos y los peajes directos pagados por los usuarios. En ese sistema la autoridad contratante sólo paga peajes encubiertos en caso de que el nivel de tránsito durante un cierto período descienda por debajo del nivel mínimo acordado necesario para que el concesionario pueda explotar rentablemente la carretera.

ii) *Compromisos de compra*

20. En el caso de instalaciones con financiación privada que producen bienes o servicios susceptibles de ser entregados o prestados durante largo tiempo a un comprador determinado, la exposición del concesionario a los riesgos de la demanda y los precios del mercado puede atenuarse mediante arreglos contractuales que garanticen la compra de todo el producto de la infraestructura o de una parte mínima convenida del mismo. Cuando la autoridad contratante u otra entidad pública es el único cliente de los servicios o bienes suministrados por el concesionario, la ley dispone a veces que esas entidades tengan la obligación de comprar los bienes y servicios a medida que el concesionario los ofrezca según una tarifa convenida. Los contratos de este tipo se suelen calificar de "acuerdos de absorción" (*off-take agreements*) y se utilizan frecuentemente, pero no de manera exclusiva, para apoyar el desarrollo de plantas de energía eléctrica por productores independientes. Los acuerdos de absorción abarcan a menudo dos tipos de pago: los pagos por la disponibilidad de la capacidad de producción y los pagos por unidades de consumo real. En un proyecto de producción de energía eléctrica, por ejemplo, el acuerdo de compra de la energía puede prever los siguientes devengos:

a) *Devengos por capacidad.* Se trata de devengos pagaderos independientemente de la producción real en un período de facturación y se calculan para que sean suficientes para pagar todos los costos fijos del concesionario ocasiona-

dos por la financiación y el mantenimiento del proyecto, incluidos el servicio de la deuda y otros gastos corrientes de financiación, gastos fijos de explotación y mantenimiento y una cierta tasa de beneficio. El pago de los devengos por capacidad está a menudo sometido a la observancia de ciertas normas de rendimiento o disponibilidad;

b) *Devengos por consumo.* Estos devengos no pretenden cubrir todos los costos fijos del concesionario, sino pagar los costos variables o marginales que el concesionario ha de soportar para producir y entregar una unidad determinada del servicio o bien pertinente (por ejemplo, un kilovatio-hora de electricidad). Los devengos por consumo se calculan comúnmente para que sufraguen los costos variables de explotación del concesionario, como el combustible consumido mientras funciona la instalación, gastos de tratamiento del agua y costos de productos consumibles. Los pagos variables se vinculan a menudo a los propios costos variables de explotación del concesionario o a un índice que refleje razonablemente los cambios de los costos de explotación.

21. Desde la perspectiva del concesionario, un sistema combinado de devengos por capacidad y por consumo es particularmente útil para garantizar la recuperación de los costos cuando la función de transmitir o distribuir los bienes o servicios producidos por el concesionario está sometida a monopolio. No obstante, los devengos por capacidad previstos en el acuerdo de absorción deben ser proporcionados a las demás fuentes de capacidad de producción de que disponga o que realmente utilice la autoridad contratante. Unos devengos por capacidad elevados imponen una carga a la capacidad de compra de la autoridad contratante y aumentan el riesgo de incumplimiento o repudio del acuerdo, por ejemplo, por motivos de interés público. Con el fin de garantizar la disponibilidad de los fondos necesarios para los pagos de la autoridad contratante conforme al acuerdo de absorción, es aconsejable examinar si se necesitan mecanismos de presupuestación anticipada. Los pagos en un acuerdo de absorción pueden estar respaldados por una garantía otorgada por el gobierno anfitrión o por un organismo nacional o internacional de caución (véase el capítulo II, "Riesgos del proyecto y respaldo público", ___).

2. *Emplazamiento del proyecto*

22. Cuando vaya a construirse una nueva infraestructura en un terreno que sea propiedad de la autoridad contratante, o se vaya a modernizar o rehabilitar una instalación ya existente (como en el caso de los proyectos de "modernización-explotación-traspaso" o de "rehabilitación-explotación-traspaso"), en general la autoridad contratante deberá, como propietaria de dicho terreno o instalación, ponerlo a disposición del concesionario. La autoridad contratante podrá o bien transmitir al concesionario la propiedad del terreno de las instalaciones, o bien reservarse la propiedad, otorgando al concesionario el derecho a utilizar el terreno o las instalaciones y a construir en él. Además de la facultad legislativa general que pueda necesitarse para que la autoridad contratante transfiera la propiedad pública al concesionario u otorgue a éste el derecho a utilizar esos bienes públicos (véase el capítulo I, "Consideraciones generales sobre la legislación", ___), es importante examinar el régimen de la propiedad de las diversas categorías de activo requeridas para el desarrollo y la explotación de infraestructuras, y los procedi-

mientos para adquirir los bienes cuando éstos no están ya en manos de la autoridad contratante.

a) *Propiedad de los activos del proyecto*

23. En algunos países la ley prevé que la infraestructura física necesaria para la prestación de servicios públicos siga siendo de propiedad de la autoridad contratante. Sin embargo, durante la vida del proyecto, el concesionario puede hacer grandes mejoras o adiciones a la infraestructura originalmente recibida de la autoridad contratante o construida por el mismo concesionario. El concesionario puede también adquirir diversos bienes que, sin ser indispensables o estrictamente necesarios para la prestación del servicio, tal vez aumenten la conveniencia o la eficiencia de explotar la instalación o la calidad del servicio. En uno y otro caso cabe abrigar dudas sobre la titularidad de estos bienes. Se necesita claridad a este respecto para determinar el tipo y la importancia de las garantías reales que el concesionario puede establecer sobre los activos del proyecto con el fin de conseguir financiación para éste (véanse párrafos 34 a 36). Se necesitará claridad además con miras a asegurar un traspaso ordenado de los activos a la autoridad contratante u otro concesionario al finalizar el plazo del proyecto, en el caso de proyectos de “construcción-explotación-traspaso” y otros análogos (véase el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión” ___). Aunque la ley puede disponer una definición general de categorías de activo que de ordinario deban seguir siendo de propiedad de la autoridad contratante o de otro organismo gubernamental o que deban imperativamente traspasarse a la autoridad contratante, quizá no haya ninguna necesidad urgente de disposiciones legislativas detalladas sobre este asunto. En realidad, en diversos países se consideró suficiente requerir en la ley que el acuerdo de proyecto especifique, según corresponda, qué activos seguirán siendo de propiedad de la autoridad contratante u otro organismo gubernamental y qué categorías de activos permanecerán como propiedad privada del concesionario.

b) *Adquisición de los terrenos necesarios para ejecutar el proyecto*

24. Tanto en los casos en que la infraestructura será transferida de nuevo a la autoridad contratante como en aquellos en que permanecerá en manos del concesionario, es aconsejable que las partes determinen el estado en que se encuentren los terrenos y las instalaciones en el momento en que se transfieren al concesionario. Esa determinación puede disminuir los desacuerdos cuando la infraestructura se devuelve a la autoridad contratante. En consecuencia, el acuerdo de proyecto debería prever la inspección, la mensura y el amojonamiento de ese terreno y de la instalación ya existente antes de que se transfieran al concesionario o se pongan a su disposición. Otros asuntos que suelen resolverse en el acuerdo de proyecto son los procedimientos para traspasar el terreno o las instalaciones y la presentación de la documentación necesaria.

25. La situación puede hacerse más compleja cuando el terreno no es aún propiedad de la autoridad contratante y debe ser comprado a sus dueños. En la mayoría de los casos, el concesionario no estará en las mejores condiciones para asumir la responsabilidad de comprar el terreno necesario para

el proyecto. El concesionario puede temer la demora y los gastos que posiblemente entrañarán las negociaciones con un número tal vez grande de propietarios y, como es necesario en algunas partes del mundo, practicar complicadas búsquedas de títulos de propiedad y examinar cadenas de anteriores transmisiones de la titularidad para poder comprobar la regularidad del título de cada dueño. Por consiguiente, lo normal es que la autoridad contratante asuma la responsabilidad de proporcionar los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto, a efectos de evitar demoras innecesarias o un aumento del costo del proyecto de resultados de su adquisición. La autoridad contratante puede comprar los terrenos necesarios a sus propietarios o, si es necesario, adquirirlos por vía forzosa. El procedimiento para la adquisición forzosa de bienes privados contra el pago de una indemnización adecuada a sus dueños, de conformidad con las normas en vigor en el país anfitrión y las normas pertinentes del derecho internacional, se denomina en las legislaciones nacionales con varias expresiones técnicas. En la *Guía* se denomina “expropiación”.

26. De haberse de recurrir a la expropiación, tal vez sea necesario adoptar algunas medidas previas para evitar demoras en las obras de construcción. En los países cuyo derecho interno prevea más de un tipo de procedimiento de expropiación, tal vez convenga disponer que toda expropiación requerida para proyectos de infraestructura con financiación privada se tramitará por el más eficiente de dichos procedimientos, que en algunos países es el procedimiento especial que se sigue en supuestos de necesidad pública imperiosa (véase el capítulo VII, “Ley aplicable”, ___).

27. El derecho a expropiar bienes de propiedad privada corresponde generalmente al gobierno, pero la legislación de algunos países autoriza también a los empresarios de infraestructura o a las empresas de servicios públicos (por ejemplo, compañías de ferrocarriles, de electricidad o telefónicas) a entablar ciertas actuaciones para la expropiación de bienes privados que sean necesarios para prestar sus servicios al público o para ampliarlos. En aquellos países en los que se determina judicialmente la indemnización pagadera a los propietarios de bienes expropiados, se ha visto la conveniencia de delegar en el concesionario la facultad de llevar a cabo determinadas medidas relativas a la expropiación, aunque siga incumbiendo al gobierno el adoptar toda medida que, conforme a la normativa aplicable, constituya un requisito previo al inicio del procedimiento de expropiación. Al llevarse a cabo la expropiación, la propiedad del terreno pasa a menudo al gobierno, aunque en algunos casos la legislación puede autorizar a la autoridad contratante para convenir con el concesionario alguna otra solución, según la aportación respectiva al costo de la expropiación de los inmuebles.

3. *Servidumbres*

28. Además de adquirir el terreno para la construcción de la instalación, puede ser necesario asegurar el acceso del concesionario a dicho terreno en los casos en que la situación del emplazamiento del proyecto sea tal que el acceso requiera pasar por terrenos de propiedad de terceros. Además, la naturaleza del proyecto puede ser tal que exija que el concesionario entre en propiedades de terceros (por ejemplo, para colocar señales de tráfico en terrenos adyacentes; para instalar postes o líneas de transmisión eléctrica que atravie-

sen la propiedad de terceros; para la instalación y el mantenimiento de equipo de transformación y conexión; para talar árboles que obstaculicen líneas telefónicas situadas en terrenos colindantes). En la *Guía* se emplea el término “servidumbre” para referirse en general al derecho a utilizar la propiedad ajena para un fin determinado o para realizar ciertos trabajos en ella.

29. Las servidumbres exigen generalmente el consentimiento del propietario del bien al que pertenecen, a menos de que se trate de derechos que establece la ley. Excepto en los casos en que las servidumbres necesarias afecten únicamente a un pequeño número de propiedades adyacentes, no suele ser una solución expeditiva ni rentable dejar que el concesionario negocie directamente las servidumbres con los propietarios. En lugar de ello, es más frecuente que esas servidumbres las obtenga el gobierno, al tiempo que se procede a la expropiación del emplazamiento del proyecto. La adquisición forzosa de servidumbres está generalmente sometida a las mismas condiciones aplicables a la adquisición forzosa de terrenos, a saber, la existencia de motivos o razones de interés público y el pago de una indemnización adecuada de conformidad con las normas en vigor en el país anfitrión y las normas pertinentes del derecho internacional.

30. Otra vía distinta sería que la propia ley determinase los tipos de servidumbres que se otorgarán al concesionario, sin que ello requiera necesariamente la expropiación de los bienes sobre los que recaen dichas servidumbres. Este sistema puede ser utilizado con una normativa de tipo sectorial, cuando el gobierno considere posible determinar de antemano ciertas servidumbres mínimas que el concesionario puede necesitar. Por ejemplo, en una norma especial promulgada para el sector de la energía eléctrica cabe mencionar las condiciones en que el concesionario obtendrá el derecho a tender cables con el fin de instalar y explotar redes básicas y de distribución sobre propiedades ajenas. Este derecho puede ser necesario para efectuar ciertas tareas, como la instalación o el tendido de cables subterráneos y aéreos, así como estructuras de apoyo y equipo de transformación y conexión; para mantener, reparar y desmontar cualquiera de dichas instalaciones; para establecer una zona de seguridad a lo largo de todo el tendido subterráneo o aéreo; para eliminar obstáculos al tendido de los cables o que invadan la zona de seguridad.

31. Conforme a algunos ordenamientos, el concesionario puede estar obligado a pagar una indemnización al propietario, al igual que en el supuesto de expropiación, cuando se trate de una servidumbre que cause notable trastorno al propietario en el disfrute de su propiedad.

4. *Garantías reales*

32. En general, las garantías reales sobre bienes muebles otorgan al acreedor garantizado, en principio, dos tipos de derecho: un derecho real a hacerse cargo de la propiedad o hacer que un tercero lo haga y la venta, y un derecho prioritario a recibir el pago con el producto de la venta de los bienes en caso de insolvencia del deudor. En la práctica financiera general, los prestamistas negocian garantías reales que les permiten al vencimiento del crédito hacer suyo un proyecto del que puedan hacerse cargo y explotarlo para restablecer su viabilidad económica con miras a volverlo a ven-

der en su momento o retener el proyecto por tiempo indefinido y percibir unos ingresos permanentes. Además, la garantía puede desempeñar una función defensiva o preventiva al dar la seguridad de que, en el caso de que un tercero adquiera el negocio del deudor (por ejemplo, mediante ejecución de una garantía real, adjudicación en caso de quiebra o directamente del deudor), todo el producto resultante de la venta de sus activos servirá en primer lugar para amortizar los préstamos pendientes.

33. Los mecanismos de garantía desempeñan una función central en la financiación de los proyectos de infraestructura, en particular cuando la financiación está estructurada conforme a la modalidad de “financiación con respaldo del propio proyecto”. Entre los documentos financieros para proyectos de infraestructura con financiación privada suelen figurar detallados mecanismos a este respecto que, en la mayoría de los casos, abarcan garantías sobre los activos físicos relacionados con el proyecto y garantías sobre los activos incorporables del concesionario. A continuación se examinan algunos de los principales requisitos para concertar con buen éxito mecanismos de garantía.

a) *Garantías sobre bienes físicos*

34. La negociación de los mecanismos de garantía necesarios para que la compañía del proyecto obtenga la financiación necesaria puede verse en general facilitada si las leyes del país anfitrión autorizan expresamente la creación de garantías reales sobre los bienes físicos comprendidos en la infraestructura. No obstante, puede haber obstáculos jurídicos a la creación de esas garantías reales, en particular cuando los activos siguen siendo de propiedad de la autoridad contratante o de otro organismo público durante toda la duración del proyecto. Si el concesionario carece del derecho de propiedad, no estará en muchos ordenamientos jurídicos habilitados (o lo estará sólo de manera limitada) para gravar esos bienes.

35. Cuando existan limitaciones de este tipo, la ley puede, de todos modos, facilitar la negociación de mecanismos de garantía indicando, por ejemplo, los tipos de bienes sobre los cuales pueden crearse esas garantías reales o el tipo de garantías reales permisibles. En algunos ordenamientos, un concesionario al que se otorga el arrendamiento de ciertos bienes o el derecho a utilizarlos puede crear una garantía real sobre el arriendo o el derecho de uso. Además, también cabe crear garantías reales cuando la concesión abarca diferentes tipos de bienes públicos, como cuando se concede a una compañía de ferrocarril la propiedad de los terrenos adyacentes (y no sólo el derecho a usarlos) además del derecho a utilizar la infraestructura pública.

36. Cuando sea posible crear alguna forma de garantía real respecto de los bienes de la autoridad contratante o que ésta deba traspasar, o activos respecto de los cuales la autoridad contratante tiene una opción contractual de compra (véase el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, ___), la ley tal vez exija la aprobación de la autoridad contratante para que el concesionario pueda crear esas garantías reales. Con objeto de facilitar la creación de la garantía puede ser útil, en esa situación, facultar a la autoridad contratante para que manifieste esa aprobación mediante una disposición general en el acuerdo de proyecto, en vez de re-

querir actos especiales de aprobación para cada objeto respecto del cual se cree la garantía.

b) *Garantías sobre bienes incorporeales*

37. El principal bien incorporal en un proyecto de infraestructura es la concesión misma, es decir, el derecho del concesionario a explotar la infraestructura o prestar el servicio pertinente. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la concesión proporciona a su titular la facultad de controlar todo el proyecto y habilita al concesionario para percibir los ingresos generados por el proyecto. De este modo, el valor de la concesión excede con mucho del valor combinado de todos los bienes físicos integrados en un proyecto. Dado que el titular de la concesión tendrá normalmente derecho a poseer todos los activos del proyecto y disponer de ellos (con la posible excepción de los que pertenecen a otras partes, como los bienes de propiedad de la autoridad contratante u otro organismo público), la concesión abarcará normalmente los activos presentes y futuros de carácter tangible o intangible. En consecuencia, los prestamistas pueden considerar la concesión como un componente esencial de los mecanismos de garantía negociados con el concesionario. Una prenda de la concesión misma puede entrañar diversas ventajas prácticas para el concesionario y los prestamistas, en particular, en ordenamientos que de otro modo no permitirían crear garantías reales sobre todos los activos de la compañía, o que no reconocen en general garantías reales sobre bienes que no estén en posesión del acreedor (véase el capítulo VII, “Ley aplicable”, ___). Estas ventajas pueden consistir en: evitar la necesidad de crear garantías reales por separado para cada bien del proyecto, permitir al concesionario que continúe utilizando esos activos en el curso ordinario de sus negocios, hacer posible pignorar ciertos bienes sin transmitir a los acreedores su posesión efectiva. Además, una prenda de la concesión puede habilitar a los prestamistas, en caso de incumplimiento del concesionario, a impedir que se rescinda el proyecto haciéndose cargo de la concesión y celebrar acuerdos para que el proyecto continúe con otro concesionario. La prenda de la concesión puede, por tanto, representar un complemento útil o, en ciertas circunstancias, un sustituto de un acuerdo directo entre prestamistas y autoridad contratante acerca de los derechos de subrogación de los primeros (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___).

38. Puede haber, sin embargo, en algunos ordenamientos jurídicos obstáculos a una prenda de la concesión a falta de autorización legislativa expresa. Conforme a diversos ordenamientos, sólo pueden crearse garantías reales respecto de activos que el otorgante de la garantía pueda libremente transmitir. Dado que el derecho a explotar la infraestructura no es en la mayoría de los casos transmisible sin el consentimiento de la autoridad contratante (véanse párrafos 52 a 55), en algunos de ellos puede no ser posible que el concesionario cree garantías reales sobre la concesión misma. La legislación reciente en algunos países de tradición romanística ha eliminado ese obstáculo creando una categoría especial de garantía real, mencionado a veces con expresiones como “hipoteca de concesión de obra pública” o “prenda de concesión de obra pública”, que generalmente dota a los prestamistas de una garantía real ejecutable que abarca todos los derechos otorgados al concesionario conforme al acuerdo del proyecto. No obstante, a fin de proteger el interés públi-

co, la ley requiere el consentimiento de la autoridad contratante para toda medida de los prestamistas tendiente a hacer valer ese derecho, en las condiciones que prevea un acuerdo entre la autoridad contratante y los prestamistas. En algunos ordenamientos de derecho anglosajón se ha logrado una solución algo más limitada al hacer una distinción entre el derecho no transmisible de llevar a cabo cierta actividad bajo licencia oficial (por ejemplo, los “derechos públicos” nacidos de la licencia) y el derecho a reclamar el producto percibido por el licenciario (por ejemplo, los “derechos privados” de este último conforme a la licencia).

39. Para los países en que no sea jurídicamente posible permitir la creación de una garantía real sobre la concesión misma, puede ser útil que la ley faculte expresamente al concesionario a crear garantías reales sobre los derechos económicos derivados de la concesión o su producto. Ese producto suele comprender las tarifas cobradas al público por la utilización de la infraestructura (por ejemplo, viajes en una autopista) o el precio pagado por los clientes por los bienes o servicios suministrados por el concesionario (por ejemplo, tasas de electricidad). Puede abarcar también los ingresos procedentes de concesiones auxiliares. La garantía de este tipo es un elemento típico de los mecanismos de financiación negociados con los prestamistas. Puede además desempeñar una función imprescindible para la emisión por el concesionario de obligaciones y otros títulos negociables. En diversos ordenamientos jurídicos se han incluido en la legislación nacional disposiciones legales que reconocen la facultad del concesionario de pignorar el producto de los proyectos de infraestructura.

c) *Garantías constituidas sobre las acciones del concesionario*

40. La constitución de garantías reales sobre las acciones del concesionario plantea, en principio, problemas semejantes a los planteados por la cesión de una concesión (véanse párrafos 52 a 55). Cuando no pueda llevarse a cabo la cesión ni la transmisión de la concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante, la legislación prohíbe a veces la constitución de garantías reales sobre las acciones del concesionario. No obstante, cabe señalar que la garantía sobre las acciones del concesionario es normalmente exigida por los prestamistas en las operaciones de financiación del proyecto y que las prohibiciones generales de la constitución de dicha garantía pueden limitar de manera innecesaria la capacidad del concesionario de obtener financiación para el proyecto. Al igual que ocurre con otras formas de garantía, puede ser útil que la legislación autorice a los accionistas del concesionario a crear esa garantía, a condición de que la autoridad contratante dé previamente su aprobación en los casos en que se necesitaría para la transmisión de la participación social en la compañía del proyecto (véase párrafo 62).

5. Organización del concesionario

41. En el acuerdo del proyecto se recogen generalmente disposiciones relativas a la condición jurídica del concesionario, que regulan la cuestión de si éste tiene que constituirse como entidad jurídica independiente o si el proyecto puede adjudicarse a título colectivo al consorcio del proyecto. Disposiciones sobre estas cuestiones figuran también general-

mente en la legislación nacional sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.

42. En la práctica comercial, un consorcio es un acuerdo contractual por el que un grupo de empresas se compromete a colaborar en la realización de un proyecto sin constituirse en entidad jurídica independiente. Los consorcios se han organizado con frecuencia en la industria de la construcción para el desarrollo de proyectos de gran envergadura que requieren grandes sumas de capital y pericia técnica en diversos ámbitos. En general, los consorcios se consideran como estructuras sociales meramente contractuales, sin personalidad jurídica propia. No obstante, no existe un régimen jurídico uniforme aplicable a los consorcios, sino que pueden corresponder a categorías contractuales diversas en cada ordenamiento nacional, y su condición jurídica, así como los derechos y obligaciones de sus miembros, varía de un ordenamiento a otro.

43. El formar un consorcio del proyecto ofrece ciertas ventajas, como una mayor flexibilidad en los tratos entre los miembros del consorcio. Otra razón para optar por no establecer una entidad jurídica independiente en el país anfitrión puede ser también la de evitar la doble imposición, en caso de no existir un acuerdo bilateral de doble imposición entre el país anfitrión y el o los países en los que los inversionistas extranjeros tengan su residencia a efectos fiscales. También puede haber casos en los que la autoridad contratante desee reservarse la posibilidad de contratar a consorcios para proyectos de infraestructura, según sean la dimensión y la naturaleza del proyecto, o con miras a que todos los miembros del consorcio sean conjuntamente responsables de todo el proyecto.

44. Para los países que deseen reservarse dicha posibilidad, la legislación puede ofrecer a la autoridad adjudicadora la posibilidad de optar entre adjudicar el proyecto a un consorcio o exigir que el consorcio del proyecto seleccionado cree una entidad jurídica independiente, dependiendo de las necesidades del proyecto. Pero será necesario resolver una serie de cuestiones en el acuerdo de proyecto, y puede que sea necesario negociar con todo detalle la coordinación entre los miembros del consorcio y el establecimiento de enlaces adecuados con la autoridad contratante, así como definir el alcance de las responsabilidades y obligaciones de cada uno de los miembros del consorcio en la ejecución del proyecto².

45. No obstante, es más frecuente que el concesionario se constituya como entidad jurídica independiente. Desde la

perspectiva de la autoridad contratante, una entidad independiente facilita la coordinación en la ejecución del proyecto y puede proporcionar un mecanismo para proteger los intereses del proyecto, que quizá no siempre coincidirán con los intereses particulares de cada uno de los miembros del consorcio. Este aspecto puede revestir especial importancia cuando uno o más miembros del consorcio vayan a proporcionar alguna parte o segmento importante de los servicios o suministros necesarios para el proyecto. Puesto que gran parte de las responsabilidades y obligaciones del concesionario, incluidas las que sean a largo plazo (acuerdo de proyecto, acuerdos de préstamo y garantía, contratos de construcción), se determinan generalmente en una etapa temprana, tal vez convenga que el proyecto esté representado a título de entidad independiente en el momento de negociarse dichos instrumentos.

46. Con frecuencia se exige que las entidades que reciban concesiones para la prestación de servicios públicos se constituyan con arreglo al derecho interno del país anfitrión. Dado el interés público en las actividades del concesionario, la autoridad contratante tal vez desee que éste cumpla las disposiciones nacionales sobre contabilidad y publicidad (por ejemplo, publicación de estados financieros; requisitos de publicidad para ciertos actos sociales). No obstante, ese requisito subraya la necesidad de que estén en vigor en el país anfitrión leyes de sociedades adecuadas (véase el capítulo VIII, "Ley aplicable", ___). La facilidad con que pueda constituirse el concesionario, respetando debidamente todo requisito razonable que se juzgue de interés público, puede ayudar a evitar demoras innecesarias en la ejecución del proyecto.

47. El momento adecuado para la constitución del concesionario es una cuestión que debe estudiarse a la luz de los diferentes intereses que existen en un proyecto típico. Llevados por el interés de iniciar cuanto antes la fase de ejecución, algunas autoridades contratantes pueden ser partidarias de exigir que se constituya en la etapa más temprana posible. No obstante, debe tenerse en cuenta que normalmente no se dispone de compromisos definitivos y firmes por parte de los prestamistas y de otros financiadores antes de la adjudicación final de la concesión, en particular cuando se prevé que sea una entidad jurídica independiente el medio para obtener la financiación del proyecto, como en una operación de "financiación con respaldo del propio proyecto" (véase "Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada", ___). En consecuencia, cuando la autoridad contratante exija que los miembros del consorcio ofertante constituyan una entidad jurídica independiente para llevar a cabo el proyecto, es generalmente aconsejable requerir que el concesionario se constituya en un plazo razonablemente breve después, pero no antes, de la adjudicación del proyecto.

48. Otra cuestión importante relacionada con la organización del concesionario se refiere a la inversión de capital social necesaria para constituirlo. La autoridad contratante tiene interés legítimo en buscar un nivel de capital social que asegure una base financiera sólida para el concesionario y garantice su capacidad de hacer frente a sus obligaciones. La inversión total necesaria así como la proporción ideal de deudas y capital social varían de un proyecto a otro, por lo que en general sería difícil determinar una cantidad o un porcentaje fijos adecuados para todos los casos. Por tanto, tal

²En la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (capítulo II, "Selección de los sistemas de contratación", párrs. 9 a 16), se estudian brevemente las cuestiones relativas a la contratación de obras de construcción con un grupo sin integrar de empresas. Algunas de las cuestiones que se mencionan en ese capítulo pueden también aplicarse, por analogía a las negociaciones sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, incluidas: cómo puede superarse la dificultad de interponer una acción contra empresas de diferentes países en caso de que surja una controversia; cómo se puede formular una cláusula de solución de controversias de modo que toda controversia que se plantee entre la autoridad contratante y algunos o todos los miembros del consorcio se resuelvan en el mismo procedimiento arbitral o judicial; en qué forma han de estructurarse los avales dados por terceros en garantía de buena ejecución y las garantías de buena calidad que proporcionen los miembros del consorcio; qué acuerdos accesorios habrá tal vez de celebrar la autoridad contratante; cuáles son las normas imperativas de la ley aplicable a un acuerdo con un grupo de contratistas.

vez no sea conveniente prescribir como requisito legal una cantidad fija de capital mínimo para todas las compañías que realicen proyectos de infraestructura en el país. Una solución más flexible podría ser la de indicar en el pliego de condiciones el capital mínimo requerido para la constitución del concesionario como un porcentaje ideal del costo total del proyecto. Si la autoridad contratante prefiere negociar la cantidad o la proporción de inversiones en capital social ofrecidas por el consorcio ofertante seleccionado, quizá prefiera ser lo suficientemente flexible para llegar a un capital mínimo adecuado en el curso del proceso de selección.

49. Junto a la cuestión del capital mínimo, la legislación nacional puede contener disposiciones relativas a la forma que debe adoptar el concesionario. Algunas legislaciones exigen expresamente que el concesionario se constituya en cierto tipo de sociedad, mientras que otras no disponen nada al respecto. En los casos en que se considere importante especificar la forma en la que deberá constituirse el concesionario, es conveniente tener en cuenta el interés que tendrán los miembros del consorcio en asegurar que su responsabilidad quede limitada al volumen de su inversión. Para evitar toda responsabilidad subsidiaria por el pago de las deudas del concesionario, sus accionistas preferirán normalmente la forma de sociedad en la que su responsabilidad quede limitada al valor de su participación en el capital social, como una sociedad anónima. Los accionistas no estarían dispuestos a realizar un proyecto que les exigiera una responsabilidad limitada por las deudas del concesionario.

50. Algunas legislaciones contienen disposiciones relativas al ámbito de las actividades del concesionario, exigiendo, por ejemplo, que se limiten al desarrollo y gestión de un proyecto concreto. Dichas restricciones pueden tener como objeto asegurar la transparencia de la contabilidad del proyecto y proteger la integridad de sus bienes, separando los bienes, beneficios y deudas del proyecto de que se trate de los de otros proyectos y otras actividades que no guarden relación alguna con el mismo. Además, un requisito de este tipo puede facilitar la evaluación de la ejecución de cada proyecto, ya que los déficits y los superávits no pueden cubrirse ni compensarse con las deudas ni con los beneficios de otros proyectos o actividades.

51. También puede interesar a la autoridad contratante asegurarse de que los estatutos y reglamentos del concesionario reflejen debidamente las obligaciones que asume la compañía en el acuerdo de proyecto. Por tanto, los acuerdos de proyecto prevén a veces que la entrada en vigor de cambios en los estatutos y reglamentos del concesionario se produzca tras la aprobación de la autoridad contratante. Si la autoridad contratante u otro organismo público participa en el concesionario, se dispone a veces que determinadas decisiones necesiten el voto favorable de la autoridad contratante en las juntas de accionistas o en el consejo de administración. En cualquier caso, es importante sopesar los intereses públicos que representa el gobierno y la necesidad de permitir que la compañía del proyecto goce de la flexibilidad necesaria para cumplir con su cometido. La gestión diaria del proyecto podría obstaculizarse si hasta las cuestiones de menor importancia relativas a los asuntos internos de la compañía requiriesen sistemáticamente la autorización estatal previa. Además, los requisitos de ese tipo pueden aumentar el riesgo de que se ejerza una presión indebida sobre el concesionario. Cuando se estime necesario pedir la aprobación de la autori-

dad contratante a las modificaciones propuestas de los estatutos y reglamentos del concesionario, será aconsejable limitar ese requisito a los casos relativos a disposiciones que se consideren de importancia decisiva (por ejemplo, cuantía del capital, clases de acciones y privilegios de éstas, procedimientos de liquidación) y que podrían determinarse en el acuerdo de proyecto.

6. Cesión de la concesión

52. Las concesiones se adjudican a la vista de las especiales calificaciones y la fiabilidad del concesionario y en la mayoría de los ordenamientos no pueden traspasarse libremente. De hecho, las legislaciones nacionales prohíben a menudo la cesión de la concesión sin el consentimiento de la autoridad contratante. La finalidad de estas limitaciones suele ser asegurar el control de la autoridad contratante sobre las calificaciones técnicas de las empresas gestoras de infraestructura o de servicios públicos.

53. Algunos países han considerado conveniente mencionar en la legislación las condiciones en las que puede darse la aprobación para el traspaso de una concesión antes de que haya expirado su plazo, como, por ejemplo, que el nuevo concesionario acepte todas las obligaciones que le sean impuestas en el acuerdo del proyecto y demuestre poseer la capacidad técnica y financiera necesaria para prestar el servicio. Las disposiciones legislativas de carácter general de este tipo pueden complementarse con disposiciones específicas estipuladas en el acuerdo de proyecto que definan el ámbito de dichas restricciones, así como las condiciones en las que la autoridad contratante puede dar su consentimiento. Sin embargo, es de observar que estas restricciones se aplican normalmente a la transferencia voluntaria de sus derechos por el concesionario; no excluyen la transferencia forzosa de la concesión a una entidad designada por los prestamistas, de conformidad con un acuerdo directo entre ellos y la autoridad contratante, a los efectos de evitar la liquidación consiguiente a un grave incumplimiento del concesionario (véase además el capítulo V, "Desarrollo y explotación de infraestructura", ___).

54. Otra situación que puede precisar de consideración legislativa se refiere a la transferencia a otra entidad de la obligación de llevar a cabo una actividad del proyecto en particular, y no la cesión total de la concesión. En los casos en que se da al concesionario el derecho de prestar servicios accesorios, o cuando la concesión comprende varias actividades susceptibles de ser llevadas a cabo por separado, tal vez el concesionario desee contratar a otra entidad para llevar a cabo algunas de estas actividades mediante la cesión parcial de sus derechos conforme al acuerdo de proyecto. Esa cesión parcial se denomina en algunos ordenamientos jurídicos "subconcesión". Si la concesión misma no es cedible, puede haber obstáculos a una cesión parcial sin autorización legislativa. En circunstancias normales, sin embargo, la autoridad contratante no tendría razones de peso para excluir totalmente la posibilidad de subconcesiones, siempre que pueda cerciorarse de la viabilidad y las calificaciones técnicas del subconcesionario.

55. Otra cuestión conexas se refiere al método para la selección del subconcesionario. Algunos países cuentan con normas específicas que regulan la adjudicación de contratos

para la prestación de servicios públicos, y en otros la legislación exige, de manera expresa, que se utilicen procedimientos de selección competitiva para la adjudicación de subconcesiones. Reglas de este tipo se adoptaban en los tiempos en que casi todas las infraestructuras eran propiedad del gobierno y estaban gestionadas por éste, con escasa o insignificante inversión del sector privado. Su finalidad era asegurar la economía, eficacia, integridad y transparencia de la utilización de los fondos públicos. No obstante, en el caso de proyectos de infraestructura ejecutados por entidades privadas tal vez ya no exista una razón imperiosa de interés público para determinar el procedimiento que debe seguir el concesionario para la adjudicación de subconcesiones.

7. *Transmisibilidad de las acciones de la compañía del proyecto*

56. Puede preocupar a la autoridad contratante que los miembros originales del consorcio ofertante mantengan su compromiso con el proyecto a lo largo de toda su duración y que el control efectivo sobre el concesionario no se transfiera a entidades desconocidas por la autoridad contratante. Los concesionarios se escogen para llevar a cabo proyectos de infraestructura por lo menos en parte sobre la base de su experiencia y sus capacidades para ese tipo de proyecto (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, ___). Preocupa, pues, a las autoridades contratantes que, si los accionistas del concesionario son del todo libres para transmitir sus inversiones en un proyecto determinado, no habrá seguridad acerca de quién prestará realmente los servicios pertinentes.

57. En algunos países se han introducido restricciones a la transmisibilidad de las acciones de compañías que prestan servicios públicos, con el fin de atender a la preocupación legítima de la autoridad contratante acerca de la capacidad de esas compañías de prestar el servicio pertinente conforme a las normas y las condiciones acordadas. No obstante, desde una perspectiva legislativa, es importante considerar las posibles desventajas de imponer limitaciones sobre la transmisibilidad de inversiones en las compañías concesionarias y la medida en que esas limitaciones garantizan la prestación de los servicios prometidos.

58. Las autoridades contratantes pueden conformarse con la experiencia que el consorcio ofertante seleccionado haya demostrado en la fase de preselección y las garantías de cumplimiento otorgadas por las organizaciones matrices del consorcio original y sus subcontratistas. En la práctica, sin embargo, no conviene exagerar la tranquilidad que pueda resultar de la aparente pericia de los accionistas del concesionario. Cuando se crea una entidad jurídica aparte para llevar a cabo el proyecto, como ocurre con frecuencia (véanse párrafos 41 a 51), el respaldo de los accionistas del concesionario, en caso de que el proyecto tropiece con dificultades, puede verse limitado por su responsabilidad mínima. Así, las restricciones a la transmisibilidad de las inversiones tal vez no representen, en sí mismas, una protección suficiente contra el riesgo de incumplimiento del concesionario. En particular, estas restricciones no sustituyen a los remedios contractuales apropiados previstos en el acuerdo de proyecto, como la supervisión del nivel del servicio prestado (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___), rescisión sin plena indemnización en el caso de un cumplimiento insatisfactorio (véase el capítulo VI, “Cumplimiento

del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, ___), o la sustitución de la compañía del proyecto por otro concesionario designado por los prestamistas conforme a un acuerdo directo con la autoridad contratante (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___).

59. Cabe observar también que, en cierta medida, las preocupaciones acerca de la capacidad del concesionario de cumplir satisfactoriamente conforme al acuerdo de proyecto no afectan únicamente a la autoridad contratante. Los asociados del concesionario, incluidos los prestamistas, estarán tan preocupados como la autoridad contratante de asegurarse que el diseñador, el contratista de la construcción y la compañía explotadora satisfagan sus obligaciones conforme al acuerdo de proyecto. En la práctica, las garantías contractuales, las garantías de cumplimiento o las pólizas de seguros (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___) pueden ser más eficaces para proteger contra un futuro incumplimiento que la retención forzosa de la inversión por el socio incumplidor.

60. Las limitaciones de la transmisibilidad de acciones en empresas que prestan servicios públicos pueden presentar también algunas desventajas para la autoridad contratante. Las limitaciones a la libertad del sector privado de transferir su participación social en proyectos de infraestructura con financiación privada puede igualmente limitar la diversidad de tipos de inversión y de inversionistas, reduciendo así las posibilidades de disminuir el costo de la financiación. En una perspectiva a largo plazo, el desarrollo de un mercado para inversiones en infraestructura pública puede ser obstaculizado si los inversionistas se ven innecesariamente limitados en la libertad de transmitir sus derechos en proyectos de infraestructura con financiación privada.

61. Como antes se observó (véase “Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, ___), existen muchos tipos de financiación obtenibles de diferentes inversionistas para distintos perfiles de riesgo y remuneración. Los inversionistas iniciales, como las empresas de construcción y los proveedores de equipo, tratarán de ser remunerados por los mayores riesgos que asumen, mientras que los inversionistas posteriores pueden pedir un rendimiento menor a la medida de los menores riesgos a que hacen frente. La mayoría de los inversionistas iniciales disponen de recursos finitos y necesitan reciclar el capital para poder participación en nuevos proyectos. Por consiguiente, esos inversionistas suelen evitar inmovilizar su capital en proyectos a largo plazo. Al final del período de construcción, los inversionistas iniciales pueden preferir vender su participación a un proveedor secundario de capital que pida un tipo de rendimiento inferior. Una vez asegurado el uso de la infraestructura, podría recurrirse a otro tipo de refinanciación. Pero, si la capacidad del inversionista de invertir y reinvertir capital para el desarrollo de proyectos se ve restringida por limitaciones a la transmisibilidad de las acciones en proyectos de infraestructura se corre el riesgo de que la financiación tenga un costo más alto. En algunas circunstancias tal vez no sea posible financiar en absoluto un proyecto, ya que algunos inversionistas cuya participación pudiera ser decisiva para la ejecución del proyecto tal vez no estén dispuestos a participar en él.

62. Por las mencionadas razones, puede ser aconsejable limitar las restricciones a la transmisión de acciones de com-

pañías concesionarias a las situaciones en que tales restricciones se justifican por decisivas razones de interés público. Una de esas situaciones puede darse si la autoridad contratante u otro organismo del gobierno ha confiado a un concesionario bienes públicos (véase párrafo 23) o si el concesionario recibe préstamos, subvenciones, capital u otras formas de respaldo oficial directo (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, ___). En esos casos la responsabilidad de la autoridad contratante por el uso correcto de fondos públicos impone asegurarse de que los fondos y los bienes se confían a una compañía sólida con la que los inversionistas originales permanezcan comprometidos durante un tiempo razonable. Otra situación que quizá justifique imponer limitaciones a las transferencias de acciones de empresas concesionarias puede darse cuando la autoridad contratante tiene interés en impedir que se transmitan acciones a determinados inversionistas. Por ejemplo, la autoridad contratante tal vez desee controlar la adquisición de las participaciones dominantes de proveedores de servicios públicos para evitar la formación de oligopolios o monopolios en los sectores liberalizados (véase “Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, ___). O puede pensarse que no conviene que una compañía que defraudó a una parte del gobierno sea empleada por otra mediante una filial nuevamente adquirida.

63. En estos casos excepcionales, puede ser conveniente pedir que los inversionistas iniciales obtengan el consentimiento previo de la autoridad contratante antes de transmitir su participación social. Debe quedar claro en el acuerdo de proyecto que ese consentimiento no ha de ser negado sin razón ni retardado indebidamente. A efectos de transparencia, puede ser además aconsejable expresar en la ley los motivos por los que quepa negar la aprobación y requerir a la autoridad contratante que especifique en cada caso las razones de su negativa. Puede que haya que estudiar caso por caso la duración adecuada de esas limitaciones (por ejemplo, para una fase en particular del proyecto o para el plazo de la concesión). En algunos proyectos tal vez sea posible relajar esas restricciones una vez terminada la instalación. Es también conveniente aclarar en el acuerdo de proyecto si estas limitaciones, de haberlas, han de aplicarse a la transferencia de alguna participación en el concesionario, o si las preocupaciones de la autoridad contratante se centran en un inversionista determinado (por ejemplo, una empresa de construcción o el diseñador de la instalación), mientras dure la fase de construcción o durante un tiempo apreciable a partir de la misma.

8. Duración del acuerdo del proyecto

64. Las leyes de algunos países contienen disposiciones que limitan la duración de las concesiones de infraestructura a cierto número de años. Algunas establecen un número general para la mayoría de los proyectos de infraestructura y límites especiales para proyectos en determinados sectores de infraestructura. En algunos países existen plazos máximos de duración sólo para ciertos sectores.

65. La duración aconsejable de un acuerdo de proyecto puede depender de una serie de factores, como: la vida operacional de la instalación; el tiempo durante el cual el servicio sea probablemente necesario; la vida útil prevista de los activos vinculados con el proyecto; hasta qué punto se puede cambiar la tecnología necesaria para el proyecto; el tiempo necesario para que el concesionario salde sus deudas y amortice la inversión inicial. Dada la dificultad de un único límite legal para la duración de los proyectos de infraestructura, es aconsejable examinar la posibilidad de adoptar soluciones legales que den a la autoridad contratante cierta flexibilidad, para negociar, en cada caso, un plazo adecuado al proyecto de que se trate.

66. En algunos ordenamientos jurídicos, este resultado se logra con disposiciones que exigen que todas las concesiones queden sometidas a un período máximo de duración, sin especificar ningún número de años. A veces la ley indica únicamente qué elementos deben tenerse en cuenta para determinar la duración de la concesión (por ejemplo, la naturaleza y la cuantía de las inversiones necesarias que ha de efectuar el concesionario, el período normal de amortización para estructuras e instalaciones concretas). Algunas leyes especiales para un proyecto o un sector determinado prevén un sistema combinado por el que el acuerdo de proyecto debe establecer la expiración de la concesión al final de cierto período o una vez se hayan reembolsado las deudas del concesionario y se haya alcanzado cierto nivel de ingresos, producción o utilización.

67. No obstante, si se cree necesario adoptar límites legales, el período máximo debe ser suficientemente largo para que el concesionario pueda devolver todas sus deudas y obtener un beneficio razonable. Además, puede ser útil facultar a la autoridad contratante, en casos excepcionales para acordar períodos de concesión más largos, teniendo en cuenta el monto de las inversiones y el período que se necesita para recuperarlas, y con sujeción a métodos especiales de aprobación.

A/CN.9/458/Add.6

Capítulo V. Desarrollo y explotación de infraestructura

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> |
|--|-----------------|
| RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN | 1)-11) |
| NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN | 1-91 |
| A. Observaciones generales | 1 |
| B. Subcontratación | 2-4 |

| | <i>Párrafos</i> |
|---|-----------------|
| C. Proyectos de construcción | 5-7 |
| 1. Examen y aprobación de los planes de construcción | 8-9 |
| 2. Modificación de las condiciones del proyecto | 10-13 |
| 3. Facultades de vigilancia de la autoridad contratante | 14-17 |
| D. Explotación de infraestructuras | 18-46 |
| 1. Obligaciones generales de los proveedores de servicios públicos | 10-30 |
| 2. Control de precios | 31-39 |
| 3. Requisitos de difusión | 40-41 |
| 4. Normas de rendimiento | 42-43 |
| 5. Facultades de ejecución del concesionario | 44-46 |
| E. Fianzas de cumplimiento y seguros | 47-58 |
| 1. Tipos, funciones y naturaleza de las fianzas de cumplimiento | 48-49 |
| 2. Ventajas y desventajas de los diversos tipos de fianzas de cumplimiento | 50-56 |
| 3. Planes de seguros | 57-58 |
| F. Cambio de las condiciones | 59-68 |
| 1. Cambios legislativos y reglamentarios | 60-63 |
| 2. Cambios de las condiciones económicas | 64-68 |
| G. Disposiciones de exención | 69-79 |
| 1. Definición de los acontecimientos exonerantes | 70-73 |
| 2. Consecuencias para las partes | 74-79 |
| H. Incumplimiento y acciones | 80-91 |
| 1. Consideraciones generales sobre incumplimientos y acciones | 81-82 |
| 2. Derecho de intervención de la autoridad contratante | 83-86 |
| 3. Derecho de intervención de los prestamistas y traspaso obligatorio de la concesión | 87-91 |

RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

Subcontratación (párrafos 2 a 4)

1) Tal vez desee el país anfitrión disponer:

a) Que el concesionario tendrá derecho a concertar contratos, cuando sea preciso, para realizar las obras públicas y explotar y mantener las instalaciones de infraestructura. Se deberá comunicar a la autoridad contratante los nombres y calificaciones de los subcontratistas del concesionario;

b) Que, no obstante lo dispuesto *supra*, la autoridad contratante podrá reservarse el derecho a examinar y aprobar los contratos concertados por el concesionario con sus propios accionistas o personas asociadas. La autoridad contratante no denegará normalmente su aprobación, salvo cuando los contratos contengan disposiciones manifiestamente contrarias al interés público o a normas obligatorias de derecho público.

Proyectos de construcción (párrafos 5 a 17)

2) Tal vez desee el país anfitrión disponer:

a) Que, cuando proceda, el acuerdo de proyecto establecerá los procedimientos para que la autoridad contratante

examine y apruebe los planes y especificaciones de la construcción;

b) Que el acuerdo de proyecto especificará las circunstancias en que la autoridad contratante podrá ordenar que se modifiquen las condiciones de la construcción; la indemnización a que podrá tener derecho el concesionario, cuando proceda, para cubrir los costos adicionales que supongan las modificaciones; los procedimientos para determinar y liquidar esos costos, y las circunstancias y cuantías que harán que el concesionario deje de estar obligado a realizar las modificaciones.

c) Que la autoridad contratante, cuando proceda, podrá reservarse el derecho a inspeccionar la construcción de las instalaciones de infraestructura, o sus mejoras, para cerciorarse de que se ajustan a las normas técnicas que estime aceptables. Cualquier suspensión del proyecto ordenada por la autoridad contratante no excederá del período necesario, habida cuenta de las circunstancias que dieron lugar a la decisión de suspender el proyecto;

d) Que los acuerdos de proyecto establecerán los procedimientos para el ensayo e inspección final de las instalaciones, su equipo y sus accesorios. Cuando la legislación exija que las instalaciones sean aceptadas por la autoridad contratante, la aceptación no deberá denegarse a menos que

se determine que la construcción está incompleta o es defectuosa;

Explotación de la infraestructura (párrafos 18 a 46)

3) Tal vez desee el país anfitrión disponer que el acuerdo de proyecto, cuando proceda, determinará las obligaciones del concesionario, a fin de garantizar:

a) La ampliación del servicio para satisfacer la demanda de la comunidad o territorio a que se destine;

b) La continuidad del servicio, salvo cuando resulte imposible prestarlo por algún impedimento exonerante previsto en el acuerdo de proyecto;

c) La disponibilidad del servicio en condiciones esencialmente iguales para todos los usuarios, sin perjuicio de una diferenciación razonable entre las distintas categorías de usuarios, basada en criterios objetivos previstos en el acuerdo de proyecto;

d) El acceso sin discriminación, cuando proceda, de otros proveedores de servicios a cualquier red de infraestructura pública explotada por el concesionario, en las condiciones establecidas en el acuerdo de proyecto.

4) Cuando los precios percibidos por el concesionario estén sometidos a control externo por un órgano regulador, tal vez desee el país anfitrión disponer que el acuerdo de proyecto establecerá los mecanismos para la revisión periódica o extraordinaria de las fórmulas de reajuste de precios.

5) Tal vez desee el país anfitrión disponer que el acuerdo de proyecto establecerá:

a) La obligación del concesionario de facilitar a la autoridad contratante o a un órgano regulador, según proceda, informes y otros datos sobre la explotación;

b) Los procedimientos para vigilar el cumplimiento por parte del concesionario y adoptar las medidas razonables que la autoridad contratante considere apropiadas para garantizar que las instalaciones de infraestructura sean debidamente mantenidas y que se presten los servicios de conformidad con los requisitos jurídicos y contractuales aplicables.

6) Tal vez desee el país anfitrión disponer que, con sujeción a la aprobación de la autoridad contratante, el concesionario podrá dictar y aplicar normas que regulen la utilización de las instalaciones.

Fianzas de cumplimiento y seguros (párrafos 47 a 58)

7) Tal vez desee el país anfitrión disponer que el acuerdo de proyecto determinará:

a) La forma, duración y cuantía de las fianzas de cumplimiento que podrán exigirse al concesionario en relación con la construcción y explotación de las instalaciones;

b) La forma y cuantía de las pólizas de seguro que podrá exigirse que contrate el concesionario para garantizar la cobertura de los accidentes de trabajo, los daños ambientales, la responsabilidad civil hacia el público y los empleados, los daños a la propiedad y otros seguros que sean necesarios para la explotación continuada de las instalaciones.

Cambio de las condiciones (párrafos 59 a 68)

8) Tal vez desee el país anfitrión disponer que el acuerdo de proyecto establecerá los mecanismos para revisar las condiciones del acuerdo de proyecto cuando se produzcan modificaciones legislativas que afecten específicamente al proyecto de que se trate, o a una clase de proyectos similares, o a los proyectos de infraestructura con financiación privada en general, u otros cambios de las condiciones económicas o financieras que, sin impedir el cumplimiento de las obligaciones aceptadas por el concesionario, hagan ese cumplimiento sustancialmente más gravoso de lo previsto.

Disposiciones sobre exoneración (párrafos 69 a 79)

9) Tal vez desee el país anfitrión disponer que el acuerdo de proyecto determinará las circunstancias en que cualquiera de las partes podrá quedar exonerada de responsabilidad por incumplimiento o demora en el cumplimiento de cualquier obligación prevista en el acuerdo de proyecto, en la medida en que ese incumplimiento o demora hayan sido causados por un acontecimiento no sometido a un control razonable que haga que cualquiera de las partes no pueda cumplir sus obligaciones, y que esa parte no haya podido evitarlo mediante la diligencia debida.

Incumplimientos y acciones (párrafos 80 a 91)

10) Tal vez desee el país anfitrión prever que el acuerdo de proyecto determinará las acciones de que dispondrán la autoridad contratante y el concesionario en caso de incumplimiento de la otra parte.

11) En particular, tal vez desee el país anfitrión disponer:

a) Que, en caso de incumplimiento grave por el concesionario de sus obligaciones en virtud del acuerdo de proyecto, la autoridad contratante podrá hacerse cargo temporalmente de la explotación de las instalaciones, a fin de garantizar la prestación eficaz e ininterrumpida del servicio;

b) Que la autoridad contratante podrá concertar acuerdos con los prestamistas que permitan a éstos nombrar a un nuevo concesionario que cumpla el acuerdo de proyecto existente si el concesionario deja de prestar gravemente el servicio exigido en virtud del acuerdo de proyecto, o si se producen acontecimientos especificados que justifiquen la rescisión del acuerdo de proyecto.

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

A. Observaciones generales

1. Las condiciones de desarrollo y explotación de la infraestructura pueden variar considerablemente según los proyectos y, en consecuencia, no es aconsejable por lo común tratar de regular mediante disposiciones legislativas generales aspectos concretos de los derechos y obligaciones mutuas del concesionario y de la autoridad contratante. Sin embargo, en la mayoría de los proyectos de infraestructura se plantearán cuestiones que podría ser necesario que el poder legislativo considerase. Por ejemplo, podría ser necesario dar a la autoridad contratante facultades específicas para

concertar los acuerdos contractuales necesarios a fin de tratar algunas cuestiones de forma adecuada. Además, la administración pública puede tener interés en garantizar la previsibilidad y coherencia en el trato de algunas cuestiones que se plantean habitualmente en relación con la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada.

B. Subcontratación

2. Dada la complejidad de los proyectos de infraestructura, el concesionario utiliza normalmente los servicios de uno o más contratistas de obras para realizar una parte mayor o menor de la construcción con arreglo al acuerdo de proyecto. Además, el concesionario puede desear también contratar los servicios de contratistas con experiencia en la explotación y mantenimiento de infraestructuras, en la etapa de explotación del proyecto. Las legislaciones de algunos países reconocen en general la facultad del concesionario de concertar los contratos necesarios para realizar la construcción. Una disposición legislativa que reconozca la facultad del concesionario de subcontratar puede ser especialmente útil en los países en que existen limitaciones para que quienes contratan con la administración pública puedan subcontratar.

3. La libertad del concesionario para contratar subcontratistas está restringida en algunos países por normas que prescriben el uso de la licitación o de procedimientos similares para que los proveedores de servicios públicos puedan adjudicar subcontratos. Con frecuencia esas disposiciones legislativas se promulgaron cuando la administración pública explotaba principal o exclusivamente las instalaciones de infraestructura, y la inversión del sector privado era escasa o sólo marginal. La finalidad de esas disposiciones legales era garantizar la economía, eficiencia, integridad y transparencia de la utilización de los fondos públicos. Sin embargo, en el caso de proyectos de infraestructura con financiación privada puede no haber ya una razón imperiosa de interés público para prescribir al concesionario el procedimiento que deberá seguir en la adjudicación de sus contratos. Al contrario, esas disposiciones pueden desalentar la participación de posibles inversionistas, ya que los patrocinadores de proyectos incluyen normalmente empresas de ingeniería y construcción que participan en el proyecto esperando que se les adjudiquen los contratos principales para realizar la construcción y otras obras.

4. Sin embargo, la libertad del concesionario para seleccionar sus subcontratistas no es ilimitada. En algunos países, el concesionario tiene que indicar en su propuesta los contratistas que utilizará y facilitar información sobre su capacidad técnica y solvencia financiera. Otros países requieren que esa información se facilite en el momento de concertar el acuerdo de proyecto o someten los contratos a examen y aprobación previos por la autoridad contratante. La finalidad de esas disposiciones es evitar posibles conflictos de intereses entre la empresa del proyecto y sus accionistas, ya que la cuestión interesará también normalmente a los prestamistas, que quizá deseen asegurarse de que los que contraten con la empresa del proyecto no sean remunerados en exceso. En cualquier caso, si se considera necesario que la autoridad contratante tenga derecho a examinar y aprobar los subcontratos de la empresa del proyecto, en el acuerdo de proyecto deberán definirse claramente la finalidad de esos procedi-

mientos de examen y aprobación y las circunstancias en que la autoridad contratante podrá denegar la aprobación. Por regla general, la aprobación no deberá denegarse a menos que se estime que los subcontratos contienen disposiciones manifiestamente contrarias al interés público (por ejemplo, pagos excesivos a los subcontratistas o limitaciones no razonables de su responsabilidad) o contrarias a normas obligatorias de derecho público que se apliquen a la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada en el país anfitrión.

C. Proyectos de construcción

5. Las leyes y los reglamentos nacionales sobre contratos de obras públicas tradicionales contienen a menudo disposiciones detalladas sobre la ejecución de las obras y los procedimientos para garantizar que los contratistas se ajusten al diseño y demás especificaciones del proyecto. Las autoridades contratantes que adquieren obras de construcción actúan normalmente como un empleador en un contrato de construcción y conservan amplios derechos de vigilancia e inspección, incluido el de examinar el proyecto de construcción y solicitar modificaciones, vigilar de cerca el calendario de las obras, inspeccionar y aceptar oficialmente la construcción terminada y dar su autorización final para la explotación de las instalaciones.

6. En cambio, en muchos proyectos de infraestructura con financiación privada, la autoridad contratante puede prever una distribución diferente de responsabilidades entre el sector público y el privado. En lugar de asumir la responsabilidad directa de la gestión detallada del proyecto, las autoridades contratantes de esos países pueden preferir traspasar esa responsabilidad al concesionario, exigiéndole que asuma la plena responsabilidad de la terminación de la construcción dentro del plazo. También el concesionario tendrá interés en que el proyecto se termine a tiempo y no se supere el costo estimado, y normalmente negociará contratos "llave en mano" de precio y plazos fijos, que incluyan fianzas de cumplimiento dadas por los contratistas de la construcción. En consecuencia, en los proyectos de infraestructura con financiación privada es el concesionario el que, a la mayoría de los efectos, desempeña la función de empleador en virtud de los contratos de construcción.

7. De lo expuesto se deduce que las leyes y los reglamentos por que se rigen los contratos tradicionales de obras públicas pueden no ser totalmente apropiados para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Por ello, las disposiciones legislativas sobre la construcción de instalaciones de infraestructura con esa financiación se limitan en algunos países a dar una definición general de la obligación del concesionario de realizar las obras públicas de conformidad con las disposiciones del acuerdo de proyecto y conceden a la autoridad contratante un derecho general de vigilar la marcha de las obras a fin de asegurarse de que se ajusten a las disposiciones del acuerdo. En esos países, las disposiciones más detalladas se dejan al acuerdo de proyecto.

1. Examen y aprobación de los planes de construcción

8. Cuando se estima necesario tratar en la legislación los proyectos de construcción y cuestiones conexas, es aconse-

jable establecer procedimientos que ayuden a que la fecha de terminación y los costos de construcción no excedan de las estimaciones, y reduzcan la posibilidad de controversias entre el concesionario y las autoridades públicas de que se trate. Por ejemplo, cuando las disposiciones legales requieren que la autoridad contratante examine y apruebe el proyecto de construcción, el acuerdo de proyecto deberá fijar un plazo máximo para el examen del proyecto de construcción y disponer que se considerará concedida la aprobación si la autoridad contratante no formula objeciones durante ese período. Puede ser útil también especificar en el acuerdo de proyecto los motivos por los que la autoridad contratante podrá formular objeciones o solicitar modificaciones del proyecto (por ejemplo, seguridad pública, defensa y seguridad nacionales, preocupaciones ambientales o incumplimiento de las especificaciones).

9. Hay que señalar que, en algunos sistemas jurídicos, la parte que controle en definitiva el diseño o las especificaciones de un proyecto de construcción puede tener cierta responsabilidad por los defectos debidos a la falta de idoneidad del diseño o las especificaciones aprobados. En consecuencia, puede ser aconsejable que el acuerdo de proyecto aclare que la autoridad contratante no será responsable al respecto, salvo cuando el diseño y las especificaciones hubieran sido facilitados originalmente por ella (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, ___).

2. *Modificación de las condiciones del proyecto*

10. Durante la construcción de unas instalaciones de infraestructura, es corriente que se den situaciones que hagan necesario o conveniente modificar algunos aspectos de la construcción. En consecuencia, quizá desee la autoridad contratante reservarse el derecho de ordenar modificaciones en relación con aspectos como el ámbito de la construcción, las características técnicas del equipo o los materiales que se incorporarán a la obra o los servicios de construcción necesarios en virtud de las especificaciones. Esos cambios se denominan en la *Guía* “modificaciones”. Tal como se utiliza en la *Guía*, la palabra “modificación” no incluye los reajustes o revisiones de tarifas y precios por razón de variaciones de los costos o de fluctuaciones monetarias (véanse párrafos 32 a 37). Además, la *Guía* no considera como modificación la renegociación del acuerdo de proyecto en el caso de cambios sustanciales de las condiciones (véanse párrafos 59 a 68).

11. Dada la complejidad de la mayoría de los proyectos de infraestructura, no es posible excluir la necesidad de modificar las especificaciones de construcción u otros requisitos del proyecto. Sin embargo, esas modificaciones causan a menudo demoras en la ejecución del proyecto o en la prestación del servicio público; también pueden hacer más gravoso para el concesionario el cumplimiento del acuerdo de proyecto. Además, el costo de ejecutar órdenes de realizar amplias modificaciones puede exceder de los recursos financieros del propio concesionario, exigiendo una financiación adicional considerable que quizá no se pueda obtener a un costo aceptable. Por consiguiente, es aconsejable que la autoridad contratante estudie medidas para controlar la posible necesidad de modificaciones. La calidad de los estudios de viabilidad realizados por la autoridad contratante y de las especificaciones dadas durante el proceso de selección (véa-

se el capítulo III, “Selección del concesionario”, ___) desempeña una función importante para evitar modificaciones ulteriores del proyecto.

12. El concesionario querrá tener garantías de que no habrá de realizar gastos adicionales ni asumir responsabilidades por demora como consecuencia de las modificaciones solicitadas por la autoridad contratante. Por ello, es aconsejable exigir que el acuerdo de proyecto especifique las circunstancias en que la autoridad contratante podrá ordenar modificaciones con respecto a las condiciones de la construcción, y la indemnización que podrá percibir el concesionario, cuando proceda, para sufragar los costos adicionales que esas modificaciones supongan. El acuerdo de proyecto deberá aclarar también la medida en que el concesionario estará obligado a realizar las modificaciones y si podrá formular objeciones a ellas, y en caso afirmativo, por qué motivos. Además, siguiendo una práctica contractual corriente en algunos ordenamientos jurídicos, puede ser aconsejable prever en el acuerdo de proyecto que el concesionario quedará liberado de sus obligaciones cuando la cuantía de los costos adicionales que suponga la modificación exceda de un límite establecido.

13. En los contratos de construcción importantes se han utilizado diversos enfoques para tratar las modificaciones en relación con la obligación del contratista de realizar los cambios y los reajustes necesarios en el precio o la duración del contrato¹. Esas soluciones pueden utilizarse también, *mutatis mutandis*, en relación con las modificaciones solicitadas por la autoridad contratante en virtud del acuerdo de proyecto. Hay que señalar, sin embargo, que en las concesiones de infraestructura la remuneración de la empresa del proyecto consiste en las tarifas de utilización o los precios del producto de las instalaciones y no en un precio global por la construcción. Por ello, los métodos de indemnización utilizados en relación con las concesiones de infraestructura incluyen a veces una combinación de métodos diversos, que van desde el pago de sumas globales a los aumentos de tarifas o las prórrogas del período de la concesión. Por ejemplo, puede haber modificaciones que se traduzcan en un aumento de los costos que el concesionario sería capaz de absorber o financiar por sí mismo, amortizándolo por medio de un reajuste de las tarifas o del sistema de pago, según proceda. Si el concesionario no puede refinanciar o financiar las modificaciones por sí mismo, tal vez deseen las partes considerar el pago de sumas globales como alternativa de una estructura de refinanciación complicada y costosa.

3. *Facultades de vigilancia de la autoridad contratante*

14. En algunos sistemas jurídicos, los organismos públicos que adquieren proyectos de construcción se reservan normalmente la facultad de ordenar la suspensión o interrupción de los proyectos por razones de interés público. Sin embargo, a fin de dar ciertas seguridades a posibles inver-

¹Véase un examen de los enfoques y las posibles soluciones utilizados en los contratos de construcción de instalaciones industriales complejas en *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.87.V.10), capítulo XXIII, “Cláusulas de modificaciones en la construcción”.

sionistas, puede ser útil limitar la posibilidad de esa intervención sólo a circunstancias extraordinarias y disponer que ninguna de esas interrupciones será de duración o amplitud mayor que las precisas, teniendo en cuenta las circunstancias que den lugar a la necesidad de suspender o interrumpir las obras. Puede ser útil también convenir un plazo máximo de suspensión y prever la indemnización al concesionario por cualquier suspensión que exceda del plazo máximo convenido. Además, pueden darse garantías para garantizar el pago de la indemnización o para indemnizar al concesionario de las pérdidas resultantes de la suspensión del proyecto (véase también el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, ___).

15. Las disposiciones relativas a la inspección y aprobación finales de las obras de construcción por la autoridad contratante pueden ser de importancia especial en relación con los reglamentos de salud, seguridad, construcción o trabajo. También pueden ser de importancia con respecto a instalaciones que estén sometidas a un control regulador (por razones de seguridad o similares) o en que corresponda a la administración pública una responsabilidad directa o residual por daños y perjuicios al público atribuibles a defectos de la construcción de las instalaciones.

16. El acuerdo de proyecto deberá determinar detalladamente la naturaleza de los ensayos de terminación o la inspección de las instalaciones terminadas; el calendario de los ensayos (por ejemplo, puede ser conveniente realizar ensayos parciales al cabo de cierto tiempo, en lugar de un solo ensayo final); las consecuencias de no superar un ensayo; y a quién corresponde organizar los medios para el ensayo y sufragar los costos correspondientes. La aprobación final de las obras por la autoridad contratante es normalmente condición necesaria para autorizar la explotación de las instalaciones. En algunos países se ha estimado útil autorizar la explotación de las instalaciones con carácter provisional, en espera de la aceptación final de la autoridad contratante, y dar oportunidad al concesionario de rectificar los defectos que puedan encontrarse entonces. Cuando las cuestiones reguladoras o de responsabilidad no preocupen de forma inmediata a la autoridad contratante, ésta podrá limitarse a pedir al concesionario que realice los ensayos y dé garantías apropiadas de que las instalaciones pueden ser puestas en funcionamiento.

17. En los proyectos que requieren que las instalaciones y bienes conexos se entreguen a la autoridad contratante al terminar el plazo de la concesión (véase el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, ___), como en los proyectos de “construcción-explotación-traspaso” (CET) y similares, en donde la explotación se transfiere inmediatamente a la autoridad contratante al terminar la construcción, es importante establecer en el acuerdo de proyecto los requisitos para garantizar la durabilidad a largo plazo de las instalaciones construidas, después del período de la concesión. Además, la autoridad contratante deberá recibir seguridades de que obtendrá todo lo necesario para la explotación a largo plazo de las instalaciones, como planos, registros de mantenimiento correspondientes a su explotación por el concesionario y cualesquiera manuales que se hayan preparado para la explotación y el mantenimiento. Es también importante prever la capacitación adecuada de personal de la autoridad contratante antes de entregar a ésta definitivamente las instalaciones.

D. Explotación de infraestructuras

18. Durante la etapa de explotación el concesionario se compromete a explotar y mantener las instalaciones de infraestructura y cobrar el precio a los usuarios. A menudo se especifican en la legislación las condiciones de explotación y mantenimiento de las instalaciones, así como normas de calidad y seguridad, que se detallan en el acuerdo de proyecto. En los países que tienen disposiciones legislativas generales sobre concesiones, la ley puede limitarse por ejemplo, a describir en general las obligaciones principales de quienes presten servicios públicos y remitirse al acuerdo de proyecto. Cuando se requieren disposiciones legislativas concretas para que la autoridad contratante pueda realizar determinados tipos de proyectos, la disposición legal pertinente establece con frecuencia las condiciones de explotación y mantenimiento de las instalaciones de infraestructura de que se trate, complementadas por disposiciones más detalladas de las reglamentaciones por que se rija el sector de infraestructura de que se trate y por el acuerdo de proyecto, método que es común a varios ordenamientos jurídicos. Además, especialmente en la esfera de la electricidad, el agua y el saneamiento y el transporte público, la autoridad contratante o un órgano regulador independiente pueden ejercer una función de supervisión de la explotación de las instalaciones. El examen exhaustivo de las cuestiones jurídicas relativas a las condiciones de explotación de las instalaciones de infraestructura excedería del ámbito de la presente *Guía*. Por consiguiente, en los párrafos que siguen se hace sólo una breve exposición de algunas de las cuestiones principales.

19. Las disposiciones reguladoras sobre la explotación de infraestructuras y los requisitos jurídicos para la prestación de los servicios públicos tienen por objeto alcanzar diversos objetivos de interés público. Dada la duración normalmente larga de los proyectos de infraestructura, existe la posibilidad de que esas disposiciones y requisitos tengan que modificarse durante la vida del acuerdo de proyecto. Sin embargo, es importante tener en cuenta la necesidad que tiene el sector privado de un marco normativo estable y previsible. La modificación de las reglamentaciones o la introducción frecuente de normas nuevas y más estrictas pueden tener repercusiones perturbadoras en la ejecución del proyecto y comprometer su viabilidad financiera. Por consiguiente, aunque las partes pueden concertar acuerdos contractuales para contrarrestar los efectos perjudiciales de las modificaciones reguladoras ulteriores (véanse párrafos 60 a 63), los órganos reguladores harán bien en evitar una reglamentación excesiva, o variaciones frecuentes y poco razonables de las normas existentes.

1. Obligaciones generales de los proveedores de servicios públicos

20. En los diversos ordenamientos jurídicos, las entidades que prestan servicios públicos tienen algunas obligaciones especiales hacia sus usuarios o clientes o hacia otros proveedores de servicios públicos. A continuación se examinan las obligaciones más corrientes.

a) Ampliación de los servicios

21. En algunos ordenamientos jurídicos, la entidad que explota en virtud de una concesión pública la prestación de de-

terminados servicios esenciales (por ejemplo, electricidad o agua potable) a una comunidad o territorio y sus habitantes asume la obligación de prestar un sistema de servicios que sea razonablemente suficiente para satisfacer la demanda de la comunidad o del territorio. Esa obligación se refiere no sólo a la demanda en el momento en que se otorgó la concesión, sino que implica la obligación de mantenerse al ritmo de crecimiento de la comunidad o territorio servidos y de ampliar gradualmente el sistema en la medida que lo requiera la demanda razonable de la comunidad o el territorio. En algunos ordenamientos jurídicos, esa obligación tiene el carácter de una obligación pública que puede aducir cualquier residente de la comunidad o el territorio de que se trate. En otros ordenamientos se trata de una obligación legal o contractual cuyo cumplimiento puede exigir la autoridad contratante o un órgano regulador, según los casos.

22. Esa obligación, cuando existe, no es absoluta ni sin reservas. La obligación del concesionario de ampliar sus instalaciones de servicio depende, en algunos ordenamientos jurídicos, de diversos factores, como la necesidad y el costo de la ampliación y los ingresos que cabe esperar como consecuencia de ella; la situación financiera del concesionario; el interés público de realizar la ampliación, y el alcance de las obligaciones asumidas por el concesionario al respecto en virtud del acuerdo de proyecto. En algunos ordenamientos jurídicos, el concesionario puede estar obligado a ampliar las instalaciones de servicio aunque esa ampliación concreta no sea inmediatamente rentable o aunque, como consecuencia de las ampliaciones, el territorio del concesionario pueda llegar a incluir zonas no rentables. No obstante, la obligación está sometida a ciertos límites, ya que no se exige al concesionario que realice ampliaciones que supongan una carga no razonable para el concesionario o sus clientes. En función de las circunstancias concretas, el costo de realizar ampliaciones de las instalaciones de servicio puede ser absorbido por el concesionario, trasladado a los clientes o usuarios finales mediante aumentos de precios o cargos extraordinarios, o ser absorbido total o parcialmente por la autoridad contratante o por otro organismo público por medio de subvenciones o donaciones. Dada la diversidad de los factores que puede ser preciso tener en cuenta a fin de evaluar la razonabilidad de cualquier ampliación concreta, es aconsejable exigir que el acuerdo de proyecto determine las circunstancias en que se podrá exigir al concesionario que realice ampliaciones de sus instalaciones de servicio y los métodos apropiados para financiar el costo de cualquiera de esas ampliaciones.

b) *Continuidad de servicio*

23. Otra obligación de quienes prestan servicios públicos es garantizar la prestación continua del servicio en la mayoría de las circunstancias, salvo si se trata de acontecimientos exonerantes concretamente definidos (véanse párrafos 70 a 73). En algunos ordenamientos jurídicos, esta obligación tiene el carácter de una obligación legal exigible aunque no se incluya expresamente en el acuerdo de proyecto. El corolario de esa norma, en los ordenamientos jurídicos en que existe, es que diversas circunstancias que, de conformidad con los principios generales del derecho contractual podrían autorizar a una de las partes contratantes a suspender o interrumpir el cumplimiento de sus obligaciones (por ejemplo, dificultades económicas o incumplimiento por la otra parte),

no podrán ser invocadas por el concesionario como motivo para la suspensión o interrupción, total o parcial, de la prestación de un servicio público. En algunos ordenamientos jurídicos, la autoridad contratante puede tener incluso facultades especiales de ejecución para obligar al concesionario a reanudar la prestación de servicio en caso de una interrupción ilícita.

24. También esta obligación está sometida a una norma general de razonabilidad. Diversos ordenamientos jurídicos reconocen el derecho del concesionario a una indemnización justa por haber tenido que prestar el servicio en condiciones de penuria económica (véanse párrafos 74 a 79). Además, en algunos ordenamientos jurídicos, se prevé que quien presta servicios públicos no podrá ser obligado a hacerlo cuando su explotación general se traduzca en una pérdida. Cuando un servicio público en su conjunto, y no sólo una o más de sus ramas o territorios, deja de ser rentable, el concesionario puede tener derecho a una indemnización directa a cargo de la autoridad contratante o, alternativamente, a rescindir el acuerdo de proyecto. Sin embargo, esa rescisión requiere normalmente el consentimiento de la autoridad contratante o una decisión judicial. Por consiguiente, es aconsejable aclarar en el acuerdo de proyecto cuáles son las circunstancias extraordinarias que justificarían la suspensión del servicio o incluso que el concesionario quedase liberado de sus obligaciones en virtud del acuerdo de proyecto (véase también el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, ___).

c) *Igualdad de trato de los clientes o usuarios*

25. En algunas jurisdicciones, las entidades que prestan determinados servicios al público en general tienen obligación de garantizar la disponibilidad del servicio en condiciones esencialmente iguales para todos los usuarios y clientes comprendidos en la misma categoría. Sin embargo, toda diferenciación basada en una clasificación razonable y objetiva de los clientes y usuarios se acepta en esos ordenamientos, siempre que se preste al mismo tiempo un servicio semejante a los consumidores y usuarios dedicados a operaciones semejantes en circunstancias también semejantes. En consecuencia, puede no ser incompatible con el principio de igualdad de trato cobrar precios diferentes u ofrecer diferentes condiciones de acceso a categorías diferentes de usuarios (por ejemplo, consumidores familiares, por una parte, y consumidores mercantiles o industriales, por otras), siempre que la diferenciación se base en criterios objetivos y corresponda a diferencias reales en la situación de los consumidores o las condiciones en que se les preste el servicio. No obstante, cuando la diferencia del precio u otras condiciones del servicio se base en diferencias reales de éste (por ejemplo, precios más altos por servicios prestados en horas de consumo máximo), deberá ser normalmente proporcionada a la diferencia.

26. Además de la diferenciación establecida por el propio concesionario, el trato diferente de determinados usuarios o clientes puede ser consecuencia de medidas legislativas. En muchos países, la legislación exige que determinados servicios se presten en condiciones especialmente favorables a determinadas categorías de usuarios y clientes (por ejemplo, transporte con descuento para niños en edad escolar o ancianos, o tarifas reducidas de agua o electricidad para usuarios rurales o de bajos ingresos). Quienes presten servicios públicos pueden resarcirse de esas cargas o costos de servicio de

diversas formas, entre ellas subvenciones públicas, fondos u otros mecanismos oficiales creados para distribuir la carga financiera de esas obligaciones entre todos los que presten servicios públicos, o subvenciones internas de otros servicios rentables (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, ___).

d) *Interconexión y acceso a las redes de infraestructura*

27. Las empresas que explotan redes de infraestructura en sectores como el transporte ferroviario, las telecomunicaciones o el suministro de energía o gas tienen que permitir a veces a otras empresas el acceso a la red. Este requisito puede establecerse en el acuerdo de proyecto o recogerse en las leyes o reglamentaciones específicas del sector. En algunos sectores de infraestructura se han introducido requisitos de interconexión y acceso como complemento de las medidas de desagregación vertical, en otros se han adoptado para fomentar la competitividad en sectores que siguen estando total o parcialmente integrados (véase, *supra*, un breve examen de las cuestiones de la estructura del mercado, en “Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, ___).

28. A menudo, los explotadores de redes tienen que facilitar el acceso en condiciones que sean justas y no discriminatorias tanto desde el punto de vista financiero como desde el punto de vista técnico. La no discriminación supone que el nuevo participante o proveedor de servicios podrá utilizar la infraestructura del explotador de la red en condiciones que no sean menos favorables que las que ese explotador aplique a sus propios servicios o a los de los proveedores competidores. Sin embargo, hay que señalar que muchos regímenes de acceso a oleoductos no requieren que las condiciones sean totalmente iguales para el transportista y sus competidores. La obligación de acceso puede ser matizada de algún modo. Así, por ejemplo, puede limitarse sólo a la capacidad sobrante o someterse a condiciones razonables, más que iguales.

29. Aunque la fijación de precios de acceso se basa normalmente en el costo, los órganos reguladores pueden desear reservarse el derecho a vigilar los precios de acceso a fin de garantizar que sean suficientemente altos para ofrecer incentivos adecuados para la inversión en la infraestructura necesaria y suficientemente bajos para que nuevos participantes puedan competir en condiciones justas. Cuando el explotador de la red presta servicios compitiendo con otros proveedores, puede exigirse que sus actividades se separen de las otras desde el punto de vista contable, a fin de determinar el costo real de la utilización por terceros de la red o de alguna de sus partes.

30. Las condiciones de acceso técnico pueden ser igualmente importantes, y se puede exigir a los explotadores de la red que la adapten para que satisfaga las necesidades de acceso de los nuevos participantes. El acceso puede ser a la red en su conjunto o a partes o segmentos monopolísticos de ella (a veces se habla también de instalaciones críticas o esenciales). Muchas administraciones públicas permiten a quienes presten servicios construir su propia infraestructura o utilizar una infraestructura alternativa cuando ésta existe. En estos casos, el proveedor de servicio puede necesitar tener acceso sólo a una pequeña parte de la red y, según muchas reglamentaciones, no se le puede obligar a pagar más que el costo

correspondiente a la utilización de las instalaciones concretas que necesite, como el circuito de telecomunicaciones local, la capacidad de transmisión en el suministro de electricidad o el empleo de un tramo de vía ferroviaria.

2. Control de precios

31. Salvo cuando el concesionario puede determinar libremente sus tarifas y su política comercial, la legislación interna somete a menudo los precios del concesionario a algún mecanismo de control. Muchos países han preferido establecer sólo los principios generales de la fijación de precios en su legislación y dejar su aplicación real al órgano regulador que se ocupe de las condiciones de las licencias o concesiones. Cuando se aplican medidas de control de precios, la legislación requiere normalmente que la fórmula utilizada se publique al solicitar las propuestas y se incorpore al acuerdo de proyecto. Los sistemas de control de precios consisten normalmente en fórmulas para reajustar los precios y en disposiciones sobre vigilancia para garantizar el cumplimiento de los parámetros de ese reajuste.

a) *Métodos de control de precios*

32. Los métodos de control de precios más comunes utilizados en las legislaciones nacionales son el de la rentabilidad y el del precio tope. Hay también sistemas híbridos con elementos de ambos. A continuación se examinan brevemente esos métodos.

i) *Método de la rentabilidad*

33. Con arreglo al método de la rentabilidad, el mecanismo de reajuste de precios tiene por objeto permitir al concesionario obtener una rentabilidad determinada, normalmente expresada en un porcentaje y que representa una media ponderada del costo de la deuda y del capital social. Las tarifas para un período determinado se fijan sobre la base de los ingresos generales del concesionario que explote las instalaciones, lo que supone la determinación de sus gastos, las inversiones realizadas para prestar los servicios y la rentabilidad autorizada. Se realizan periódicamente exámenes de las tarifas, a veces siempre que la autoridad contratante u otras partes interesadas estimen que los ingresos reales son superiores o inferiores a los esperados de las instalaciones. Con ese fin, la autoridad contratante comprueba los gastos de las instalaciones, determina hasta qué punto las inversiones realizadas por el concesionario pueden incluirse en la base tarifaria, y calcula los ingresos que deben obtenerse para cubrir los gastos autorizados y la rentabilidad convenida.

34. La aplicación del método de la rentabilidad requiere un volumen considerable de información, así como negociaciones extensas (por ejemplo, sobre los gastos y la asignación de costos que pueden tenerse en cuenta). Se ha visto que el método de la rentabilidad ofrece un alto grado de seguridad a los explotadores de infraestructuras, ya que el concesionario tiene la garantía de que las tarifas aplicadas serán suficientes para cubrir sus gastos de explotación y obtener la rentabilidad convenida. Como los precios se reajustan regularmente, manteniendo así la rentabilidad del concesionario esencialmente constante, las inversiones en empresas que prestan servicios públicos están expuestas a escasos riesgos

comerciales. El resultado es normalmente unos costos de capital inferiores. La posible desventaja del método de la rentabilidad es que ofrece escaso incentivo a los exportadores de infraestructuras para minimizar sus costos, porque tienen la seguridad que los recuperarán mediante reajustes tarifarios. Sin embargo, puede haber cierto grado de incentivo si las tarifas no se ajustan instantáneamente o si los reajustes no se aplican con carácter retroactivo.

ii) *Método del precio tope*

35. En virtud de este método, se establece una fórmula de precios para un período determinado (por ejemplo, cuatro o cinco años), teniendo en cuenta la inflación futura y las futuras ganancias de eficiencia que se esperan de las instalaciones. Se permite que los precios fluctúen dentro de los límites establecidos en la fórmula. En algunos países, la fórmula consiste en una media ponderada de diversos índices, en otros es un índice de precios al consumo menos un factor de productividad. Cuando se requieren nuevas inversiones sustanciales, la fórmula puede incluir un componente adicional para cubrir esos costos extraordinarios. La fórmula puede aplicarse a todos los servicios de la empresa o sólo a grupos de servicios determinados, y pueden utilizarse fórmulas diferentes para diferentes grupos. El reajuste periódico de la fórmula, sin embargo, se basa en cálculos de rentabilidad, y requiere la misma información detallada anteriormente indicada, aunque con menos frecuencia.

36. La aplicación del método del precio tope puede ser menos compleja que la del método de la rentabilidad. Se ha visto que el primero de esos métodos ofrece mayores incentivos a quienes prestan servicios públicos, ya que el concesionario conserva las ventajas de unos costos inferiores a los previstos hasta el siguiente período de reajuste. Al propio tiempo, sin embargo, quienes prestan servicios públicos están normalmente expuestos a más riesgos cuando se aplica el método del precio tope que cuando se aplica el método de la rentabilidad. En particular, el concesionario se enfrenta con el riesgo de pérdidas cuando los costos resultan superiores a los previstos, ya que no puede aumentar los precios hasta el siguiente reajuste. Ese riesgo mayor aumenta los costos de capital. Si no se permite que la rentabilidad de la empresa del proyecto aumente, podría haber dificultades para atraer nuevas inversiones. Además, la empresa puede sentirse tentada a disminuir la calidad del servicio para reducir los costos.

iii) *Métodos híbridos*

37. Muchos métodos de reajuste tarifario actualmente utilizados combinan elementos de los métodos de la rentabilidad y del precio tope a fin de reducir los riesgos a que se exponen los proveedores de servicios y de ofrecer incentivos suficientes para la eficiencia en la explotación de la infraestructura. Uno de esos métodos híbridos emplea escalas móviles para reajustar las tarifas, que garantizan los reajustes al alza cuando la rentabilidad disminuye por debajo de cierto umbral y los reajustes a la baja cuando supera cierto máximo, sin que se hagan reajustes cuando la rentabilidad queda comprendida entre ambos niveles. Otros métodos posibles incluyen el examen por la autoridad contratante de las inversiones hechas por el concesionario, a fin de asegurarse de que satisfacen los criterios de utilidad que deben tenerse en cuenta al calcular los ingresos previstos del concesionario.

Otra técnica de reajuste de precios que puede utilizarse para fijarlos o, en general, para vigilar los niveles de precios, es la fijación de precios de referencia o criterios. Al comparar los diversos componentes de costos de un proveedor de servicios públicos con los de otro y las normas internacionales, la autoridad contratante podrá juzgar si los reajustes tarifarios solicitados por ese proveedor son razonables.

b) *Consideraciones de políticas*

38. Cada uno de los métodos principales de reajuste tarifario anteriormente examinados tiene sus ventajas y desventajas, que el poder legislativo habrá de tener en cuenta al considerar la idoneidad de los métodos de control de precios, dadas las circunstancias nacionales. También pueden utilizarse métodos diferentes para sectores de infraestructura diferentes. De hecho, algunas legislaciones autorizan a la autoridad contratante a aplicar un método de precio fijo o de rentabilidad al seleccionar a los concesionarios, según el alcance y la naturaleza de las inversiones y los servicios. Cualquiera que sea el mecanismo que se elija, es importante examinar detenidamente la capacidad de la autoridad contratante para vigilar debidamente la actuación del concesionario y aplicar el método de reajuste de una forma satisfactoria (véase también el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, ___).

39. Es importante tener presente que las fórmulas de reajuste de precios no pueden fijarse de una vez para siempre, ya que la tecnología, los tipos de cambio, los niveles de salarios, la productividad y otros factores varían necesariamente de forma importante y, a veces, incluso imprevisiblemente, durante esos períodos. En consecuencia, muchos países han establecido mecanismos de revisión de las fórmulas tarifarias, que incluyen revisiones periódicas de la fórmula (por ejemplo, cada cuatro o cinco años) o revisiones específicas siempre que se demuestre que la fórmula no se ha traducido en una compensación suficiente del concesionario (véanse párrafos 59 a 68). El régimen tarifario exigirá también una estabilidad y previsibilidad que permitan a los proveedores y usuarios de servicios públicos planificar en consecuencia y obtener una financiación basada en unos ingresos previsibles. Los inversionistas y prestamistas pueden preocuparse especialmente por las modificaciones reglamentarias que afecten al método de reajuste de precios. Por ello, normalmente requieren que la fórmula de reajuste de precios se incorpore al acuerdo de proyecto.

3. *Requisitos de información*

40. Muchas legislaciones nacionales imponen a quienes prestan servicios públicos la obligación de facilitar al órgano regulador información exacta y oportuna sobre su explotación, y conceden a los órganos reguladores derechos de ejecución específicos. Esos derechos pueden abarcar investigaciones y comprobaciones de cuentas, incluidas comprobaciones detalladas de resultados y cumplimiento, sanciones a las empresas que no cooperen e interdictos o procedimientos sancionadores para obligar a facilitar la información.

41. Normalmente se exige a quienes prestan servicios públicos que lleven y comuniquen al órgano regulador su contabilidad y estados financieros, y también una contabilidad

de costos detallada que permita a dicho órgano examinar por separado los diversos aspectos de las actividades de la empresa. Las transacciones financieras entre la empresa concesionaria y sus empresas afiliadas pueden requerir igualmente escrutinio, ya que las empresas concesionarias pueden tratar de transferir beneficios a empresas no sometidas a regulación o empresas afiliadas extranjeras. También puede someterse a requisitos de información técnica y de resultados detallada a los explotadores de infraestructuras. Sin embargo, por regla general, es importante definir límites razonables para el volumen y el tipo de información que se exigirá que presenten los explotadores. Además, deben adoptarse medidas apropiadas para proteger la confidencialidad de toda información de dominio privado que puedan facilitar al órgano regulador el concesionario y sus empresas afiliadas.

4. Normas de rendimiento

42. Quienes prestan servicios públicos tienen que cumplir en general un conjunto de normas técnicas y de servicio. Esas normas son en la mayoría de los casos demasiado detalladas para figurar en la legislación, y pueden ser incluidas en decretos, reglamentos u otros instrumentos de aplicación. A veces se incluyen en el acuerdo de proyecto normas de servicio muy detalladas. Esas normas comprenden normas de calidad, como requisitos con respecto a la pureza y presión del agua; plazos máximos para realizar reparaciones; límites para los defectos o reclamaciones; puntualidad de los servicios de transporte; continuidad del suministro, y normas de salud, seguridad y ambientales. Sin embargo, la legislación puede imponer los principios básicos que orientarán la redacción de normas detalladas o exigir el cumplimiento de normas internacionales.

43. Normalmente, la autoridad contratante conserva la facultad de vigilar el cumplimiento por la empresa del proyecto de las normas de rendimiento reguladoras. El concesionario estará interesado en evitar en lo posible cualquier interrupción de la explotación de las instalaciones y en protegerse contra las consecuencias de esa interrupción. Buscará garantías de que el ejercicio por la autoridad contratante de sus facultades de vigilancia o normativas no cause perturbaciones o interrupciones indebidas en la explotación de las instalaciones, ni se traduzca en costos adicionales indebidos para el concesionario.

5. Facultades de ejecución del concesionario

44. Normalmente se dan a los organismos públicos facultades para facilitar la prestación del servicio y garantizar que los usuarios cumplan con las reglamentaciones y normas pertinentes. Esas facultades pueden incluir, por ejemplo, el derecho a dar normas de seguridad o controlar su cumplimiento y el derecho a suspender la prestación del servicio por razones de emergencia o seguridad. Esas facultades se derivan normalmente de la autoridad general de la administración pública y, en algunos ordenamientos jurídicos, son intrínsecamente públicas.

45. En los países con una larga tradición de otorgar concesiones para la prestación de servicios públicos se puede dar al concesionario las facultades necesarias mediante una delegación de autoridad de la administración pública. En el proyecto de acuerdo se define normalmente la amplitud de

las facultades delegadas en el concesionario y puede no ser necesario regularlas detalladamente en la legislación. Sin embargo, puede ser útil que la ley prevea que se podrá autorizar al concesionario a dar normas que rijan la utilización de las instalaciones por el público y adoptar medidas razonables que garanticen el cumplimiento por el público de esas normas. Puede ser aconsejable prever que las normas entrarán en vigor al ser aprobadas por el organismo regulador o la autoridad contratante, según proceda. Sin embargo, el derecho a aprobar las normas de explotación propuestas por el concesionario no debe ser discrecional y se debe dar a éste el derecho a recurrir contra cualquier denegación de la aprobación de las normas propuestas (véase el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, ___).

46. De especial importancia para el concesionario es la cuestión de si la prestación del servicio podrá interrumpirse por incumplimientos o infracciones de los usuarios. A pesar de la obligación general del concesionario de garantizar la prestación continua del servicio (véanse párrafos 23 y 24), muchos ordenamientos jurídicos reconocen que las entidades que prestan servicios públicos podrán dictar y aplicar normas que prevean la clausura del servicio si el consumidor o usuario ha dejado de abonarlo o infringido gravemente las condiciones de su utilización. La facultad de hacerlo se considera con frecuencia esencial para impedir los abusos y garantizar la viabilidad económica del servicio. Sin embargo, dada la naturaleza esencial de algunos servicios públicos, esa facultad puede requerir en algunos ordenamientos jurídicos respaldo legislativo. Además, puede haber algunas limitaciones o condiciones expresas o implícitas para el ejercicio de esa facultad, como requisitos de notificación especial y acciones específicas del consumidor. Otras limitaciones y condiciones pueden derivarse de la aplicación de las normas generales de protección del consumidor (véase el capítulo VII, “Ley aplicable”, ___).

E. Fianzas de cumplimiento y seguros

47. Las obligaciones del concesionario se complementan normalmente con la previsión de alguna forma de fianza de cumplimiento para el caso de incumplimiento y de una cobertura de seguro contra ciertos riesgos. La legislación de algunos países requiere en general que el concesionario preste garantías de cumplimiento suficientes y delega en el acuerdo de proyecto otros detalles. En otros países, la legislación contiene disposiciones más detalladas, por ejemplo, exigiendo que se preste cierto tipo de fianza hasta un porcentaje determinado de la inversión básica.

1. Tipos, funciones y naturaleza de las fianzas de cumplimiento

48. Las fianzas de cumplimiento son en general de dos tipos. En uno de ellos, la fianza monetaria de cumplimiento, el fiador se compromete sólo a pagar a la autoridad contratante una suma, hasta un límite determinado, a fin de cubrir la responsabilidad del concesionario en el caso de que éste incumpla el acuerdo. Las fianzas monetarias de cumplimiento pueden adoptar la forma de una fianza de contratista, una carta de crédito contingente o una garantía a la vista. Con arreglo al otro tipo de garantía, la fianza de cumplimiento, el fiador elige entre dos opciones: a) corregir la construcción

defectuosa o terminar la incompleta, o *b*) buscar otro contratista que corrija la construcción defectuosa o termine la incompleta, e indemnizar a la autoridad contratante por las pérdidas debidas al incumplimiento. La cuantía de ese compromiso se limita a una suma establecida o a un porcentaje determinado del valor del contrato. En virtud de la garantía de cumplimiento, el fiador se reserva también con frecuencia la posibilidad de cumplir sus obligaciones únicamente mediante el pago de dinero a la autoridad contratante. Instituciones de garantía especializadas, como las empresas de garantía y seguro, prestan por lo general fianzas de cumplimiento. Un tipo especial de fianza de cumplimiento es la de mantenimiento, que protege a la autoridad contratante contra futuros incumplimientos que pudieran producirse durante el período de iniciación o mantenimiento y garantiza que el concesionario realizará debidamente toda reparación o trabajo de mantenimiento necesario durante el período de garantía posterior a la terminación.

49. Por lo que se refiere a su naturaleza, las fianzas de cumplimiento pueden dividirse en general en fianzas independientes y fianzas accesorias. Se dice que una fianza es “independiente” cuando la obligación del fiador es independiente de las obligaciones del concesionario en virtud del acuerdo de proyecto. Con arreglo a una fianza independiente (a menudo denominada “fianza a la primera solicitud”) o una carta de crédito contingente, el fiador o expedidor se obliga a pagar si lo solicita el beneficiario, y éste tiene derecho a resarcirse en virtud de ese instrumento si presenta el documento o los documentos previstos en las condiciones de la garantía o de la carta de crédito contingente. Esa documentación puede ser simplemente una declaración del beneficiario de que el contratista ha incumplido el acuerdo. El fiador o expedidor no puede rehusar el pago basándose en que no ha habido de hecho incumplimiento del contrato principal. Sin embargo, de conformidad con la legislación aplicable al instrumento, en circunstancias muy excepcionales y estrictamente definidas, el pago puede denegarse o limitarse (por ejemplo, cuando la reclamación del beneficiario es manifiestamente fraudulenta). En cambio, una fianza es accesoria cuando la obligación del fiador supone sólo el mero examen de una solicitud documental de pago en la que el fiador puede tener que evaluar la prueba de la responsabilidad del contratista por incumplimiento en virtud del contrato de obra. La naturaleza del vínculo puede variar según las distintas fianzas, e incluir la necesidad de demostrar la responsabilidad del contratista en los procedimientos arbitrales. Por su naturaleza, las fianzas de cumplimiento tienen carácter accesorio con respecto al contrato a que se refieren.

2. *Ventajas y desventajas de los diversos tipos de fianzas de cumplimiento*

50. Desde la perspectiva de la autoridad contratante, las fianzas monetarias de cumplimiento pueden ser especialmente útiles para cubrir los gastos adicionales que quizá haya tenido que realizar la autoridad contratante como consecuencia de la demora o el incumplimiento del concesionario. Las fianzas monetarias pueden servir también de instrumento para ejercer presión sobre el concesionario a fin de que termine la construcción a tiempo y cumpla sus restantes obligaciones de conformidad con los requisitos del acuerdo de proyecto. Sin embargo, la cuantía de esas fianzas es normalmente sólo una fracción del valor económico de la obli-

gación garantizada y normalmente no basta para cubrir el costo de contratar a un tercero que realice la obra en lugar del concesionario o de sus contratistas.

51. Desde la perspectiva de la autoridad contratante, una fianza a la primera solicitud tiene la ventaja de garantizar la pronta recuperación de la suma garantizada, sin necesidad de probar el incumplimiento del contratista o la cuantía de la pérdida del beneficiario. Además, los fiadores que prestan fianzas monetarias de cumplimiento, especialmente los bancos, prefieren las fianzas a la primera solicitud, ya que las condiciones son claras en lo que se refiere a cuándo surge la obligación de pagar, y los fiadores no se verán mezclados en controversias entre la autoridad contratante y el concesionario sobre si se ha producido o no incumplimiento de conformidad con el acuerdo de proyecto. Otra ventaja para un banco de dar una fianza a la primera solicitud es la posibilidad de recuperar rápida y eficientemente las sumas pagadas en virtud de esa fianza mediante el acceso directo a los bienes del concesionario.

52. Una desventaja para la autoridad contratante de una fianza a la primera solicitud o de una carta de crédito contingente es que esos instrumentos pueden aumentar los costos generales del proyecto, ya que el concesionario estará obligado normalmente a obtener y reservar importantes contrafianzas a favor de las instituciones que den la fianza a la primera solicitud o la carta de crédito contingente. Además, el concesionario que preste esa fianza quizá desee tomar un seguro contra el riesgo de que la autoridad contratante se resarza en virtud de la fianza o de la carta de crédito contingente cuando, de hecho, el concesionario no haya incumplido el acuerdo, y el costo de ese seguro se incluirá en el costo del proyecto. El concesionario puede incluir también en el costo del proyecto los costos potenciales de toda medida que quizá necesitará adoptar contra la autoridad contratante para obtener el reembolso de la suma indebidamente reclamada. Además, dado que la autoridad contratante puede obtener la suma pagadera en virtud de la fianza o de la carta de crédito contingente simplemente declarando que el concesionario ha incumplido el acuerdo, quizá desee éste fijar la suma pagadera en un pequeño porcentaje del costo del proyecto, limitando así la pérdida que pueda sufrir como consecuencia de tener que reembolsar al fiador en el caso de una reclamación de la autoridad contratante cuando no haya habido incumplimiento del acuerdo.

53. Una desventaja para el concesionario de una fianza a la primera solicitud o de una carta de crédito contingente es que, si la autoridad contratante se resarce cuando el concesionario no ha incumplido el acuerdo, éste puede experimentar una pérdida inmediata si el fiador o el expedidor de la carta de crédito se resarce a su vez con bienes del concesionario, después de pagar a la autoridad contratante. El concesionario puede encontrar también dificultades y demoras para recuperar de la autoridad contratante la suma indebidamente reclamada.

54. Las condiciones de una fianza accesoria exigen normalmente que el beneficiario demuestre el incumplimiento del contratista y la cuantía de la pérdida sufrida. Además, el fiador dispone asimismo de las excepciones de que pueda valerse el deudor si se le demanda por incumplimiento del acuerdo. En consecuencia, es posible que la autoridad contratante se enfrente con una controversia prolongada al hacer una reclamación en virtud de la fianza. Sin embargo, como

reflejo del menor riesgo que corre el fiador, que se traduce también en el menor costo de una fianza accesoria, el límite monetario de responsabilidad del fiador puede ser considerablemente superior al de una fianza a la primera solicitud, cubriendo de esa forma un porcentaje mayor de la obra realizada en virtud del acuerdo de proyecto. Una fianza de cumplimiento puede ser también ventajosa si la autoridad contratante no puede disponer convenientemente la corrección de los defectos o la terminación de la construcción, y requiere la asistencia de un tercero para realizar esa corrección o terminación. Cuando, sin embargo, la construcción suponga la utilización de una tecnología conocida sólo por el concesionario, la corrección o terminación por un tercero puede no ser viable, y una fianza de cumplimiento puede no tener la ventaja últimamente mencionada sobre una fianza monetaria de cumplimiento. Para el concesionario, las fianzas accesorias tienen la ventaja de mantener su capacidad de endeudamiento, ya que esas fianzas, a diferencia de las fianzas a la primera solicitud y de las cartas de crédito contingente, no afectan a la línea de crédito del concesionario con los prestamistas.

55. De las consideraciones expuestas se deduce que diferentes tipos de garantías pueden ser útiles en relación con las diversas obligaciones asumidas por el concesionario. Aunque resulta útil exigir al concesionario que preste fianzas de cumplimiento adecuadas, es aconsejable dejar que las partes determinen la medida en que se necesitan fianzas y el tipo de las que deban prestarse con respecto a las diversas obligaciones asumidas por el concesionario, en lugar de exigir en la legislación una forma de garantía con exclusión de las otras. Debe señalarse que la propia empresa del proyecto exigirá una serie de fianzas de cumplimiento a sus contratistas (véase párrafo 6) y que las fianzas adicionales que benefician a la autoridad contratante aumentan normalmente el costo general y la complejidad de un proyecto. En algunos países, la orientación práctica dada a las autoridades contratantes nacionales les aconseja que examinen detenidamente cuándo y en qué circunstancias se necesitarán esas fianzas, qué riesgos o pérdidas específicos deberán cubrir y qué tipo de fianza resulta más adecuado en cada caso. La capacidad de la empresa del proyecto para obtener financiación para éste puede peligrar si las necesidades de fianza se fijan a un nivel excesivo.

56. Un problema especial de los proyectos de infraestructura con financiación privada es el de la duración de las fianzas. La autoridad contratante puede tener interés en obtener fianzas de cumplimiento que sean válidas durante toda la vida del proyecto y cubran tanto la construcción como la etapa de explotación. Sin embargo, dada la larga duración de los proyectos de infraestructura y la dificultad de evaluar los diversos riesgos que pueden surgir, puede resultar problemático para el fiador dar una fianza de cumplimiento para toda la duración del proyecto o bien obtener un reaseguro para sus obligaciones en virtud de la fianza de cumplimiento. En la práctica, el problema se complica por las cláusulas que establecen que la falta de renovación de una fianza de cumplimiento constituye una razón para recurrir a ella, de forma que permitir simplemente que la empresa del proyecto preste fianzas por períodos más breves puede no ser una solución satisfactoria. Una posible solución, utilizada en algunos países, es exigir fianzas separadas para la etapa de construcción y de explotación, lo que permite evaluar mejor los riesgos y las perspectivas de reaseguro. El sistema puede mejorarse

definiendo exactamente el riesgo que se cubrirá durante el período de explotación, lo que permite evaluar mejor los riesgos y disminuir la cuantía total de la fianza. Otra posibilidad que puede considerar la autoridad contratante es exigir la prestación de fianzas de cumplimiento durante períodos decisivos específicos y no durante toda la duración del proyecto. Por ejemplo, podría exigirse una fianza durante la etapa de construcción, que se mantuviera durante un período apropiado después de la terminación, a fin de cubrir posibles vicios ocultos. Esa fianza podría sustituirse entonces por una fianza de cumplimiento para cierto número de años de explotación, según resultara apropiado para que la empresa del proyecto demostrase su capacidad para explotar las instalaciones de conformidad con las normas exigidas. Si los resultados de la empresa del proyecto son satisfactorios, se puede renunciar al requisito de la fianza durante el resto de la etapa de explotación, hasta un período determinado anterior al cumplimiento del plazo de la concesión, en que se podría exigir a la empresa del proyecto que prestara otra fianza para garantizar sus obligaciones en relación con la entrega de bienes y otras medidas para la debida liquidación del proyecto, según procediera (véase el capítulo VI, "Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión", ___).

3. Planes de seguros

57. Los planes de seguros en relación con proyectos de infraestructura con financiación privada varían normalmente según la etapa a la que se apliquen, y determinados tipos de seguros sólo se tomarán durante una etapa determinada del proyecto. El concesionario puede tomar en su propio interés algunas formas de seguro, como el seguro contra la cesación de negocios, mientras que otras formas pueden ser exigidas por legislación del país anfitrión. Entre las formas de seguro exigidas con frecuencia por la legislación se encuentran el seguro de daños a las instalaciones, el seguro de responsabilidad hacia terceros, el seguro de indemnizaciones por accidentes de trabajo y el seguro de contaminación y daños ambientales.

58. Las pólizas de seguro obligatorias de conformidad con las leyes del país anfitrión tienen que contratarse a menudo con una empresa de seguros local u otra institución autorizada a actuar en el país, lo que en algunos casos plantea ciertas dificultades prácticas. En algunos países, el tipo de cobertura normalmente ofrecido puede ser más reducido que la cobertura habitualmente disponible en el mercado internacional, en cuyo caso el concesionario puede quedar expuesto a cierto número de riesgos que excedan de su capacidad de autoasegurarse. Ese riesgo es especialmente grave en relación con el seguro contra daños ambientales. Otras dificultades pueden plantearse en algunos países como consecuencia de limitaciones de la capacidad de los aseguradores nacionales para reasegurar los riesgos en los mercados internacionales y de seguro y reaseguro. Como consecuencia, la empresa del proyecto tendrá que obtener un seguro adicional fuera del país, lo que aumentará los costos generales de financiación del proyecto.

F. Cambio de las condiciones

59. Los proyectos de infraestructura con financiación privada son normalmente de larga duración, y muchas circuns-

tancias que influyen en el proyecto pueden variar. Las repercusiones de muchos cambios pueden quedar cubiertas automáticamente por el acuerdo de proyecto, ya sea mediante acuerdos financieros como una estructura tarifaria que incluya una cláusula de indexación (véanse párrafos 33 a 37) o por la aceptación por cualquiera de las partes, expresamente o por exclusión, de algunos riesgos (por ejemplo, si el precio del suministro de combustible o de la electricidad no se tienen en cuenta en los mecanismos de indexación, el riesgo de precios superiores a los previstos será absorbido por el concesionario). Sin embargo, hay cambios que podrían no prestarse fácilmente a ser incluidos en un mecanismo de ajuste automático o que las partes pueden preferir excluir de ese mecanismo. Desde el punto de vista legislativo, hay dos categorías que merecen atención especial: los cambios legislativos o reglamentarios y los cambios inesperados en las condiciones económicas.

1. *Cambios legislativos y reglamentarios*

60. Dada la larga duración de los proyectos de infraestructura con financiación privada, el concesionario puede encontrarse con costos adicionales al cumplir sus obligaciones en virtud del acuerdo de proyecto, debido a que se han producido cambios futuros e imprevistos en la legislación aplicable a sus actividades. En los casos extremos, la legislación podría hacer incluso financiera o físicamente imposible que el concesionario realizara el proyecto. A efectos de examinar la solución apropiada para abordar esos cambios legislativos, puede ser útil distinguir entre cambios legislativos que tengan un efecto particular en los proyectos de infraestructura con financiación privada o en un proyecto concreto, por una parte, y los cambios legislativos generales que afecten también a otras actividades económicas y no sólo a la explotación de la infraestructura, por otro lado.

61. Todas las organizaciones comerciales, tanto del sector privado como del sector público, están sujetas a los cambios de la legislación y, en general, tienen que enfrentarse con las consecuencias que esos cambios pueden tener para las actividades comerciales, incluida su repercusión en los precios o en la demanda de sus productos. Entre los posibles ejemplos podrían citarse: los cambios de la estructura de desgravación de bienes de capital que se apliquen a categorías enteras de bienes, tanto de propiedad pública como privada, relacionados o no con los proyectos de infraestructura; las reglamentaciones que afecten a la salud y la seguridad de los trabajadores de la construcción en todos los proyectos de esta índole y no sólo en los de infraestructura, y los cambios de las reglamentaciones sobre la eliminación de sustancias peligrosas. Los cambios generales de la legislación pueden considerarse como un riesgo comercial ordinario y no como un riesgo específico de las actividades del concesionario, y podría ser difícil para la administración pública comprometerse a proteger a los explotadores de infraestructuras de las consecuencias económicas y financieras de los cambios de la legislación que afectaran por igual a otras organizaciones comerciales. Por consiguiente, puede no haber una razón aparente por la que el concesionario no deba soportar las consecuencias de los riesgos legislativos generales, incluido el de que los costos aumenten a consecuencia de cambios de la legislación aplicable a todo el sector financiero.

62. No obstante, es importante tener en cuenta las posibles limitaciones de la capacidad del concesionario para responder a los aumentos de costos resultantes de cambios legislativos generales o poder absorberlos. Los explotadores de infraestructuras están sometidos con frecuencia a normas de servicio y mecanismos de control de precios (véanse párrafos 31 a 39) que hacen difícil que puedan responder a los cambios de la legislación de la misma forma que otras empresas privadas (por ejemplo, aumentando las tarifas o reduciendo los servicios). Cuando el acuerdo de proyecto prevé mecanismos de control, el concesionario tratará de conseguir garantías de la autoridad contratante y del órgano regulador, según proceda, que le permitan resarcirse de los costos adicionales de los cambios de la legislación por medio de aumentos de precios. Cuando no pueda darse esa garantía, es aconsejable facultar a la autoridad contratante para que negocie con el concesionario la indemnización a que éste podrá tener derecho en el caso de que las medidas de control de precios no le permitan resarcirse plenamente de los costos adicionales debidos a cambios legislativos generales.

63. Una situación diferente se produce cuando el concesionario se encuentra con aumentos de costos a consecuencia de cambios legislativos específicos que se refieran al proyecto de que se trate, a una clase de proyectos similares o a los proyectos de infraestructura con financiación privada en general. Esos cambios no pueden considerarse como riesgos comerciales ordinarios y pueden alterar de forma significativa las hipótesis económicas y financieras en que se basó la negociación del acuerdo de proyecto. Por ello, la autoridad contratante acepta a menudo asumir el costo adicional resultante de legislación específica relativa a un proyecto determinado, a una clase de proyectos similares o a los proyectos de infraestructura con financiación privada en general. Por ejemplo, en los proyectos de carreteras, la legislación orientada a un proyecto de carretera determinado o a una empresa que explota una carretera, o a esa clase de proyectos de carreteras de explotación privada, se podría traducir en un reajuste de precios con arreglo a las disposiciones pertinentes del acuerdo de proyecto.

2. *Cambios de las condiciones económicas*

64. Algunos ordenamientos jurídicos tienen normas que permiten revisar las condiciones del acuerdo de proyecto en función de los cambios de las condiciones económicas o financieras que, sin que impidan el cumplimiento de las obligaciones contractuales de una parte, lo hacen sustancialmente más gravoso de lo previsto inicialmente en el momento en que se convinieron. En algunos ordenamientos jurídicos, la posibilidad de revisar las condiciones del acuerdo está implícita en general en todos los contratos públicos, o se prevé expresamente en la legislación pertinente.

65. El tratamiento financiero y económico de la inversión del concesionario se negocia a la luz de hipótesis basadas en las circunstancias existentes en el momento de las negociaciones y de expectativas razonables de las partes sobre la forma en que esas circunstancias evolucionarán durante la vida del proyecto. Dada la larga duración de los proyectos de infraestructura, el concesionario tratará de negociar mecanismos que ofrezcan cierta protección contra las repercusiones financieras y económicas perjudiciales de acontecimientos extraordinarios e imprevistos que no hubieran podido tener-

se en cuenta cuando se negoció el acuerdo de proyecto o el mecanismo y que, de haberse tenido en cuenta, se hubieran traducido en una distribución de riesgos o un tratamiento de la inversión del concesionario diferentes. Como consecuencia, en cierto número de países se han aplicado normas de revisión y se ha considerado útil ayudar a las partes a encontrar soluciones equitativas a fin de garantizar la continuación de la viabilidad económica y financiera de los proyectos de infraestructura, evitando así una interrupción perturbadora de las actividades del concesionario. Sin embargo, las normas de revisión pueden tener también algunas desventajas, especialmente desde el punto de vista de la administración pública.

66. Como ocurre con los cambios legislativos generales, los cambios de las condiciones económicas son riesgos a que están expuestas la mayoría de las organizaciones comerciales si no pueden recurrir a una garantía general de la administración pública que las proteja de los efectos económicos y financieros de esos cambios. La obligación sin reservas de la autoridad contratante de indemnizar al concesionario por los cambios de las condiciones económicas puede traducirse en la reversión al sector público de una parte sustancial de los riesgos comerciales inicialmente asignados al concesionario y constituir una obligación financiera indefinida. Además, hay que señalar que el nivel tarifario propuesto y los elementos esenciales de la distribución de riesgos son factores importantes e incluso decisivos en la selección del concesionario. El recurso excesivamente generoso a la renegociación del proyecto puede conducir a que se presenten propuestas a la baja poco realistas durante el procedimiento de selección, confiando en aumentos tarifarios una vez otorgado el proyecto. Por ello, la autoridad contratante puede tener interés en establecer límites razonables para las disposiciones legales o contractuales que autoricen revisiones del acuerdo de proyecto como consecuencia de cambios de las condiciones económicas.

67. Puede ser aconsejable prever en el acuerdo de proyecto que un cambio de las circunstancias que justifique su revisión deberá estar fuera del control del concesionario y ser de tal naturaleza que no quepa esperarse razonablemente que éste lo hubiera podido tener en cuenta en el momento de negociar el acuerdo o que hubiera podido evitar o superar sus consecuencias. Por ejemplo, no cabe esperar que un explotador de una carretera de peaje que tenga una concesión exclusiva (véase el capítulo IV, "El acuerdo de proyecto", ___) tuviera en cuenta y asumiera el riesgo de reducciones del tráfico debidas a la apertura ulterior de una carretera alternativa de uso gratuito por una entidad distinta de la autoridad contratante. Sin embargo, cabría esperar normalmente que el concesionario tuviera en cuenta la posibilidad de aumentos razonables de los costos de mano de obra durante la vida del proyecto. Así, en circunstancias normales, el hecho de que los salarios resultaran superiores a lo previsto no sería razón suficiente para revisar el acuerdo de proyecto.

68. Puede ser conveniente también prever en el acuerdo de proyecto que la solicitud de la revisión de éste exigirá que los cambios aducidos de las condiciones económicas y financieras representen cierto valor mínimo en proporción al costo total del proyecto o a los ingresos del concesionario. Esta norma podría ser útil para evitar engorrosas negociaciones de reajuste en el caso de pequeños cambios, hasta que éstos se acumularan para representar una cifra significativa.

En algunos países hay normas que fijan un límite para el número total de revisiones periódicas del acuerdo de proyecto. La finalidad de esas normas es evitar que se abuse del mecanismo de cambio para lograr un equilibrio financiero general que no guarde relación con el previsto en el acuerdo de proyecto original. Sin embargo, desde la perspectiva del concesionario y de los prestamistas, esas limitaciones pueden suponer la exposición a un riesgo considerable en el caso de que, por ejemplo, los costos aumenten espectacularmente como consecuencia de un cambio sumamente grave de las circunstancias. Por ello, se debe examinar detenidamente la conveniencia de introducir ese límite, y la suma apropiada.

G. Disposiciones de exoneración

69. Durante la vida del proyecto de infraestructura pueden ocurrir acontecimientos que impidan que una de las partes cumpla sus obligaciones contractuales. Los acontecimientos que constituyen ese impedimento se encuentran normalmente fuera del control de cada una de las partes y pueden ser de naturaleza física, como un desastre natural, o consecuencia de actos humanos, como la guerra, los disturbios o los ataques terroristas. Muchos ordenamientos jurídicos reconocen en general que una parte que incumple una obligación contractual como consecuencia de ocurrir determinados tipos de acontecimientos puede quedar exonerada de las consecuencias de ese incumplimiento.

1. Definición de los acontecimientos exonerantes

70. Las circunstancias exonerantes comprenden normalmente acontecimientos que escapan al control de la parte que no puede cumplir su obligación y que ha sido incapaz de superar mediante la diligencia debida. Entre los ejemplos corrientes se encuentran los siguientes: los desastres naturales (por ejemplo, ciclones, inundaciones, sequías, terremotos, tormentas, incendios o rayos); la guerra (declarada o no) u otras actividades militares, incluidos los tumultos y disturbios civiles; el fallo o sabotaje de las instalaciones, actos de terrorismo, los daños intencionados o la amenaza de tales daños; la contaminación radiactiva o química o la radiación ionizante; los efectos de elementos naturales, incluidas condiciones geológicas que no puedan preverse ni resistirse, y las huelgas de personal de importancia excepcional.

71. Algunas disposiciones legales se refieren sólo en general a las circunstancias exonerantes, mientras que otras contienen listas detalladas de circunstancias que excusan a las partes del cumplimiento del acuerdo de proyecto. Este último método puede servir para garantizar un trato coherente de todos los proyectos elaborados con arreglo a la legislación vigente, evitando así los casos en que un concesionario obtenga una asignación de riesgos más favorable que la prevista en otros acuerdos de proyecto. Sin embargo, es importante considerar las posibles desventajas de establecer en disposiciones legislativas o reguladoras una lista de acontecimientos que se consideren impedimentos exonerantes en todos los casos. Existe el riesgo de que la lista sea incompleta o no comprenda impedimentos importantes. Además, algunos desastres naturales, como las tormentas, los ciclones y las inundaciones, pueden ser condiciones normales en una época determinada del año en el emplazamiento del proyec-

to. Como tales, esos desastres naturales pueden suponer riesgos que cabe esperar que asuma cualquier persona que preste servicios públicos en la región.

72. Otro aspecto que puede ser necesario examinar detenidamente es si determinados actos de organismos públicos distintos de la autoridad contratante pueden constituir impedimentos exonerantes y en qué medida. Es posible que se exija al concesionario que obtenga una licencia u otra aprobación oficial para cumplir algunas de sus obligaciones. Por ello, el acuerdo de proyecto podría prever que si la licencia o la aprobación se deniegan, o si se conceden pero se retiran luego, porque el concesionario no cumple los criterios pertinentes para obtenerlas, no podrá aducir esa denegación como impedimento exonerante. Sin embargo, si la licencia o aprobación se deniegan o retiran por motivos improcedentes o indebidos, sería equitativo prever que el concesionario pueda aducir la denegación como impedimento exonerante. Otra posibilidad de impedimento podría ser una interrupción del proyecto causada por un órgano público distinto de la autoridad contratante, por ejemplo, como consecuencia de cambios de planes y políticas públicos que requieran la interrupción o importantes revisiones del proyecto que afecten sustancialmente al proyecto original. En esas situaciones, puede ser importante considerar la relación institucional entre la autoridad contratante y el organismo público que cause el impedimento, así como su grado de independencia mutua. Un acontecimiento clasificado como impedimento exonerante puede equivaler en algunos casos a un claro incumplimiento del acuerdo de proyecto por la autoridad contratante si ésta puede controlar o influir razonablemente en los actos del otro organismo público.

73. Teniendo en cuenta lo expuesto, es aconsejable que en el acuerdo de proyecto se señalen las circunstancias que exonerarán a cualquiera de las partes del cumplimiento del proyecto, a fin de darles la libertad necesaria para encontrar arreglos apropiados. A fin de evitar las controversias en la práctica, el acuerdo de proyecto debería aclarar también si las circunstancias exonerantes producirán efectos automáticos o si su existencia deberá demostrarse por las partes mediante algún procedimiento especial.

2. Consecuencias para las partes

74. En algunos ordenamientos jurídicos, la existencia de circunstancias exonerantes suspende la ejecución del proyecto o la explotación de la concesión mientras dure el impedimento. En otros, el acuerdo de proyecto no se suspende estrictamente hablando pero, si las circunstancias hacen que el concesionario no pueda cumplir con sus obligaciones en virtud de él, esa incapacidad no se considera un incumplimiento. Las cuestiones principales que deben examinarse en relación con la aparición de cualquier acontecimiento exonerante son si se concederá más tiempo para cumplir la obligación y cuál de las partes soportará el costo que suponga la demora, o la reparación de los bienes dañados.

75. Durante la etapa de construcción, el que ocurran circunstancias exonerantes justifica normalmente la prórroga del plazo concedido para terminar las instalaciones. A este respecto, es importante examinar las consecuencias de cualquier prórroga sobre la duración general del proyecto, especialmente, cuando se tiene en cuenta la etapa de construcción para calcular el período total de la concesión. Las demoras

en la terminación de las instalaciones reducen el período de explotación y pueden perjudicar a las estimaciones globales de ingresos del concesionario y de los prestamistas. Por ello, puede ser aconsejable examinar en qué circunstancias se justificará prorrogar el período de la concesión a fin de tener en cuenta posibles prórrogas concedidas durante la etapa de construcción. Por último, es aconsejable prever que, si el acontecimiento de que se trate es de carácter permanente, las partes tendrán opción a rescindir el acuerdo de proyecto (véase también el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, ___).

76. Otra cuestión importante es saber si el concesionario tendrá derecho a indemnización por las pérdidas de ingresos o los daños en los bienes debidos a la existencia de circunstancias exonerantes. La respuesta a esa pregunta se da mediante la distribución de riesgos prevista en el acuerdo de proyecto. Salvo los casos en que la administración pública preste alguna forma de apoyo directo (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, ___), los proyectos de infraestructura con financiación privada se realizan normalmente por cuenta y riesgo del concesionario, lo que incluye el riesgo de las pérdidas que puedan deberse a desastres naturales y otras circunstancias exonerantes, contra las cuales el concesionario debe obtener normalmente una cobertura de seguro adecuada (véanse párrafos 57 y 58). Por ello, algunas legislaciones excluyen expresamente toda forma de indemnización al concesionario en el caso de pérdidas o daños resultantes de la aparición de circunstancias exonerantes. Sin embargo, de ello no se sigue necesariamente que un acontecimiento calificado de circunstancia exonerante no pueda justificar, al mismo tiempo, la revisión de las condiciones del acuerdo de proyecto a fin de restablecer el equilibrio económico y financiero (véanse párrafos 59 a 68).

77. A veces, no obstante, se prevé una distribución de riesgos diferente en los proyectos que implican la construcción de instalaciones de propiedad permanente de la autoridad contratante o que se le traspasarán al terminar el período del proyecto. En algunos países, la autoridad contratante está facultada para adoptar medidas de asistencia al concesionario para que repare o reconstruya instalaciones de infraestructura dañadas por desastres naturales o por acontecimientos similares definidos en el acuerdo de proyecto, siempre que la posibilidad de esa ayuda se previera en la solicitud de propuestas. En ocasiones, la autoridad contratante está facultada para acceder a pagar una indemnización al concesionario en el caso de que los trabajos se interrumpan por más de cierto número de días, hasta un período máximo, si la interrupción se debe a un acontecimiento del que el concesionario no es responsable.

78. Si el concesionario no puede cumplir a causa de alguno de esos impedimentos y las partes no logran una revisión aceptable del contrato, algunas legislaciones nacionales autorizan al concesionario a rescindir el acuerdo de proyecto, sin perjuicio de la indemnización que pueda proceder según las circunstancias (véase el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, ___).

79. También tienen que considerarse las disposiciones legales y contractuales sobre las circunstancias exonerantes a la luz de otras normas que rigen la prestación del servicio de que se trate. Las leyes requieren en algunos ordenamientos jurídicos que quienes prestan servicios públicos se esfuerzen por seguir prestándolos a pesar de la aparición de circunstan-

cias definidas como impedimentos contractuales (véanse párrafos 23 y 24). En esos casos, es aconsejable examinar en qué medida puede imponerse razonablemente esa obligación al concesionario y la indemnización que puede resultar procedente por los costos adicionales y dificultades económicas con que se enfrenta.

H. Incumplimiento y acciones

80. En general, hay una amplia variedad de acciones que pueden convenir las partes para hacer frente a las consecuencias del incumplimiento, que culminan en la rescisión. En la presente sección se incluyen en general los incumplimientos y acciones de ambas partes (véanse párrafos 81 y 82). Se examinan las consecuencias legislativas de determinados tipos de acciones destinados a rectificar las causas de incumplimiento y mantener la continuidad del proyecto, en particular la intervención de la autoridad pública (véanse párrafos 83 a 86) o la sustitución del concesionario (véanse párrafos 87 a 91). El recurso último a la rescisión del acuerdo de proyecto y las consecuencias de esa rescisión se examinan en otra parte de la *Guía* (véase el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, ___).

1. Consideraciones generales sobre incumplimiento y acciones

81. Las acciones por incumplimiento de concesionario incluyen normalmente las habituales en los contratos de construcción o de servicios a largo plazo, como la pérdida de fianzas, las sanciones contractuales y las indemnizaciones pactadas². En la mayoría de los casos, esas acciones son típicamente de naturaleza contractual y no dan lugar a consideraciones legislativas de importancia. No obstante, es importante establecer procedimientos adecuados para comprobar los incumplimientos y dar oportunidad de rectificarlos. En algunos países, la imposición de sanciones contractuales requiere inspecciones oficiales y otras medidas de procedimiento, entre ellas el examen por funcionarios de categoría superior de la autoridad contratante, antes de imponer sanciones más graves. Esos procedimientos pueden complementarse por disposiciones que distingan entre las deficiencias que puedan corregirse y las que no se puedan corregir, y establezcan los procedimientos y acciones pertinentes. Normalmente es aconsejable exigir que se dé aviso al concesionario para que repare el incumplimiento en un período suficiente. También puede ser aconsejable prever el pago por el concesionario de sanciones o indemnizaciones pactadas en el caso de incumplimiento de obligaciones esenciales y aclarar que no se aplicarán sanciones en caso de incumplimiento de obligaciones secundarias o auxiliares, y las demás acciones que podrán ejercerse en virtud del derecho nacional. Además, un sistema de vigilancia del cumplimiento que prevea sanciones o indemnizaciones contractuales podrá complementarse con un plan de primas pagaderas al concesionario por mejoras de las condiciones convenidas.

²Véase un examen de las acciones utilizadas en los contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales complejas en *CNUDMI, Guía Jurídica para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales...*, capítulo XVIII, “Demoras, defectos y otros tipos de incumplimiento”.

82. Aunque la autoridad contratante puede protegerse contra las consecuencias del incumplimiento por el concesionario mediante diversas medidas contractuales judicialmente exigibles, las acciones de que disponga el concesionario pueden estar sujetas a algunas limitaciones en virtud de la legislación aplicable. Limitaciones importantes pueden derivarse de normas jurídicas que reconozcan la inmunidad de los organismos públicos contra el procesamiento judicial y las medidas de ejecución. Según la naturaleza jurídica de la autoridad contratante o de otros organismos públicos que asuman obligaciones frente al concesionario, éste puede verse privado de la posibilidad de utilizar medidas de ejecución para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por esas entidades públicas (véase el capítulo VII, “Solución de controversias”, ___). Esta situación hace que sea tanto más importante prever mecanismos para proteger al concesionario contra las consecuencias del incumplimiento por parte de la autoridad contratante, por ejemplo, mediante garantías públicas que cubran incumplimientos específicos o mediante fianzas prestadas por terceros, como instituciones de crédito multilaterales (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, ___).

2. Derecho de intervención de la autoridad contratante

83. Algunas legislaciones nacionales autorizan expresamente a la autoridad contratante a hacerse cargo temporalmente de la explotación de las instalaciones, normalmente en caso de incumplimiento por el concesionario, en particular cuando la autoridad contratante tenga la obligación legal de garantizar la prestación eficaz en todo momento del servicio de que se trate. En algunos ordenamientos jurídicos, esa prerrogativa se considera implícita en la mayoría de los contratos públicos y cabe presumir que existe aunque no se mencione expresamente en la legislación ni en el acuerdo de proyecto.

84. Hay que señalar que el derecho de la autoridad contratante a intervenir (*step-in right*) es una medida extrema. Es posible que los inversionistas privados teman que la autoridad contratante la utilice o amenace utilizarla para imponer sus propias conveniencias sobre la forma en que se preste el servicio, o incluso para lograr el control de los bienes de éste. Por consiguiente, es aconsejable definir tan pronto como se pueda las circunstancias en que se podrán ejercitar esos derechos de intervención. Puede ser útil aclarar en la legislación que la intervención de la autoridad contratante en el proyecto será temporal y tendrá por objeto remediar un problema específico y urgente que el concesionario no haya podido resolver. Una vez que la situación de emergencia haya sido remediada, el concesionario deberá volver a asumir la responsabilidad de la prestación del servicio. Es importante reservar a la autoridad contratante el derecho a intervenir en casos de graves deficiencias del servicio y no simplemente en caso de insatisfacción con la actuación del concesionario.

85. La capacidad de la autoridad contratante para intervenir puede verse limitada en el sentido de que puede ser difícil encontrar y contratar inmediatamente un subcontratista que realice lo que la autoridad contratante que interviene debe realizar. Además, las intervenciones frecuentes tienen el inconveniente de hacer que recaigan sobre la autoridad contra-

tante los riesgos que en el acuerdo de proyecto se habían traspasado al concesionario. El concesionario no debe confiar en que la autoridad contratante intervenga para hacer frente a cualquier riesgo determinado en lugar de afrontarlo él mismo como exige el acuerdo de proyecto.

86. Es aconsejable aclarar en el acuerdo de proyecto cuál de las partes soportará el costo de la intervención de la autoridad contratante. En la mayoría de los casos, el concesionario debería sufragar los gastos realizados por la autoridad contratante cuando la intervención haya sido provocada por un incumplimiento atribuible a culpa del propio concesionario. En algunos casos, para evitar controversias sobre la responsabilidad y el nivel de costos apropiado, el acuerdo puede autorizar a la autoridad contratante a adoptar medidas para remediar por sí misma el problema y cargar luego los costos reales (incluidos sus propios gastos administrativos) al concesionario. Sin embargo, cuando la intervención se produzca como consecuencia de la aparición de un impedimento exonerante (véanse párrafos 69 a 79), las partes podrían convenir una solución diferente, en función de cómo se hubiera asignado ese riesgo determinado en el acuerdo de proyecto.

3. *Derecho de intervención de los prestamistas y traspaso obligatorio de la concesión*

87. Durante la vida del proyecto pueden surgir situaciones en que, por incumplimiento del concesionario o por la aparición de algún acontecimiento extraordinario que escape al control del concesionario, pueda interesar a las partes evitar la rescisión del proyecto (véase el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, __), permitiendo que continúe a cargo de un concesionario diferente. A los prestamistas, cuya principal garantía son los ingresos obtenidos del proyecto, les preocupa especialmente el riesgo de la interrupción o restricción del proyecto antes de que los préstamos se hayan reembolsado. En el caso de incumplimiento o de un impedimento que afecte al concesionario, estarán interesados en asegurarse de que las obras no quedarán incompletas y la concesión se explotará de forma rentable. También la autoridad contratante puede estar interesada en permitir que el proyecto sea realizado por un nuevo concesionario, como alternativa a la posibilidad de hacerse cargo ella y continuarlo por su cuenta.

88. En cierto número de acuerdos recientes de grandes proyectos de infraestructura se han incluido cláusulas que permiten a los prestamistas, con consentimiento de la autoridad contratante, seleccionar un nuevo concesionario que actúe con arreglo al acuerdo de proyecto existente. Esas cláusulas se complementan normalmente mediante un acuerdo directo entre la autoridad contratante y los prestamistas que proporcionan financiación al concesionario. La finalidad principal de ese acuerdo directo es permitir que los prestamistas eviten la rescisión por la autoridad contratante cuando el concesionario incumpla, sustituyéndolo por otro concesionario que siga actuando con arreglo al acuerdo de proyecto en lugar del concesionario que haya incumplido. A

diferencia del derecho a intervenir de la autoridad contratante, que se refiere a una deficiencia concreta, temporal y urgente del servicio, los derechos de intervención de los prestamistas se aplican en los casos en que la falta de prestación del servicio por parte del concesionario sea habitual o aparentemente irremediable.

89. En la experiencia de países que han hecho uso recientemente de esos acuerdos directos se ha visto que la capacidad para impedir la rescisión y ofrecer un concesionario alternativo da a los prestamistas mayores garantías contra el incumplimiento por parte del concesionario. Al mismo tiempo, ofrece a la autoridad contratante oportunidad de evitar la interrupción que supone la rescisión del acuerdo de proyecto, manteniendo así la continuidad del servicio. En los países en que los prestamistas pueden obtener una garantía real sobre la totalidad de los derechos e intereses del concesionario en virtud del acuerdo de proyecto (véase el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, __), puede haber un derecho de intervención implícito siempre que una situación determinada constituya un incumplimiento en virtud de los acuerdos de préstamo.

90. Sin embargo, en algunos países la aplicación de esas cláusulas puede encontrar dificultades a falta de una autorización legislativa. La incapacidad del concesionario para cumplir sus obligaciones es normalmente motivo para que la autoridad contratante se haga cargo de la explotación de las instalaciones o rescinda el acuerdo (véase el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, __). A fin de elegir un nuevo concesionario que sustituya al que ha incumplido sus obligaciones, la autoridad contratante tiene que seguir a menudo los mismos procedimientos aplicables a la selección del concesionario original, y pudiera no ser posible que, en consulta con los prestamistas, contratase un nuevo concesionario no seleccionado de acuerdo con esos procedimientos. En cambio, aunque la autoridad contratante esté autorizada a negociar con un nuevo concesionario en condiciones de emergencia, podría ser necesario concertar un nuevo acuerdo de proyecto con él y puede haber limitaciones con respecto a la capacidad de éste para asumir las obligaciones de su predecesor.

91. En consecuencia, puede ser útil reconocer en la legislación el derecho de la autoridad contratante a concertar acuerdos con los prestamistas que le permitan nombrar a un nuevo concesionario que ejecute el acuerdo de proyecto existente, cuando el concesionario deje de cumplir gravemente su obligación de prestar el servicio exigido en virtud del acuerdo de proyecto o al producirse otros acontecimientos especificados que podrían justificar la rescisión de acuerdo de proyecto. En el acuerdo entre la autoridad contratante y los prestamistas se deben especificar, entre otras cosas: las circunstancias en que se permitirá a los prestamistas recurrir a un nuevo concesionario; los procedimientos para la sustitución del concesionario; los motivos para que la autoridad contratante deniegue una sustitución propuesta, y las obligaciones de los prestamistas de mantener el servicio al mismo nivel y en las mismas condiciones exigidas por el acuerdo de proyecto.

A/CN.9/458/Add.7

Capítulo VI. Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión**ÍNDICE**

| | <i>Párrafos</i> |
|--|-----------------|
| RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN | 1)-9) |
| NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN | 1-58 |
| A. Observaciones generales | 1 |
| B. Prórroga del acuerdo de proyecto | 2-4 |
| C. Rescisión | 5-31 |
| 1. Rescisión por la autoridad contratante | 10-23 |
| 2. Rescisión por el concesionario | 24-29 |
| 3. Rescisión por alguna de las partes | 30-31 |
| D. Consecuencias de la expiración o de la rescisión del acuerdo de proyecto .. | 32-58 |
| 1. Traspaso de bienes vinculados al proyecto | 33-38 |
| 2. Disposiciones financieras para el momento de la rescisión | 39-45 |
| 3. Traspaso de la instalación y medidas de transición | 46-58 |

RECOMENDACIONES RELATIVAS
A LA LEGISLACIÓN

Prórroga del acuerdo de proyecto (párrafos 2 a 4)

1) El país anfitrión tal vez desee disponer que el acuerdo de proyecto podrá ser prorrogado en circunstancias excepcionales, como las siguientes:

a) Para compensar toda suspensión del proyecto o pérdida de beneficios imputable a impedimentos no previstos;

b) Para compensar por la suspensión del proyecto imputable a actos de la autoridad contratante o de algún otro organismo público;

c) Para permitir que el concesionario amortice el gasto ocasionado por alguna obra extraordinaria que haya requerido la instalación y que el concesionario no conseguiría amortizar dentro del plazo normal estipulado en el acuerdo de proyecto sin una elevación de la tarifa que no se juzgue razonable.

Rescisión del acuerdo por la autoridad contratante (párrafos 10 a 23)

2) El país anfitrión tal vez desee disponer que la autoridad contratante podrá rescindir el acuerdo de proyecto en los siguientes supuestos:

a) De incurrir el concesionario en algún incumplimiento grave si se dan ciertas circunstancias previstas en el acuerdo de proyecto, particularmente si no cabe prever que el concesionario podrá o estará dispuesto a cumplir con sus obligaciones;

b) De ser declarado el concesionario insolvente o en quiebra;

c) De tener la autoridad contratante algún interés en hacerlo, a reserva de que indemnice debidamente al concesionario.

3) El país anfitrión tal vez desee disponer que antes de rescindir el acuerdo de proyecto la autoridad contratante deberá, según proceda:

a) Conceder al concesionario un plazo adicional para cumplir con su obligación o remediar las consecuencias de su incumplimiento;

b) Dar aviso a los prestamistas y garantes del concesionario, según proceda, para que, en un plazo razonable, traten de remediar el incumplimiento del concesionario o de designar un sustituto del concesionario conforme a los términos de sus respectivos acuerdos con la autoridad contratante.

Rescisión del acuerdo por el concesionario (párrafos 24 a 29)

4) El país anfitrión tal vez desee disponer que el concesionario podrá rescindir el acuerdo de proyecto en los supuestos siguientes:

a) Todo incumplimiento grave por parte de la autoridad contratante o de algún otro organismo público del país anfitrión de las obligaciones contraídas en el acuerdo de proyecto;

b) Toda agravación importante de la carga impuesta por el acuerdo al concesionario que sea imputable a las modificaciones ordenadas por la autoridad contratante o a algún

cambio imprevisto de las circunstancias, sin que las partes hayan podido llegar a un acuerdo sobre una adaptación adecuada del acuerdo de proyecto.

Rescisión del acuerdo por cualquiera de las partes
(párrafos 30 y 31)

5) El país anfitrión tal vez desee disponer que el acuerdo de proyecto también podrá rescindirse en los siguientes supuestos:

- a) Si el cumplimiento de ambas partes se ve imposibilitado por algún impedimento exonerante;
- b) Si las partes así lo deciden de común acuerdo.

Traspaso de bienes a la autoridad contratante
(párrafos 34 y 35)

6) El país anfitrión tal vez desee disponer que el acuerdo de proyecto deberá definir:

- a) Las categorías de bienes que el concesionario deberá traspasar a la autoridad contratante al expirar el acuerdo de proyecto o a su rescisión, así como los criterios para determinar, cuando así proceda, la indemnización que deberá abonarse al concesionario por concepto de ese traspaso;
- b) Las categorías de bienes que la autoridad contratante podrá, si así lo desea, comprar al concesionario por su justo precio de mercado;
- c) Las categorías de bienes que el concesionario podrá libremente llevarse o enajenar una vez expirado o rescindido el acuerdo de proyecto.

Traspaso de bienes al nuevo concesionario
(párrafo 36)

7) El país anfitrión tal vez desee disponer que el concesionario estará obligado a traspasar los bienes descritos en los incisos a) y b) del párrafo 6) al nuevo concesionario contra la remuneración que le sea debida por aquellos bienes que no hayan sido plenamente amortizados durante el período de explotación del proyecto.

Arreglos financieros para el supuesto de una eventual rescisión del acuerdo (párrafos 39 a 45)

8) El país anfitrión tal vez desee disponer que el acuerdo de proyecto deberá prever cómo se ha de calcular la indemnización que será debida al concesionario, en caso de rescindirse el acuerdo de proyecto, y en particular lo siguiente:

- a) Indemnización, por su valor justo, de las obras efectuadas en el marco del acuerdo de proyecto, caso de rescindirse el acuerdo de proyecto por algún motivo imputable al concesionario;
- b) Indemnización, por su valor justo, de las obras efectuadas y de la pérdida ocasionada al concesionario, incluido su lucro cesante, si se rescinde el acuerdo de proyecto por algún motivo imputable a la autoridad contratante;
- c) Indemnización, por su valor justo, de las obras efectuadas por el concesionario y toda otra indemnización que

sea del caso, si se rescinde el acuerdo de proyecto por haber sobrevenido un impedimento exonerante o por razón de conveniencia de la autoridad contratante.

Traspaso de la instalación y medidas de transición
(párrafos 46 a 58)

9) El país huésped tal vez desee disponer que el acuerdo deberá definir los derechos y obligaciones de las partes respecto de:

- a) El traspaso de la tecnología requerida para el funcionamiento de la instalación;
- b) El adiestramiento del personal de la autoridad contratante en las operaciones de funcionamiento y el mantenimiento de la instalación;
- c) La prestación, por el concesionario, de ciertos servicios de funcionamiento y mantenimiento de la instalación y suministro de repuestos, de ser ello necesario, durante un período de tiempo razonable a partir del traspaso de la instalación a la autoridad contratante.

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

A. Observaciones generales

1. La mayoría de los proyectos de infraestructura con financiación privada se conciertan por un cierto plazo al final del cual el concesionario traspasa a la autoridad contratante la función que le incumbía en orden al buen funcionamiento de la instalación de infraestructura. Los elementos que habrán de tenerse en cuenta al fijar el plazo de la concesión son examinados en otra parte de la *Guía* (véase el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, ___). El presente capítulo se ocupa de las cuestiones suscitadas por la expiración o rescisión del proyecto de acuerdo, que en muchos países suelen estar reguladas en una norma de rango legal. La sección B se ocupa de las circunstancias que pueden dar lugar a una prórroga del acuerdo de proyecto (véanse párrafos 2 a 4). La sección C examina las circunstancias que pueden dar lugar a la rescisión del acuerdo de proyecto con anterioridad a la expiración de su plazo (véanse párrafos 5 a 31). Por último, la sección D se ocupa de las consecuencias de la expiración o rescisión del acuerdo de proyecto, así como del traspaso de los bienes del proyecto y de la indemnización a la que pudiera tener derecho alguna de las partes al producirse la rescisión y de las disposiciones relativas a la disolución del proyecto (véanse párrafos 32 a 58).

B. Prórroga del acuerdo de proyecto

2. En la práctica contractual de algunos países, la autoridad contratante y el concesionario podrán convenir una o más prórrogas del plazo de la concesión. Lo más frecuente suele ser, no obstante, que el derecho interno sólo autorice la prórroga del acuerdo de proyecto en circunstancias excepcionales. De ser éste el caso, al caducar el acuerdo del proyecto la autoridad contratante estará normalmente obligada a iniciar un nuevo proceso de selección para seleccionar al nuevo concesionario, para lo que aplicará normalmente los mismos procedimientos que utilizó para seleccionar al con-

cesionario cuya concesión ha caducado (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, ___).

3. Cierta número de países han juzgado conveniente disponer que toda concesión otorgada en exclusiva habrá de ser periódicamente readjudicada mediante concurso, y no meramente prorrogada. Esta renovación periódica mediante concurso puede ser un fuerte incentivo para que el concesionario se esmere en el cumplimiento de la función asumida. La duración del plazo entre la adjudicación inicial y su primera (y toda subsiguiente) renovación deberá fijarse en función de la magnitud de la inversión y otros riesgos a los que haya de hacer frente el concesionario. Por ejemplo, para una concesión de recolección de basuras sólidas que no requiera una fuerte inversión en capital fijo, esos plazos pueden ser relativamente breves (por ejemplo, de tres a cinco años), mientras que se necesitarán plazos más largos para las concesiones de distribución de energía eléctrica o de agua, por dar un ejemplo. En la mayoría de los países, la renegociación coincide con el final del plazo del proyecto, pero en otros se asigna la concesión por un prolongado período (por ejemplo, de 99 años), combinado con un concurso periódico de renegociación (por ejemplo, cada 10 ó 15 años). Conforme al segundo esquema, adoptado por algunos países, la primera reapertura de concurso tendrá lugar antes de que el concesionario inicial haya podido recuperar plenamente su inversión. A título de incentivo para la empresa concesionaria en funciones, algunas leyes dan cierta preferencia al concesionario sobre los demás concursantes en la adjudicación de nuevas concesiones para una misma actividad. Ahora bien, el concesionario gozará tal vez de derechos de propiedad que deberán ser indemnizados si no consigue renovar su concesión, en cuyo caso la totalidad o una parte de los beneficios del concurso pueden acabar en manos del concesionario en funciones. De requerirse que el ganador del concurso indemnice al concesionario en funciones por el valor de sus derechos de propiedad y de la inversión no amortizada se reducirá el riesgo a largo plazo de los inversionistas y prestamistas y se les ofrecerá una vía de salida atractiva.

4. Pese a lo dicho, es aconsejable no excluir por completo la opción de negociar una prórroga del plazo de la concesión en circunstancias excepcionales. La duración de un proyecto de infraestructura es uno de los principales factores que han de tenerse en cuenta al negociar las condiciones financieras, ya que tiene una repercusión directa sobre el precio de los servicios prestados por el concesionario. Las partes pueden descubrir que la prórroga del acuerdo de proyecto (como medida sustitutiva o complementaria de otros mecanismos compensatorios) puede ser una buena solución para hacer frente a ciertas circunstancias extraordinarias o imprevistas que pudieran surgir durante la vida del proyecto. Cabe citar los siguientes supuestos: prórroga compensatoria de la suspensión del proyecto o de las pérdidas imputables a algún impedimento (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___); prórroga compensatoria de una suspensión del proyecto imputable a medidas de la autoridad contratante o de algún otro organismo o entidad pública (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___); prórroga que permita al concesionario amortizar el costo de toda obra extraordinaria en la instalación que no sea posible amortizar durante el plazo estipulado en el acuerdo de proyecto sin una elevación no deseable de la tarifa (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). En aras de una mayor transparencia o de

una rendición más pormenorizada de las cuentas, en algunos países la prórroga del plazo de la concesión estará sujeta a un límite global acumulativo o deberá ser aprobada por algún organismo público expresamente designado al efecto.

C. Rescisión

5. Los eventuales motivos de rescisión de un acuerdo de proyecto antes de su expiración y las consecuencias de esa rescisión adelantada suelen ser objeto de alguna norma de derecho interno. Por lo general, la ley autoriza a las partes a rescindir el acuerdo de ocurrir algún hecho de determinada índole. El interés principal de todas las partes que intervienen en un proyecto de infraestructura con financiación privada está en asegurar la terminación satisfactoria de las obras de infraestructura, así como la prestación ordenada y continua del servicio público objeto de la concesión. Habida cuenta de las graves consecuencias de la rescisión del acuerdo, que pudiera interrumpir o incluso suprimir el servicio prestado, la rescisión deberá ser contemplada en la mayoría de los casos como una medida de última instancia. Deberán ponderarse cuidadosamente los requisitos para el ejercicio por una u otra parte de este derecho. Aun cuando no sea preciso que haya identidad al respecto, suele ser conveniente que haya un cierto equilibrio entre los derechos de cada una de las partes para rescindir el acuerdo y entre los requisitos impuestos a cada una de ellas para el ejercicio de esos derechos.

6. Además de definir las circunstancias o los hechos que pueden dar lugar a un derecho de rescisión, es aconsejable que las partes prevean un procedimiento adecuado para determinar si existe o no un motivo válido para rescindir el acuerdo de proyecto. De particular importancia es saber si el acuerdo de proyecto podrá rescindirse unilateralmente o si la rescisión habrá de hacerse por decisión judicial o de algún otro órgano designado para resolver las controversias (véase el capítulo VIII, “Solución de controversias”, ___).

7. El concesionario no suele tener derecho a rescindir el acuerdo de proyecto unilateralmente, pero en la práctica contractual de algunos países las entidades públicas suelen gozar de ese derecho a reserva de su obligación de indemnizar al concesionario. En algunos países se ha previsto, no obstante, una excepción a esta práctica respecto de aquellas concesiones de servicios públicos cuya índole contractual sea tenida por incompatible con la existencia de un derecho de rescisión unilateral. También existen ordenamientos jurídicos que no reconocen a las entidades públicas el derecho de rescisión unilateral de este tipo de acuerdos. La autoridad contratante tal vez descubra que un derecho de rescisión unilateral puede ser una herramienta valiosa para estimular al concesionario a cumplir el compromiso contraído. Puede que también descubra que el derecho de rescisión ahorra tiempo a la hora de tener que adoptar las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio en un supuesto de incumplimiento irremediable del concesionario. Ahora bien, los patrocinadores y prestamistas del proyecto tal vez se sientan inquietos ante el riesgo de una rescisión prematura e injustificada por la autoridad contratante, aun cuando pueda recurrir contra esa decisión por la vía prevista para la solución de controversias. Cabe también observar que aun cuando disponga de un derecho unilateral de rescisión del acuerdo de proyecto, la autoridad contratante no debe pres-

cindir de un buen mecanismo contractual de supervisión del cumplimiento o de las debidas garantías de cumplimiento (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___).

8. El régimen de la rescisión deberá por ello ser coordinado con los remedios contractuales del incumplimiento previstos en el acuerdo de proyecto. En particular, sería conveniente distinguir las condiciones de rescisión de las que se establezcan para una intervención eventual de la autoridad contratante (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). Es igualmente importante que los derechos de rescisión de la autoridad contratante sean perfilados sin perder de vista los acuerdos de financiación negociados por el concesionario con sus prestamistas. En la mayoría de los casos, los hechos que den lugar a una rescisión del acuerdo de proyecto constituirán asimismo supuestos de incumplimiento de los acuerdos de préstamo, dando tal vez lugar a un vencimiento inmediato de la totalidad de la deuda pendiente del concesionario. Sería por ello aconsejable tratar de evitar el riesgo de una rescisión recurriendo en primer lugar a un acuerdo directo que diera margen a los prestamistas del proyecto para encontrar un sustituto eventual del concesionario para el supuesto de que se materialice el riesgo de una rescisión del acuerdo de proyecto con el concesionario inicial (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___).

9. A la luz de lo anteriormente dicho, es en general aconsejable que, en la mayoría de los supuestos, la ley disponga que sólo podrá procederse a la rescisión del acuerdo de proyecto tras el fallo definitivo del órgano designado en el acuerdo para la solución de controversias. Ese requisito reduciría la inquietud de una eventual rescisión prematura o injustificada. Al mismo tiempo, no impediría adoptar medidas adecuadas para garantizar la continuidad del servicio, en espera de que el órgano encargado de la solución de la controversia llegara a una decisión definitiva, con tal de que el acuerdo de proyecto haya previsto ciertos remedios contractuales para el supuesto de incumplimiento, como pudiera ser algún derecho de intervención de la autoridad contratante o de los prestamistas.

1. *Rescisión por la autoridad contratante*

10. Los derechos de rescisión de la autoridad contratante suelen corresponder a tres categorías de circunstancias: incumplimiento grave del concesionario; insolvencia o quiebra del concesionario, y pérdida de interés de la autoridad contratante o rescisión por conveniencia de la autoridad contratante.

a) *Incumplimiento grave del concesionario*

11. Algunos ordenamientos reconocen a la autoridad contratante el derecho de rescindir el acuerdo de proyecto en el supuesto de incumplimiento del concesionario. Dado el efecto perturbador de la rescisión y el interés de mantener la continuidad del servicio, no es aconsejable considerar la rescisión como una sanción aplicable a todo tipo de incumplimiento insatisfactorio por parte del concesionario. Por el contrario, suele ser aconsejable no recurrir al remedio extremo de la rescisión sino en supuestos de incumplimiento “particularmente graves” o “reiterados”, especialmente si se

considera llegada la situación en la que ya no cabe esperar razonablemente que el concesionario esté en condiciones de cumplir el acuerdo de proyecto o de que esté dispuesto a hacerlo. En muchos ordenamientos ciertos tecnicismos para referirse a las situaciones en las que el grado de incumplimiento de una de las partes contratantes sea tal que la otra parte pueda rescindir su relación contractual antes de agotarse el plazo de su validez (por ejemplo, “incumplimiento fundamental”, “incumplimiento especial” o expresiones similares). Esas situaciones son designadas en la *Guía* por el término de “incumplimiento grave”.

12. El restringir la posibilidad de rescisión a los supuestos de incumplimiento grave puede servir de garantía a los prestamistas y patrocinadores del proyecto de que estarán protegidos contra toda decisión prematura o poco razonable de la autoridad contratante. La ley puede reconocer en términos generales el derecho de la autoridad contratante a rescindir el acuerdo de proyecto en supuestos de incumplimiento grave del concesionario y dejar que sea el acuerdo de proyecto el que defina con más detalle la noción de incumplimiento grave y ofrezca, cuando sea procedente, ejemplos ilustrativos de ese incumplimiento. Desde una perspectiva práctica, no es aconsejable tratar de dar, ya sea legalmente o ya sea en el acuerdo de proyecto, una lista exhaustiva, legal o contractual, de los supuestos de rescisión.

13. Por regla general, es aconsejable otorgar al concesionario un plazo adicional para dar cumplimiento a sus obligaciones y mitigar las consecuencias de ese incumplimiento antes de que la autoridad contratante recurra a los remedios de que disponga. Por ejemplo, se debe dar aviso al concesionario de toda circunstancia que por su gravedad pueda dar lugar a rescisión si no se rectifica en el plazo que le sea ofrecido. Esa posibilidad debe ser ofrecida también a los prestamistas y garantes, según sea el caso, para que, de poderlo hacer, pongan remedio al incumplimiento del concesionario conforme a lo estipulado en el acuerdo directo entre los prestamistas y la autoridad contratante o en las cauciones de cumplimiento que hayan dado a la autoridad contratante (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). El proyecto de acuerdo puede también disponer que, si no se rectifican las circunstancias especificadas antes del término del plazo otorgado, la autoridad contratante podrá dar por rescindido el acuerdo de proyecto, tras notificar previamente a los prestamistas y darles la oportunidad de ejercer su derecho de buscar un sustituto del concesionario en el plazo y de conformidad con el procedimiento convenidos en el acuerdo directo. Ahora bien, deberán establecerse plazos límites razonables, ya que no cabe esperar que la autoridad contratante haya de soportar indefinidamente el costo continuo de una situación de incumplimiento potencial del acuerdo por el concesionario. Además, la puesta en marcha de esos procedimientos no debe ser obstáculo para que la autoridad contratante ejerza su derecho de intervenir para evitar el riesgo de interrupción del servicio por el concesionario (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___).

i) *Grave incumplimiento previo al inicio de la construcción*

14. El concesionario deberá normalmente llevar a cabo una serie de medidas previas a las obras de construcción de la instalación. Esas medidas son a menudo definidas como

requisitos para la entrada en vigor del acuerdo de proyecto. Cabe citar como supuestos que darían lugar a la retirada de la concesión en una etapa inicial del proyecto los siguientes:

- a) El no haber reunido los recursos financieros requeridos, el no haber suscrito el acuerdo de proyecto o el no haber fundado la sociedad del proyecto dentro del plazo fijado al respecto;
- b) El no haber obtenido las licencias o los permisos requeridos para poder llevar a cabo la actividad que sea objeto de la concesión;
- c) El no haber emprendido la construcción de la instalación, o las obras del proyecto, o el no haber presentado los planos y diseños requeridos, en un plazo contado a partir de la adjudicación de la concesión.

15. La rescisión debe en principio reservarse para supuestos en los que la autoridad contratante ya no pueda razonablemente prever que el concesionario seleccionado adoptará las medidas requeridas para dar comienzo a la ejecución del proyecto. A ese respecto, es importante que la autoridad contratante tenga en cuenta cualquier circunstancia que pudiera excusar la demora del concesionario en el cumplimiento de sus obligaciones. Además, el concesionario no debe cargar con las consecuencias de cualquier inactividad o error en que incurra la autoridad contratante o alguna otra entidad pública. Por ejemplo, la rescisión del acuerdo de proyecto no estará normalmente justificada si la obtención por el concesionario de las licencias y permisos públicos requeridos en el plazo convenido no es imputable a alguna culpa o insuficiencia del concesionario.

ii) *Incumplimiento grave durante la fase de construcción*

16. Cabe citar como ejemplos de supuestos que podrían dar lugar a la rescisión del acuerdo de proyecto durante la fase de construcción los siguientes:

- a) La no observancia de los reglamentos, especificaciones y normas mínimas de diseño o rendimiento de las obras y el incumplimiento de la obligación de terminar las obras conforme al calendario convenido sin que medie una excusa razonable;
- b) El no haberse aportado o renovado las garantías requeridas en las condiciones acordadas;
- c) La violación de alguna obligación legal o contractual esencial a tenor de los términos del acuerdo de proyecto.

17. La rescisión no deberá ser declarada sino en supuestos en los que el grado de incumplimiento del concesionario y las consecuencias de ese incumplimiento para la autoridad contratante justifiquen esa medida. Por ejemplo, la autoridad contratante puede tener un interés legítimo en especificar la fecha en la que deberán completarse las obras, por lo que podía tener motivo para considerar la demora a ese respecto como un incumplimiento grave que da lugar a la rescisión. Ahora bien, la demora por sí sola, especialmente si no es excesiva en función de las especificaciones del acuerdo de proyecto, no debe ser tenida por motivo de rescisión si la autoridad contratante está por lo demás satisfecha de la actitud del concesionario para terminar las obras de conformidad con las normas de calidad requeridas y presupone que el concesionario cumplirá por lo demás con su compromiso.

iii) *Incumplimiento grave durante la etapa de explotación*

18. Cabe citar cómo supuestos particulares de incumplimiento que pueden dar lugar a que la concesión sea rescindida durante la fase de explotación los siguientes:

- a) Todo incumplimiento grave relativo a la prestación de servicios de conformidad con las normas de calidad legales y contractuales que sean aplicables;
- b) Toda suspensión o interrupción inexcusable del servicio prestado sin el consentimiento previo de la autoridad contratante;
- c) Todo incumplimiento grave por parte del concesionario en el mantenimiento de la instalación, de su equipo y de sus pertrechos de conformidad con las normas de calidad convenidas o toda demora inexcusable en la realización de las operaciones de mantenimiento convenidas de conformidad con los planes, programas y calendarios estipulados al efecto;
- d) Toda inobservancia de las medidas de control de precios, de haberse establecido alguna, o toda otra violación grave de alguna regla, reglamentación o estipulación contractual aplicable a la prestación del servicio;
- e) Toda inobservancia de las sanciones impuestas por la autoridad contratante o por el órgano regulador competente a raíz de alguna infracción de los deberes del concesionario.

19. En aras de la transparencia y de la integridad de los negocios públicos, las leyes de algunos países disponen también que el acuerdo de proyecto será rescindido si el concesionario es declarado culpable de fraude fiscal o de otros actos fraudulentos, o si sus agentes o empleados están implicados en el soborno de titulares de cargos públicos o en otras prácticas corruptas (véase también el capítulo VII, “Ley aplicable”, ___). En tales casos sería aconsejable examinar hasta qué punto el concesionario ha iniciado esos actos corruptos para influir sobre las decisiones de los cargos públicos competentes o hasta qué punto se sintió obligado a hacerlo a resultas de presiones o amenazas de los titulares de esos cargos en el país anfitrión (actos a veces tipificados como delito de “extorsión”).

b) *Insolvencia del concesionario*

20. Los servicios de infraestructura deben normalmente ser prestados con la continuidad debida, por lo que la mayoría de los ordenamientos internos disponen que podrá rescindirse el acuerdo si el concesionario es declarado insolvente o en quiebra. A fin de velar por la continuidad del servicio, se podrá excluir del proceso de insolvencia a las instalaciones y bienes que hayan de ser entregados a la autoridad contratante para asegurar la continuidad del servicio y la ley podrá someter a aprobación pública previa todo acto de disposición por el síndico o administrador de la insolvencia de ciertas categorías de bienes que sean propiedad del concesionario.

21. En los ordenamientos que permiten constituir gravámenes reales sobre la propia concesión (véase el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, ___), la ley suele disponer que la autoridad contratante podrá, previa consulta con los acreedores titulares de los créditos garantizados, designar a un

administrador provisional que garantice la continuidad del servicio objeto de la concesión, hasta que los acreedores titulares de los créditos garantizados admitidos al procedimiento de insolvencia decidan, a recomendación del administrador de la insolvencia, si debe proseguirse la actividad o si debe subastarse de nuevo el derecho a explotar la concesión.

c) *Rescisión por conveniencia*

22. En la práctica contractual de algunos países, los organismos públicos que vayan a adjudicar obras de construcción, acostumbran a reservarse el derecho de rescindir el contrato de obras por razones de conveniencia (es decir, sin tener que dar otra justificación que el interés público). En algunos países del *common law* ese derecho de rescisión sólo podrá ejercerse si está expresamente previsto en una ley o en el contrato que rija la concesión. Varios ordenamientos de tradición romanista reconocen a las entidades públicas un derecho similar a rescindir un contrato por razones de “interés público” o de “interés general”. En algunos países, ese derecho pudiera estar implícitamente reconocido como parte de las facultades contractuales de la administración pública, incluso en ausencia de toda mención legal o contractual al efecto. En la medida en que la administración pública sea la que defina lo que es o no es de interés público, un derecho no cualificado de rescisión por razones de interés público equivale a una rescisión del acuerdo por razón de conveniencia de la autoridad contratante. El derecho de la autoridad pública de declarar rescindido el acuerdo por conveniencia o razones de interés público es tenido, en aquellos ordenamientos que lo reconocen, como un factor esencial para preservar el libre ejercicio por la autoridad pública de su función al servicio del bien común.

23. Ahora bien convendría sopesar las condiciones para el ejercicio de este derecho y sus consecuencias. Un derecho general y no condicionado de rescisión por razón de conveniencia de la autoridad contratante puede constituir un riesgo imponderable que ni el concesionario ni los prestamistas estarían dispuestos a aceptar sin garantía suficiente de que recibirán una indemnización pronta y equitativa de toda pérdida que les sea ocasionada. La posibilidad de una rescisión por conveniencia, dondequiera que exista, debe ser dada a conocer a los inversionistas eventuales desde el primer momento y deberá ser expresamente mencionada en el borrador del acuerdo de proyecto que se distribuya con la solicitud de propuestas contractuales (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, ___). La indemnización debida en el supuesto de rescisión por conveniencia deberá abarcar, en la práctica, todos aquellos elementos que se contabilizan para calcular la indemnización debida en un supuesto de rescisión por incumplimiento grave de la autoridad contratante (véase párrafo 42). Suele ser además aconsejable limitar el ejercicio del derecho de rescisión por razón de conveniencia a supuestos excepcionales en los que un interés público reclame la rescisión del acuerdo de proyecto (por ejemplo, cuando una modificación ulterior de la política o de los planes del sector público reclame la integración del proyecto en una red más amplia o cuando la subsiguiente renovación de los planes de la autoridad contratante conlleve una revisión básica del proyecto que modifique esencialmente el diseño original del proyecto o su viabilidad financiera en términos de su explotación comercial privada). Cabe decir que no es en modo alguno aconsejable considerar el derecho de rescisión por

conveniencia como un sustituto adecuado de otros remedios contractuales frente a una actuación poco satisfactoria del concesionario (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___).

2. *Rescisión por el concesionario*

24. Mientras que la autoridad contratante puede reservarse en algunos ordenamientos un derecho incondicional de rescisión del acuerdo de proyecto, los motivos de rescisión alegables por el concesionario suelen estar limitados al supuesto de un incumplimiento grave de la autoridad contratante o alguna otra situación excepcional que no suponga un derecho general de rescisión total del acuerdo de proyecto al arbitrio del interesado.

a) *Incumplimiento grave por parte de la autoridad contratante*

25. De conformidad con una regla general del derecho existente en muchos ordenamientos jurídicos, toda parte en un contrato podrá interrumpir el cumplimiento de sus prestaciones en el supuesto de incumplimiento de la otra parte. En algunos ordenamientos esa regla no es, sin embargo, aplicable a los contratos públicos, al disponer la ley expresamente que los contratistas de contrataciones públicas no podrán excusarse de su obligación contractual únicamente en razón de un incumplimiento de la autoridad contratante salvo que el contrato sea rescindido por una resolución judicial o arbitral. La razón de ser de esta regla está en la necesidad de asegurar la continuidad de los servicios públicos (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___).

26. Debe observarse, no obstante, que si bien la autoridad contratante puede mitigar las consecuencias de un incumplimiento del concesionario haciendo valer su derecho de intervención, el concesionario no suele disponer de un remedio comparable. En el supuesto de un incumplimiento grave de la autoridad contratante, el concesionario podría tener que soportar daños considerables o incluso irreparables, si le lleva demasiado tiempo obtener una resolución definitiva que lo libere de sus obligaciones dimanantes del acuerdo de proyecto. Esta consideración realza la importancia de las garantías públicas del cumplimiento de las prestaciones asumidas por una autoridad contratante (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, ___) y la necesidad de que las partes dispongan de un mecanismo rápido y eficaz de solución de sus controversias (véase el capítulo VIII, “Solución de controversias”, ___).

27. En aquellos ordenamientos en los que la autoridad contratante esté facultada para requerir modificaciones en el proyecto, algunas leyes reconocen al concesionario el derecho a rescindir el acuerdo de proyecto si la autoridad contratante altera o modifica el proyecto original en términos que supongan un aumento notable de la cuantía de la inversión requerida y las partes no consiguen llegar a un acuerdo sobre la cuantía de la indemnización debida (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___).

28. Además del supuesto de incumplimiento grave de la autoridad contratante, por razones de equidad tal vez debe facultarse al concesionario para rescindir el acuerdo de proyecto en el supuesto de que el concesionario se vea en la im-

posibilidad de prestar el servicio a resultas de actos de otras entidades públicas que no sean la autoridad contratante, como sería la denegación de un cierto respaldo público que sea requerido para la ejecución del acuerdo de proyecto (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, ___).

b) *Modificación de las condiciones*

29. Algunos ordenamientos permiten que el concesionario rescinda el acuerdo de proyecto si las prestaciones del concesionario se han vuelto considerablemente más onerosas a resultas de un cambio imprevisto en las condiciones y las partes no han conseguido llegar a un acuerdo sobre una revisión adecuada del acuerdo de proyecto para adaptarlo a las nuevas condiciones (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___).

3. *Rescisión por alguna de las partes*

a) *Impedimento del cumplimiento*

30. Algunas leyes permiten que las partes rescindan el acuerdo de proyecto si el cumplimiento de alguna de sus prestaciones se ve impedido permanentemente a resultas de una circunstancia definida en el acuerdo de proyecto como impedimento exonerante (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). A este respecto, es aconsejable prever en el acuerdo de proyecto que si el impedimento exonerante persiste más allá de cierto plazo o si la duración acumulativa de dos o más impedimentos exonerantes sobrepasa dicho plazo, el contrato podrá ser rescindido por una u otra parte. Si la ejecución del proyecto se ve imposibilitada legalmente, por ejemplo, por cambios legislativos o a resultas de una decisión judicial que afecte a la validez del acuerdo de proyecto, ese derecho de rescisión no requerirá de plazo alguno para poderse ejercer tan pronto como surta efecto el cambio legislativo o el fallo judicial de que se trate.

b) *De común acuerdo*

31. Por último, algunos ordenamientos facultan a las partes para rescindir de consuno el acuerdo de proyecto, a reserva habitualmente de que esa rescisión sea aprobada por la autoridad pública designada al efecto.

D. *Consecuencias de la expiración o de la rescisión del acuerdo de proyecto*

32. El derecho del concesionario para explotar la instalación y prestar el servicio especificado suele expirar al término del plazo del proyecto o al rescindir el acuerdo de proyecto. Esta expiración conlleva a menudo la obligación de traspasar los bienes a la autoridad contratante o a algún otro concesionario que se haga cargo del funcionamiento de la instalación (véanse párrafos 33 a 38). Este traspaso puede tener importantes consecuencias financieras que deberán ser reguladas en detalle en el acuerdo de proyecto, particularmente respecto del supuesto de rescisión por alguna de las partes (véanse párrafos 39 a 45). Las partes deberán definir asimismo diversas otras medidas que faciliten el traspaso ordenado de la responsabilidad por el funcionamiento de la instalación y la prestación del servicio (véanse párrafos 46 a 58).

1. *Traspaso de bienes vinculados al proyecto*

33. Algunas leyes disponen que al rescindir la concesión, las instalaciones y terrenos facilitados inicialmente al concesionario, así como los demás bienes vinculados al proyecto deberán pasar a manos de la autoridad contratante. Ahora bien, puede haber proyectos en los que no se le exija al concesionario que entregue los bienes a la autoridad contratante, por ejemplo, cuando sus bienes le pertenezcan o cuando esos bienes vayan a ser traspasados directamente a otro concesionario que vaya a sucederle en la prestación del servicio.

a) *Traspaso de bienes a la autoridad contratante*

34. Las leyes de algunos países insisten particularmente en el interés que puede tener la autoridad contratante en los bienes vinculados al proyecto y suelen exigir su entrega a la autoridad contratante, mientras que en otros países los proyectos de infraestructura con financiación privada son primordialmente considerados como un procedimiento para obtener la prestación de un servicio durante un plazo especificado, y no como un mecanismo para la construcción de instalaciones. Por ello, las leyes de estos países suelen limitar las obligaciones de traspaso del concesionario a determinadas categorías de bienes que se consideran indispensables para la prestación del servicio. Esta diversidad de enfoques legislativos suele reflejar la diversidad de funciones de los sectores privado y público según cuál sea el ordenamiento jurídico o el sistema económico imperante en cada país, aun cuando puede ser también el resultado de consideraciones prácticas por parte de la autoridad contratante.

35. Una buena razón por la que la autoridad contratante puede autorizar al concesionario a retener algunos bienes al final del período del proyecto puede ser el deseo de reducir el costo al que se prestará el servicio. Si es probable que los bienes del proyecto posean un valor residual para el concesionario y que ese valor sea contabilizado durante el proceso de selección, la autoridad contratante puede lógicamente esperar que el precio cobrado por el servicio sea inferior. Ciertamente, si el concesionario no se siente obligado a amortizar la totalidad del costo de esos bienes durante la vida del proyecto, sino que puede confiar en venderlos al expirar el acuerdo de proyecto o en destinarlos para otros fines, es probable que pueda ofrecer el servicio a un costo inferior que si se sintiera obligado a amortizar la totalidad de su costo durante la vida del proyecto. Además, algunos bienes tal vez hayan de ser reequipados o actualizados técnicamente al final de la vida del proyecto hasta tal punto que pudiera no ser rentable reclamarlos. En ese momento puede además haber responsabilidades residuales o gastos consecuenciales, tal vez por concepto de daños ocasionados al medio ambiente o de gastos de demolición. Por ello, las leyes de algunos países no prevén un traspaso incondicional de todos los bienes a la autoridad contratante, sino que distinguen entre tres categorías de bienes:

a) *Bienes que deben traspasarse a la autoridad contratante.* En esta categoría figuran normalmente todos aquellos bienes que sean propiedad de la autoridad contratante o de alguna otra autoridad pública del país anfitrión, pero que el concesionario haya utilizado para prestar el servicio que tenía encomendado. En esta categoría figurará toda instalación que haya sido facilitada al concesionario por la autori-

dad contratante y toda nueva instalación que el concesionario haya edificado a raíz del acuerdo de proyecto. Algunos ordenamientos exigen también el traspaso de otras instalaciones, terrenos y bienes que el concesionario haya adquirido subsiguientemente para el buen funcionamiento de la infraestructura, particularmente cuando pasen a formar parte de la infraestructura que haya de entregarse a la autoridad contratante o hayan sido adheridos permanentemente a ella. En algunos países se le exige normalmente al concesionario, al final del período del proyecto, que traspase esos bienes sin ninguna servidumbre o gravamen real y sin gasto alguno para la autoridad contratante, salvo la suma de toda indemnización debida al concesionario por concepto de las mejoras o modernizaciones efectuadas con miras a asegurar la continuidad del servicio y cuyo costo no haya sido todavía amortizado. En la práctica, esa regla presupone la negociación de un plazo de la concesión lo bastante largo y un nivel de ingresos lo bastante elevado para que el concesionario pueda amortizar plenamente su inversión y reembolsar su deuda. En otros ordenamientos se le da un margen más flexible a la autoridad contratante para indemnizar al concesionario conforme estime oportuno del valor residual que puedan tener las instalaciones construidas por el concesionario;

b) Bienes que la autoridad contratante podrá comprar, si así lo desea. En esta categoría suelen figurar bienes que eran inicialmente propiedad del concesionario o que el concesionario adquirió ulteriormente, y que, sin ser indispensables o estrictamente necesarios para la prestación del servicio, pueden facilitar o mejorar la eficiencia y la calidad del servicio prestado. Si la autoridad contratante decide hacer valer su opción de compra sobre esos bienes, el concesionario deberá ser normalmente indemnizado por un importe equivalente a su valor justo de mercado en ese momento. Ahora bien, si se había previsto que esos bienes estuvieran plenamente amortizados (es decir, si las previsiones financieras del concesionario no han asignado un valor residual a esos bienes), entonces el precio abonado por su traspaso podrá ser meramente nominal. En la práctica contractual de algunos países, la autoridad contratante suele imponer algún gravamen real sobre dichos bienes (tal como un derecho de retención) que le sirva de garantía de su traspaso efectivo;

c) Bienes que seguirán siendo de propiedad privada del concesionario. Se trata de bienes que sean propiedad del concesionario y que no corresponden a la categoría *b)* anteriormente descrita. La autoridad contratante no suele gozar de derecho alguno sobre dichos bienes, que podrán ser libremente retirados o enajenados por el concesionario.

b) Traspaso de bienes a un nuevo concesionario

36. Como se indicó anteriormente, la autoridad contratante tal vez desee adjudicar de nuevo la concesión al final del acuerdo de proyecto, en vez de explotarla directamente por sí misma (véase párrafo 3). Para ese fin, puede que sea conveniente exigir legalmente que el concesionario ponga los bienes a disposición del nuevo concesionario. A fin de asegurar una transición ordenada y la continuidad del servicio, el concesionario deberá estar obligado a cooperar con el nuevo concesionario en la operación de traspaso. El traspaso de los bienes a un nuevo concesionario tal vez requiera el pago de una cierta indemnización al concesionario en fun-

ciones, según que se haya o no amortizado el valor de los bienes durante la vida del proyecto:

a) Indemnización por el valor comercial justo de los bienes. El concesionario tal vez tenga derecho a ser indemnizado por los bienes que traspase a la entidad que le suceda a título de concesionario, especialmente si en su propuesta inicial se previó cierto valor residual de los bienes al final del período del proyecto, o si la propuesta financiera da por supuesto un ingreso importante procedente de terceros.

b) Indemnización nominal. Si el plan financiero del concesionario no había previsto un valor residual de los bienes o ingresos procedentes de terceros, tal vez no exista a simple vista un motivo para exigir al sucesor a título del concesionario el pago de algo más que una retribución nominal al concesionario inicial. Ciertamente, si el concesionario ha obtenido sus ganancias previstas, todo pago de traspaso supondría un costo adicional para el sucesor que se habría de amortizar mediante una elevación del precio cobrado por el servicio.

c) Estado de los bienes en el momento del traspaso

37. Al traspasar los bienes a la autoridad contratante o al transferirlos directamente al nuevo concesionario, el concesionario suele estar obligado a entregarlos en perfecto estado de funcionamiento y libres de toda servidumbre o gravamen real. El derecho de la autoridad contratante a recibir esos bienes en buen estado de funcionamiento suele estar consagrado en algunos países por la obligación legal impuesta al concesionario de mantener y traspasar el proyecto en el debido estado de funcionamiento de conformidad con las prácticas de buena administración comercial y le obliga a aportar alguna forma de garantía a ese respecto (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). Cuando la autoridad contratante requiera que los bienes sean devueltos en el estado prescrito, las condiciones impuestas al respecto al primer concesionario deben ser razonables. Si bien sería razonable que la autoridad contratante requiera que los bienes gocen de un cierto plazo de vida residual, no sería razonable exigir que se entreguen en unas condiciones equivalentes a las que cabría esperar si fueran nuevos.

38. Es aconsejable idear algún procedimiento para determinar el estado de los bienes en el momento de su traspaso a la autoridad contratante. Tal vez convenga, por ejemplo, establecer un comité integrado por representantes tanto de la autoridad contratante como del concesionario para determinar si las instalaciones están en el estado prescrito y cumplen con los requisitos enunciados en el acuerdo de proyecto. El acuerdo de proyecto puede haber determinado asimismo el procedimiento de designación y el mandato de ese comité, que pudiera estar facultado para exigir del concesionario ciertas medidas de reparación razonables y la eliminación de todo defecto o deficiencia que se detecte en las instalaciones. Tal vez sea aconsejable estipular que se ha de llevar a cabo una inspección especial un año antes del final de la concesión, a raíz de la cual la autoridad contratante podría exigir ciertas medidas adicionales de mantenimiento por parte del concesionario a fin de que la instalación se traspase en el estado prescrito. La autoridad contratante tal vez desee exigir que el concesionario proporcione garantías especiales del traspaso satisfactorio de las instalaciones (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). La au-

toridad contratante tal vez se vea en la necesidad de reclamar el pago de esas garantías para sufragar la reparación de ciertos bienes o instalaciones que se entreguen en mal estado.

2. Disposiciones financieras para el momento de la rescisión

39. La rescisión anticipada del acuerdo de proyecto puede producirse antes de que el concesionario haya podido recuperar el capital invertido, reembolsar su deuda y obtener la ganancia prevista, lo que puede suponer una muy notable pérdida para el concesionario. La autoridad contratante podría también sufrir pérdidas, al verse tal vez obligada a efectuar una inversión adicional o importantes gastos para, por ejemplo, terminar las obras o mantener en funcionamiento el servicio. Por todo ello, el acuerdo de proyecto suele regular en detalle los derechos y las obligaciones financieras de las partes en el momento de la rescisión. El nivel de la indemnización otorgada suele variar según cuál sea el motivo de la rescisión. No obstante, al negociar medidas de indemnización, las partes suelen tener en cuenta los siguientes factores:

a) *La deuda pendiente, la inversión en el capital social y las ganancias previstas.* La rescisión del proyecto suele figurar como supuesto de incumplimiento en los acuerdos de préstamo del concesionario. Dado que los acuerdos de préstamo suelen incluir una denominada “cláusula de aceleración”, por la que la deuda vence en su totalidad en el supuesto de incumplimiento, la totalidad de la deuda pendiente al rescindirse el acuerdo del proyecto sería exigible y contabilizable como pérdida inmediata del concesionario. La posibilidad de que la autoridad contratante indemnice o no, y en qué medida, al concesionario dependerá del motivo por el que se rescinda el acuerdo de proyecto. Cabe prever una indemnización parcial limitada a una suma proporcional al valor de las obras satisfactoriamente efectuadas por el concesionario, o una indemnización completa por el importe total de la deuda pendiente. Otra categoría de pérdidas que en ocasiones se tienen en cuenta en las cláusulas contractuales de indemnización son las pérdidas de los patrocinadores del proyecto por concepto de sus inversiones en el capital social de la sociedad del proyecto, en la medida en que no se haya recuperado el capital invertido al rescindirse el acuerdo. Por último, la rescisión privará también al concesionario de las ganancias que cabía esperar que la instalación reportara en el futuro. Si bien el lucro cesante no suele ser considerado como daño efectivo, en supuestos excepcionales, como sería el de una rescisión indebida por parte de la autoridad contratante, el valor actualizado de las ganancias futuras podría ser contabilizado a efectos de la indemnización abonable al concesionario;

b) *Grado de terminación de las obras y grado de amortización y valor residual de las instalaciones.* La indemnización contractual prevista para diversos motivos de rescisión suele graduarse en función del grado de terminación de las obras al rescindirse el acuerdo. El valor de las obras suele calcularse en función de la inversión requerida para su construcción (particularmente si el acuerdo se rescinde durante la fase de construcción) o en función del valor “residual” de la instalación. Por valor residual debe entenderse el valor de mercado de la infraestructura en el momento de rescindirse la concesión. El valor de mercado puede ser inexistente o, al

menos, difícil de determinar para ciertos tipos de infraestructuras físicas (como puentes o carreteras) o para instalaciones cuya vida funcional esté cercana a su fin. En ocasiones el valor residual puede ser calculado habida cuenta de la utilidad prevista de la instalación para la autoridad contratante. Ahora bien, cabe prever cierto tipo de dificultades en orden a la determinación del valor de obras no acabadas, particularmente cuando la autoridad contratante haya de efectuar una inversión para que la instalación llegue a ser operativa que sea incluso superior a la suma ya invertida por el concesionario. En todo caso, rara vez se abona el valor residual completo de las obras, particularmente en supuestos en los que la rentabilidad del proyecto sea la única fuente de remuneración prevista para la inversión del concesionario. Por ello, el concesionario no suele recibir una indemnización plena del valor de la instalación sino una indemnización por concepto del valor residual de los bienes que no hayan sido plenamente amortizados en el momento de la rescisión. Por “amortización” debe entenderse, en este contexto, el cobro gradual de ciertas sumas por concepto de reembolso de la inversión que se efectúa con cargo a las rentas del proyecto por un importe calculado en función de la hipótesis de que la instalación carecerá de todo valor residual para el concesionario al final del plazo del proyecto.

a) Rescisión por incumplimiento del concesionario

40. El concesionario no suele tener derecho a indemnización en el supuesto de una rescisión del acuerdo que sea imputable a su incumplimiento. En algunos casos, el concesionario podrá incluso estar obligado a pagar una indemnización a la autoridad contratante aunque, en la práctica, un concesionario que haya incumplido el acuerdo y cuyas deudas sean declaradas vencidas al rescindirse el acuerdo, rara vez dispondrá de medios financieros suficientes para pagar esa indemnización.

41. La rescisión por incumplimiento, aun cuando sea vista como una sanción por graves incumplimientos, no debe dar lugar a un enriquecimiento injusto de una u otra parte. Por ello, la rescisión del acuerdo no conlleva necesariamente un derecho de la autoridad contratante a hacerse cargo de la instalación sin pago alguno al concesionario. Para resolver este asunto con equidad convendría distinguir entre los diversos tipos de bienes, según cuál sea el destino que se les haya asignado en el acuerdo de proyecto (párrafo 35):

a) *Bienes que han de traspasarse a la autoridad contratante.* Cuando el acuerdo de proyecto requiera el traspaso automático de las instalaciones del proyecto a la autoridad contratante al finalizar el acuerdo de proyecto, la rescisión por incumplimiento no suele dar lugar al pago de una indemnización al concesionario por esas instalaciones, salvo lo que corresponda al valor residual de las obras que hayan sido completadas satisfactoriamente, en la medida en que no hayan sido ya amortizadas por el concesionario;

b) *Bienes que podrán ser comprados por la autoridad contratante, si así lo desea.* Cierta remuneración financiera será precisa en aquellos casos en los que la autoridad contratante goce de una opción para comprar ciertos bienes a su valor de mercado o por una suma nominal al expirar el acuerdo de proyecto o cuando pueda exigir que esos bienes sean ofrecidos al ganador de un nuevo concurso relativo al proyecto. Ahora bien, tal vez sea legítimo que la indemnización

zación financiera prevista sea inferior al valor total de esos bienes a fin de que esa pérdida eventual sirva para estimular al concesionario. Por ello mismo, no es preciso que esa indemnización cubra el costo total de reembolsar la deuda pendiente del concesionario. Convendría pormenorizar las fórmulas de indemnización financiera en el acuerdo de proyecto (por ejemplo, determinar si se abonará el valor monetario neto de la instalación o únicamente el importe de la deuda pendiente o del valor de empleo alternativo de la instalación, de ser éste menor);

c) *Bienes que seguirán siendo propiedad privada del concesionario.* En supuestos en los que el acuerdo de proyecto no haya previsto el traspaso de los bienes al finalizar el plazo de la concesión y en los que sea fácil encontrar un nuevo proveedor del servicio, la autoridad contratante tal vez no tenga interés en que le sean entregados los bienes del concesionario. Ahora bien, cuando la autoridad contratante juzgue necesario hacerse con esos bienes, aun cuando no se haya previsto su entrega en el acuerdo de proyecto, sería justo indemnizar al concesionario por el valor justo de mercado de dichos bienes. El acuerdo de proyecto tal vez disponga, sin embargo, que será deducible de esa indemnización la suma gastada por la autoridad contratante en la contratación de un nuevo concesionario.

b) *Rescisión por falta de la autoridad contratante*

42. El concesionario suele tener derecho a ser plenamente indemnizado de la pérdida en que incurra al rescindirse el acuerdo por un motivo imputable a la autoridad contratante. La indemnización debida al concesionario suele incluir el valor de las obras e instalaciones, en la medida en que ese valor no haya sido amortizado, así como los daños ocasionados por la rescisión al concesionario, incluido el lucro cesante, que suele calcularse en función de las ganancias obtenidas por el concesionario en los ejercicios financieros anteriores. El concesionario puede tener derecho en este supuesto a reclamar la indemnización total de su inversión en el capital social y de su deuda, así como del servicio de la deuda y del lucro cesante.

c) *Rescisión por otros motivos*

43. Al considerar posibles arreglos de indemnización para el supuesto de rescisión por motivos que no sean imputables a ninguna de las partes, tal vez convenga distinguir el supuesto de un impedimento exonerante del supuesto de la rescisión declarada por la autoridad contratante por motivos de interés público o similares.

i) *Rescisión por impedimentos exonerantes*

44. Por definición, los impedimentos exonerantes son hechos que no dependen de la voluntad de las partes y que, por regla general, no dan lugar a derechos de indemnización que puedan ser invocados por alguna de las partes. Ahora bien, puede haber supuestos en los que sea justo otorgar alguna indemnización al concesionario por las obras ya terminadas, particularmente si, por razón de su índole especializada, el concesionario no podrá retirar los bienes o utilizar la instalación con provecho, mientras que la autoridad contratante sí podrá hacerlo para prestar un servicio (por ejemplo, un

puente). Ahora bien, puesto que en el supuesto de un impedimento no cabe culpar a la autoridad contratante de la rescisión, la indemnización debida al concesionario no tendrá por qué ser una indemnización “plena” (por ejemplo, reembolso de su deuda, de su inversión en el capital social y de su lucro cesante).

ii) *Rescisión por razón de conveniencia*

45. Cuando el acuerdo de proyecto reconozca a la autoridad contratante un derecho de rescisión por razón de conveniencia, la indemnización abonable al concesionario suele abarcar todos los factores indemnizables en el supuesto de rescisión por incumplimiento de la autoridad contratante (véase párrafo 42), aun cuando no necesariamente en la misma medida. A fin de calcular la cuantía justa de la indemnización debida al concesionario, conviene distinguir entre la rescisión por razón de conveniencia durante la fase de construcción y la rescisión por razón de conveniencia mediante la fase de explotación:

a) *Rescisión por conveniencia durante la fase de construcción.* Si se rescinde el acuerdo de proyecto durante la fase de construcción, las medidas de indemnización podrán ser similares a las que se suelen estipular para los grandes contratos de obras que prevén el supuesto de su rescisión por conveniencia. En algunos casos, el contratista suele tener derecho a la parte del precio que corresponda a las obras ya efectuadas satisfactoriamente, así como a los gastos y pérdidas en que haya incurrido a resultas de la rescisión. Ahora bien, dado que la autoridad contratante no acostumbra a pagar un precio por las obras efectuadas por el concesionario, el principal criterio para calcular la indemnización será normalmente la suma total efectivamente invertida por el concesionario hasta la fecha de la rescisión, incluida toda suma efectivamente desembolsada de la suma prestada por los prestamistas al concesionario para la realización de las obras con arreglo al acuerdo de proyecto, y los gastos relacionados con la cancelación de los acuerdos de préstamo. Una cuestión adicional sería la de hasta qué punto el concesionario podrá reclamar el lucro cesante por la porción de las obras que haya completado a tenor de un contrato rescindido por razón de conveniencia. Por una parte, es posible que el concesionario haya dejado pasar alguna oportunidad comercial en previsión de poder completar el proyecto y explotar la instalación durante el plazo previsto de la concesión. Por otra parte, si al concesionario se le reconoce el derecho a ser compensado por su lucro cesante, la autoridad contratante podrá verse privada por razones financieras del ejercicio de su derecho de rescisión por conveniencia. Una posible solución sería la de que el acuerdo de proyecto establezca una escala de indemnización abonable en función del grado de finalización de las obras al rescindirse por conveniencia el acuerdo de proyecto. Cabe observar, no obstante, que en la práctica contractual de algunos países las entidades públicas no están obligadas a indemnizar por el lucro cesante al rescindir por conveniencia un importante contrato de obras;

b) *Rescisión por conveniencia durante la fase de explotación.* En lo que respecta a las obras satisfactoriamente terminadas por el concesionario, cabe aplicar las mismas reglas de indemnización que las aplicables durante la fase de construcción en un supuesto de rescisión por conveniencia. Ahora bien, una indemnización equitativa en un supuesto de res-

cisión por conveniencia durante la fase de explotación puede que deba prever una indemnización por el lucro cesante, que suele calcularse en función de la ganancia del concesionario durante cierto número de ejercicios financieros previos. La norma de indemnización más severa que se aplica en este supuesto estaría justificada por la circunstancia de que a diferencia de la rescisión durante la fase de construcción, en la que la autoridad contratante tendría que completar las obras a su propio costo, en el supuesto de rescisión durante la fase de explotación es posible que la autoridad contratante reciba una instalación acabada y en condiciones de ser explotada rentablemente.

3. *Traspaso de la instalación y medidas de transición*

46. Cuando se traspasa la instalación a la autoridad contratante al finalizar el plazo de la concesión, las partes tal vez deseen adoptar una serie de medidas para asegurarse de que la autoridad contratante estará en condiciones de explotar la instalación conforme a las normas de eficiencia y de seguridad prescritas. El acuerdo de proyecto tal vez imponga al concesionario la obligación de traspasar la tecnología o los conocimientos operativos necesarios para explotar la instalación de infraestructura (véanse párrafos 47 a 51). El acuerdo de proyecto puede también prorrogar, durante el plazo de transición, ciertas obligaciones del concesionario relativas al funcionamiento y mantenimiento de la instalación (véanse párrafos 52 a 54). Puede incluso prever una obligación, por parte del concesionario, de suministrar o facilitar el suministro de los repuestos que puedan ser requeridos por la autoridad contratante para la reparación de la instalación (véanse párrafos 55 a 58).

a) *Traspaso de la tecnología*

47. En algunos casos, la instalación traspasada a la autoridad contratante incorporará diversos procesos tecnológicos necesarios para la generación de ciertos bienes (por ejemplo, electricidad o agua potable) o la prestación de determinados servicios (por ejemplo, servicios telefónicos). La autoridad contratante deseará a menudo familiarizarse con esos procesos y su aplicación. También es posible que desee adquirir la información y los conocimientos técnicos necesarios para el funcionamiento y mantenimiento de la instalación. Aun cuando la autoridad contratante disponga de los medios técnicos requeridos para encargarse de algunas operaciones de funcionamiento y mantenimiento (por ejemplo, en materia de construcción o de ingeniería civil) puede que necesite adiestramiento sobre ciertos procesos técnicos especiales necesarios para el buen funcionamiento de la instalación traspasada. La transmisión a la autoridad contratante de esos conocimientos, de esa información y de esa pericia operativa suele ser designada por el término “traspaso de tecnología”.

48. Cabe adoptar diversos arreglos contractuales para el traspaso de tecnología y el cumplimiento de otras prestaciones necesarias para la construcción o funcionamiento de la instalación. El traspaso de la tecnología suele efectuarse de diversos modos, por ejemplo, a través de la licencia de patentes industriales, de la creación de una empresa conjunta con la sociedad proveedora o del suministro de información

técnica confidencial. La presente *Guía* no trata de dar una visión completa de la negociación y redacción de cada contrato relativo a la licencia de patentes industriales o al suministro de conocimientos técnicos, ya que es un tema que ha sido abordado con cierto detalle en publicaciones de otros órganos de las Naciones Unidas¹. Los párrafos siguientes se limitan a señalar ciertas cuestiones fundamentales relativas a la transmisión de los conocimientos técnicos necesarios para el funcionamiento y mantenimiento de la instalación mediante el adiestramiento del personal de la autoridad contratante o mediante la entrega de documentación.

49. El método más importante para el traspaso a la autoridad contratante de la información y de los conocimientos técnicos requeridos para el buen funcionamiento y mantenimiento de las instalaciones es el de adiestrar al personal de la autoridad contratante. A fin de que la autoridad contratante pueda decidir sobre las necesidades de adiestramiento de su personal, convendría que la autoridad contratante solicitara en su convocatoria de propuestas o durante la negociación del contrato que el concesionario presentara a la autoridad contratante un organigrama en el que se indicaran las necesidades de personal para el funcionamiento y mantenimiento de las instalaciones y en el que se precisaran las calificaciones técnicas básicas y de otra índole de ese personal. Esa declaración debe ser lo bastante explícita para que la autoridad contratante pueda determinar el alcance del adiestramiento requerido para el personal de que disponga. El concesionario dispondrá a menudo de los medios requeridos para impartir ese adiestramiento. En algunos casos, no obstante, el adiestramiento será impartido más eficazmente por un ingeniero consultor o por medio de una institución especializada en tareas de capacitación técnica.

50. La información y los conocimientos técnicos requeridos para el buen funcionamiento y mantenimiento de la instalación pueden ser asimismo transmitidos por medio de documentación técnica. La documentación facilitada constará normalmente de planos, diseños, fórmulas, manuales de funcionamiento y de mantenimiento e instrucciones de seguridad. Tal vez convenga enumerar en el acuerdo de proyecto la documentación que deberá facilitar al concesionario, que deberá ser completa y clara y estar en el idioma convenido. Tal vez convenga obligar al concesionario a que, a solicitud de la autoridad contratante, efectúe demostraciones prácticas de los procedimientos descritos en la documentación cuando ello sea preciso para una comprensión adecuada de esos procedimientos.

¹La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se ha ocupado en detalle de todo lo relativo a la negociación y redacción de contratos de licencia de patentes industriales y de suministro de saber técnico aplicado en *Licensing Guide for Developing Countries* (publicación de la OMPI No. 620 (E), 1977). Las principales cuestiones que han de abordarse en la negociación y redacción de esos contratos han sido examinadas en *Pautas para la Evaluación de Acuerdos de Transferencia de Tecnología*, Serie “Desarrollo y transferencia de tecnología”, No. 12 (ID/233, 1979), y en la *Guide for Use in Drawing Up Contracts Relating to the International Transfer of Know-How in the Engineering Industry* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta E.70.II.E.15). Otra publicación de interés al respecto es el *Manual de adquisición de tecnología para los países en desarrollo* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.78.II.D.15). Respecto del examen de la transferencia de tecnología en el marco de contratos de construcción de instalaciones industriales, véase *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.87.V.10), cap. VI, “Transferencia de tecnología”.

51. Cabría especificar el calendario de entrega de la documentación. El acuerdo de proyecto tal vez disponga que toda la documentación deberá haber sido entregada para la fecha de terminación de las obras. Las partes podrán estipular asimismo que no se tendrá por completada la instalación hasta que se haya entregado toda la documentación relativa a su funcionamiento que conforme al contrato haya de ser entregada con anterioridad a su terminación. Tal vez sea aconsejable estipular que algunos documentos (por ejemplo, los manuales de funcionamiento) deberán ser entregados en el curso de las obras, ya que ello permitirá que los ingenieros y técnicos de la autoridad contratante se vayan familiarizando con la maquinaria y el equipo durante el proceso de su instalación.

b) *Asistencia en orden al funcionamiento y mantenimiento de la instalación prestada con posterioridad a su traspaso*

52. La asistencia que se deberá obtener del concesionario en lo relativo al suministro de piezas de repuesto y servicios dependerá de la tecnología y del personal especializado de que disponga la autoridad contratante. Si la autoridad contratante carece del personal especializado requerido para el funcionamiento de la instalación, es posible que desee obtener la asistencia técnica del concesionario, al menos durante el período inicial subsiguiente al traspaso. En algunos casos es posible que la autoridad contratante desee que el concesionario le facilite especialistas para la mayoría de los puestos técnicos de la instalación, mientras que en otros casos es posible que sólo desee que el concesionario le facilite expertos técnicos que colaboren con su personal en calidad de asesores en algunas operaciones sumamente especializadas.

53. A fin de ayudar a la autoridad contratante en el funcionamiento y mantenimiento de la instalación, el acuerdo de proyecto tal vez obligue al concesionario a presentar, con anterioridad al traspaso de la instalación, un programa de funcionamiento y mantenimiento que asegure el funcionamiento de la instalación, durante el resto de su vida útil, al nivel de eficiencia requerido por el acuerdo de proyecto. Ese programa deberá incluir un organigrama en el que se indiquen todos los especialistas necesarios para el funcionamiento técnico de la instalación y sus respectivas funciones; el calendario de inspecciones y de las operaciones de lubricación, limpieza y ajuste, y el plan de reposición de las piezas defectuosas o desgastadas. El mantenimiento podría incluir también funciones de carácter administrativo, como serían las de establecer un calendario de mantenimiento o la de llevar un registro de operaciones de mantenimiento. Tal vez convenga exigir al concesionario que presente manuales de funcionamiento y mantenimiento en los que se indiquen los procedimientos que han de seguirse al respecto. Esos manuales deberán estar en un idioma que no suponga un obstáculo para el personal de la autoridad contratante y deberán ser de fácil consulta.

54. Una forma eficaz de adiestrar al personal de la autoridad contratante en el funcionamiento y mantenimiento de la instalación puede ser el de disponer en el acuerdo de proyecto que el personal de la autoridad contratante deberá ser asociado al personal del concesionario en las tareas de funcionamiento y mantenimiento durante un cierto período de tiempo previo o posterior al traspaso de la instalación. Se

procederá entonces a definir los puestos que ocupará el personal empleado por el concesionario así como las calificaciones y experiencias requeridas. Deberán definirse con particular cuidado las funciones asignadas a los puestos ocupados por empleados del concesionario y a fin de evitar fricciones e ineficiencias, conviene que se describa claramente toda función de mando que haya de ejercer el personal de una de las partes sobre el personal de la otra.

c) *Suministro de piezas de recambio*

55. En proyectos que prevean el traspaso de la instalación a la autoridad contratante, la autoridad contratante deberá procurarse los repuestos necesarios para las piezas desgastadas o dañadas y para el funcionamiento, mantenimiento y reparación de la instalación. Esas piezas tal vez no puedan obtenerse localmente o de otra fuente, por lo que es posible que la autoridad contratante dependa del concesionario para su suministro. La planificación por las partes del suministro de repuestos y de servicios requeridos una vez traspasada la instalación se verá notablemente facilitada si las partes previeran y estipularan en el acuerdo de proyecto la satisfacción de las necesidades de la autoridad contratante a este respecto. Ahora bien, dada la larga duración de la mayoría de los proyectos de infraestructura, tal vez sea difícil para las partes prever en el acuerdo de proyecto las necesidades de la autoridad contratante una vez traspasada la instalación.

56. Una solución posible sería que las partes concertaran un contrato separado a este respecto². Ese contrato podrá ser concertado en un momento más próximo al del traspaso de la instalación, cuando la autoridad contratante conozca ya mejor sus eventuales necesidades. Si no es el concesionario sino sus proveedores los que fabrican esos repuestos, la autoridad contratante tal vez prefiera concertar contratos con esos proveedores, aun cuando también sea posible que la autoridad contratante prefiera que el concesionario actúe como su mandatario para la compra de esos repuestos.

57. Conviene que el personal de la autoridad contratante adquiera la pericia técnica requerida para instalar los repuestos. Para este fin, tal vez convenga que el acuerdo de proyecto obligue al concesionario a suministrar los manuales de instrucciones, las herramientas y el equipo que puedan requerirse para este cometido. Los manuales de instrucciones deberán estar en un idioma de fácil comprensión para el personal de la autoridad contratante y su presentación de las instrucciones deberá ser clara. El contrato podrá requerir asimismo que el concesionario facilite los diseños de montaje en los que se vean las interconexiones entre las diversas piezas del equipo y la manera de acceder a ellas para su instalación y para toda tarea de mantenimiento o reparación que pueda ser necesaria. En algunos casos, convendría obligar al concesionario a adiestrar al personal de la autoridad contratante en la instalación de las piezas de repuesto.

²La Comisión Económica para Europa ha preparado una guía relativa a los contratos internacionales de servicios de mantenimiento, reparación y funcionamiento de instalaciones industriales y de otra índole (*Guide on Drawing Up International Contracts for Services Relating to Maintenance, Repair and Operation of Industrial and Other Works*) que, *mutatis mutandis*, tiene por objeto ayudar a las partes en la redacción de un contrato o contratos separados relativos al mantenimiento y reparación de una instalación traspasada a la autoridad contratante (ECE/TRADE/154).

d) *Reparaciones*

58. El interés de la autoridad contratante está en concertar arreglos contractuales que garanticen una reparación rápida de la instalación si se produce una avería. En muchos casos, la entidad más indicada para llevar a cabo esas reparaciones es el propio concesionario. Además, si la autoridad contratante se ha comprometido en el acuerdo de proyecto a no dar a conocer a terceros la tecnología suministrada por el concesionario, esa cláusula de confidencialidad impediría contratar a todo tercero para efectuar las reparaciones que no ofrezca al concesionario una garantía satisfactoria de confi-

dencialidad respecto de esa tecnología. Por el contrario, si ciertos elementos importantes del equipo del concesionario han sido fabricados por proveedores del concesionario, es posible que la autoridad contratante desee celebrar contratos independientes de reparación con esos proveedores, ya que es posible que sean los más idóneos para reparar esos elementos de equipo. Al definir la índole y la duración de las obligaciones de reparación impuestas al concesionario, en caso de imponerse alguna, sería aconsejable estipularlas en términos claros a fin de no confundirlas con las obligaciones contraídas por el concesionario, a título de garantía de calidad, de remediar todo defecto de la instalación.

A/CN.9/458/Add.8

Capítulo VII. Ley aplicable

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> |
|---|-----------------|
| RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN | 1)-3) |
| NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN | 1-63 |
| A. Observaciones generales | 1-2 |
| B. La ley aplicable al acuerdo de proyecto y los contratos conexos | 3-8 |
| 1. La ley aplicable al acuerdo del proyecto | 4-5 |
| 2. La ley aplicable a los contratos celebrados por el concesionario | 6-8 |
| C. Otras ofertas pertinentes de la legislación | 9-58 |
| 1. Promoción y protección de las inversiones | 10-11 |
| 2. Régimen de la propiedad | 12-14 |
| 3. Reglas y procedimientos en materia de expropiación | 15-16 |
| 4. Régimen de la propiedad intelectual | 17-21 |
| 5. Garantías reales | 22-30 |
| 6. Derecho de sociedades | 31-34 |
| 7. Prácticas contables | 35 |
| 8. Derecho contractual | 36-37 |
| 9. Normas sobre contratos públicos y derecho administrativo | 38-41 |
| 10. Régimen de la insolvencia | 42-44 |
| 11. Derecho tributario | 45-50 |
| 12. Protección ambiental | 51-54 |
| 13. Leyes de protección del consumidor | 55 |
| 14. Medidas contra la corrupción | 56-58 |
| D. Acuerdos internacionales | 59-63 |
| 1. Participación en instituciones financieras multilaterales | 60 |
| 2. Acuerdos generales sobre facilitación y fomento del comercio | 61 |
| 3. Acuerdos internacionales sobre sectores industriales concretos | 62-63 |

RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

La ley aplicable al acuerdo de proyecto
(párrafos 4 y 5)

1) El país anfitrión tal vez desee promulgar disposiciones que indiquen, según corresponda, los textos legales o regla-

mentarios que rigen el acuerdo de proyecto y aquellos cuya aplicación queda excluida.

*La ley aplicable a los contratos celebrados
por el concesionario* (párrafos 6 a 8)

2) El país anfitrión tal vez desee considerar la posibilidad de adoptar disposiciones legislativas por las que se reconoz-

ca la libertad del concesionario y sus prestamistas, aseguradores y otros cocontratantes para elegir la ley aplicable a sus relaciones contractuales.

Otras materias pertinentes objeto de legislación
(párrafos 9 a 58)

3) El país anfitrión tal vez desee considerar la posibilidad de reexaminar y, cuando corresponda, revisar las normas jurídicas en otras esferas pertinentes a los proyectos de infraestructura con financiación privada (promoción y protección de las inversiones, régimen de la propiedad, normas y procedimientos en materia de expropiación, régimen de la propiedad intelectual, garantías reales, derecho de sociedades, prácticas contables, derecho contractual, normas sobre contratos públicos y derecho administrativo, régimen de la insolvencia, derecho tributario, régimen de protección del medio ambiente y el consumidor y medidas contra la corrupción).

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

A. Observaciones generales

1. El grado de desarrollo de las disposiciones pertinentes del país huésped, la estabilidad de su ordenamiento jurídico y lo adecuado de las vías de recurso al alcance de las partes privadas son elementos esenciales del marco jurídico general para los proyectos de infraestructura con financiación privada. Al reexaminar y, según corresponda, mejorar sus disposiciones en las esferas inmediatamente pertinentes a los proyectos de infraestructura con financiación privada, el país huésped hará una importante contribución al logro de un clima hospitalario para las inversiones del sector privado en infraestructura. Una mayor certidumbre jurídica y un marco jurídico favorable se traducirán en una mejor evaluación por los prestamistas y patrocinadores de los proyectos de los riesgos que el país presenta. Esto ejercerá una influencia positiva en el costo de movilizar capital privado y reducirá la necesidad de respaldo o garantías públicas (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, ___).

2. La sección B se refiere a la elección de la ley o las leyes que han de regir el acuerdo de proyecto y otros contratos celebrados por el concesionario durante la vida del proyecto (véanse párrafos 3 a 8). La sección C señala algunos aspectos particulares de las leyes del país anfitrión que, sin referirse necesariamente de manera directa a los proyectos de infraestructura con financiación privada, pueden repercutir en su ejecución (véanse párrafos 9 a 58). La sección D indica la posible pertinencia de algunos acuerdos internacionales para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada en el país anfitrión (véanse párrafos 59 a 63).

B. La ley aplicable al acuerdo de proyecto y los contratos conexos

3. En la legislación nacional sobre proyectos de infraestructura con financiación privada no es frecuente hallar disposiciones legales que rijan el acuerdo de proyecto. Cuando aparecen, suelen prever la aplicación de las leyes del país anfitrión haciendo una remisión general a la ley nacional o

mencionando textos legales o reglamentarios especiales aplicables al acuerdo de proyecto. En algunos ordenamientos jurídicos puede haber una sumisión tácita a las leyes del país anfitrión, incluso cuando no hay una disposición legal en ese sentido. Como se verá a continuación, aún más raramente figuran en la legislación nacional las disposiciones de rango legal relativas a la ley aplicable a los contratos celebrados por el concesionario.

1. La ley aplicable al acuerdo del proyecto

4. La ley aplicable al acuerdo del proyecto abarca generalmente las normas contenidas en las leyes y los reglamentos del país anfitrión directamente relacionados con los proyectos de infraestructura con financiación privada, cuando existe legislación expresa sobre la materia. Los principales elementos de estas leyes han sido examinados en anteriores capítulos de la *Guía*. Como antes se observó (véase el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, ___), en algunos países, el acuerdo de proyecto puede estar sometido al derecho administrativo, mientras que en otros se regirá por el derecho privado (véanse párrafos 38 a 41). La ley aplicable suele abarcar además normas jurídicas de otras esferas del derecho que rigen diversos asuntos planteados durante la ejecución de un proyecto de infraestructura (véanse párrafos 9 a 58). Algunas de estas normas pueden ser de carácter administrativo o público de otra índole y su aplicación tiene posiblemente carácter imperativo en el país anfitrión, como ocurre con las medidas de protección del medio ambiente y de la salud y las condiciones de trabajo. Algunas leyes nacionales señalan expresamente los asuntos sujetos a normas de aplicación imperativa. No obstante, varias cuestiones derivadas del acuerdo de proyecto o de la explotación de la instalación puede que no sean objeto de normas imperativas de derecho público. El caso típico son la mayoría de las cuestiones contractuales planteadas por el acuerdo de proyecto (por ejemplo, formación, validez e incumplimiento del contrato, incluida la responsabilidad y la indemnización por incumplimiento de contrato y su resolución culpable).

5. Aunque no sería posible enumerar exhaustivamente en las disposiciones legislativas todas las leyes o reglamentos directa o subsidiariamente pertinentes a los proyectos de infraestructura con financiación privada, en gracia a la claridad puede ser aconsejable indicar en la legislación qué textos legales y reglamentarios son directamente aplicables a la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada y, cuando corresponda, aquellos cuya aplicación se excluye.

2. La ley aplicable a los contratos celebrados por el concesionario

6. Es común que el concesionario y sus contratistas elijan una ley que les sea familiar y que, en su opinión, regule suficientemente las cuestiones objeto de sus contratos. Según el tipo de contrato, se plantearán diferentes cuestiones relativas a la cláusula sobre la ley aplicable. Por ejemplo, lo que se refiere a los acuerdos de financiación que celebre el concesionario, es muy probable que los prestamistas exijan que la ley aplicable sea la de un ordenamiento con un conjunto establecido de leyes relativas a las operaciones financieras internacionales. Puede que se celebren contratos de suministro

de equipo y de otra índole con empresas extranjeras y las partes quizá deseen escoger una ley que conozcan y que prevea, por ejemplo, un régimen adecuado de garantías contra los defectos o la no conformidad del equipo. A su vez, el concesionario puede convenir en la aplicación de las leyes del país anfitrión en lo referente a los contratos celebrados con sus clientes locales.

7. Las legislaciones nacionales rara vez contienen disposiciones acerca de la ley aplicable a los contratos celebrados por el concesionario. En unos pocos países, la ley limita la aplicación del derecho extranjero a cuestiones no reguladas por la ley nacional o somete las elecciones de una ley extranjera a la aprobación de la autoridad contratante. Sin embargo, la mayoría de los países no han hallado razones de peso para adoptar disposiciones relativas a la ley aplicable a los contratos entre el concesionario y sus contratistas y han preferido dejar la cuestión librada a una cláusula sobre la elección de ley en sus contratos o a las normas aplicables de conflictos de leyes.

8. En algunos casos, se han incluido en la legislación nacional disposiciones dirigidas a aclarar, según corresponda, que los contratos celebrados entre el concesionario y sus contratistas se rigen por el derecho privado y que los contratistas no son mandatarios de la autoridad contratante. En algunos países, una disposición de ese tipo puede acarrear varias consecuencias prácticas, como que la autoridad contratante no sea subsidiariamente responsable de los actos de los subcontratistas ni haya obligación por parte de la entidad pública competente de pagar indemnización por enfermedades, lesiones o muerte de los empleados del subcontratista.

C. Otras esferas pertinentes de la legislación

9. Además de las cuestiones relativas a la legislación directamente aplicable a los proyectos de infraestructura con financiación privada, el marco jurídico favorable puede incluir disposiciones en otras ramas del derecho. Una legislación que promueva la inversión privada en actividades económicas favorecería la inversión privada en infraestructura. En los párrafos siguientes se señalan únicamente ciertos aspectos de otras ramas del derecho que pueden favorecer la ejecución de proyectos de infraestructura. Una normativa adecuada en esos otros ámbitos facilitaría ciertas operaciones necesarias para llevar a cabo proyectos de infraestructura y reduciría el riesgo jurídico que se percibe en la realización de inversiones en el país.

1. Promoción y protección de las inversiones

10. Una cuestión que preocupa especialmente a los socios del proyecto y a los prestamistas es el grado de protección que se otorga a la inversión en el país anfitrión. Puede aumentarse la confianza de los inversionistas en el país anfitrión si se les ampara, por ejemplo, protegiéndoles contra toda medida de nacionalización o expropiación que se adopte sin control judicial o sin indemnización adecuada de conformidad con el derecho internacional. Los patrocinadores que participen en el consorcio de un proyecto desearán, asimismo, poder entre otras cosas introducir en el país, sin restricciones infundadas, el personal técnico requerido por el

proyecto, así como los bienes y el equipo necesarios, tener acceso a las divisas necesarias, y que se les permita transferir al extranjero o repatriar sus beneficios o las cantidades necesarias para reembolsar los préstamos que la empresa haya tenido que obtener en razón del proyecto de infraestructura. Además de las garantías específicas que la administración pública pueda aportar (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, ___), la legislación sobre promoción y protección de inversiones desempeñará un importante papel en relación con los proyectos de infraestructura con financiación privada. En los países que ya dispongan de una legislación protectora de las inversiones adecuada, tal vez convenga estudiar la posibilidad de extender expresamente esa protección a los proyectos de estas características.

11. Un número cada vez mayor de países ha concluido acuerdos de inversión bilaterales cuyo objetivo es facilitar y proteger la corriente de inversiones entre las partes contratantes. Los acuerdos de protección de inversiones contienen generalmente disposiciones relativas a la admisión y las condiciones otorgadas a las inversiones extranjeras; las transferencias financieras entre las partes contratantes (por ejemplo, pago de dividendos en el extranjero o repatriación de inversiones); la disponibilidad de moneda extranjera para la transferencia o repatriación del producto financiero de la inversión; el amparo contra medidas de expropiación o nacionalización y la solución de controversias al respecto. La existencia de un acuerdo de este tipo entre el país anfitrión y el país o los países de origen de los patrocinadores del proyecto puede ser un factor determinante de su decisión de invertir en el país anfitrión. Las condiciones ofrecidas en dichos acuerdos pueden hacer innecesarias ciertas seguridades o garantías que se reclaman a la administración pública en relación con cada proyecto de infraestructura.

2. Régimen de la propiedad

12. Es aconsejable que el régimen de la propiedad del país anfitrión refleje pautas aceptables y modernas y cuente con disposiciones adecuadas sobre la propiedad y la utilización de terrenos y edificios, así como sobre bienes muebles e inmateriales, y asegure que el concesionario podrá comprar, vender, traspasar y autorizar la utilización de bienes, según proceda. Las disposiciones constitucionales que protegen el derecho de propiedad han resultado ser factores importantes del fomento de las inversiones privadas en muchos países (véase el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, ___).

13. Cuando el concesionario es propietario de los terrenos en los que se construya la instalación, es importante que la propiedad de los terrenos pueda demostrarse clara e inequívocamente mediante su inscripción en el registro y la publicidad que se le dé. El concesionario y los prestamistas necesitarán contar con pruebas razonables de que la propiedad del terreno no será controvertida. Por tanto, se mostrarán renuentes a aportar fondos al proyecto si la legislación del país anfitrión no proporciona medios adecuados para determinar quién es el propietario del terreno.

14. Es asimismo necesario proporcionar mecanismos eficaces para asegurar el respeto de los derechos de propiedad y posesión que se conceda al concesionario contra violaciones de terceros. Esto deberá ser asimismo aplicable a las servi-

dumbres y derechos de paso que el concesionario pueda necesitar para prestar y mantener el servicio correspondiente (por ejemplo, colocación de postes y cables en propiedad privada para la distribución de electricidad) (véase el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, ___).

3. Reglas y procedimientos en materia de expropiación

15. Cuando las autoridades del país anfitrión asumen la responsabilidad de proporcionar los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto, pueden hacerlo comprándolos a sus propietarios o, de ser ello necesario, procediendo a su expropiación (véase el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, ___). Muchos países han regulado por ley el procedimiento a seguir en materia de expropiación y esa normativa será probablemente aplicable a toda medida de expropiación forzosa que se requiera para los proyectos de infraestructura con financiación privada.

16. Los procedimientos de expropiación a menudo entrañan fases administrativas y judiciales que pueden ser largas y complejas. Por tanto, las autoridades del país anfitrión tal vez deseen revisar la normativa vigente en materia de expropiación por razones de interés público para comprobar su adecuación a las necesidades de los grandes proyectos de infraestructura y determinar si permite un procedimiento rápido y eficiente, que respete debidamente los derechos de los propietarios. Es particularmente importante que las autoridades del país anfitrión puedan tomar posesión de los bienes lo antes posible, en la medida que las leyes lo permitan, para no demorar el inicio de las obras ni incrementar los costos del proyecto.

4. Régimen de la propiedad intelectual

17. Los proyectos de infraestructura con financiación privada conllevan frecuentemente la utilización de tecnologías nuevas o avanzadas protegidas por patentes o derechos similares de propiedad intelectual. Pueden también conllevar la formulación y presentación de soluciones originales o innovadoras, que pueden constituir información patentada y amparada por un derecho de propiedad intelectual. Por lo tanto, los inversionistas privados, nacionales y extranjeros, que aportan tecnología nueva o avanzada al país anfitrión o idean soluciones originales, deberán tener la seguridad de que sus derechos de propiedad intelectual estarán protegidos y que podrán hacerlos valer frente a toda infracción.

18. Puede ofrecerse un marco jurídico para la protección de la propiedad intelectual adhiriéndose a los acuerdos internacionales relativos a la protección y el registro de los derechos de propiedad intelectual. Sería deseable fortalecer la protección de esos derechos en armonía con instrumentos como el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883)¹. El Convenio se aplica a la propiedad industrial en el sentido más amplio, incluidos invenciones, marcas de fábrica o de comercio, dibujos y modelos indus-

triales, modelos de utilidad, nombres comerciales, indicaciones geográficas y la represión de la competencia desleal. El Convenio dispone que por lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, cada Estado contratante debe garantizar el trato nacional. Prevé igualmente el derecho de prioridad en el caso de patentes, marcas y dibujos y modelos industriales, y establece algunas normas comunes que todos los Estados contratantes deben observar en relación con las patentes, las marcas, los dibujos y modelos industriales, los nombres comerciales, las indicaciones de origen, la competencia desleal y las administraciones nacionales. Proporciona un marco para la ulterior protección internacional de patentes el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (1970), que hace posible procurarse simultáneamente en cada uno de un gran número de países la protección mediante patente de una invención presentando una solicitud internacional de patente.

19. Otros importantes instrumentos que dan protección internacional a los derechos de propiedad industrial son el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas (1891)², el Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid (1989) y el Reglamento Común del Arreglo de Madrid y su Protocolo (1998). El Arreglo de Madrid prevé el registro internacional de marcas (tanto de fábrica o de comercio como de servicios) en la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). El registro internacional de las marcas conforme al Arreglo de Madrid es eficaz en varios países, en potencia en todos los Estados contratantes (excepto el país de origen). Además, el Tratado sobre el Derecho de las Marcas de Fábrica o de Comercio (1994) simplifica y armoniza los procedimientos para la solicitud del registro de marcas, los cambios después de la inscripción y la renovación de ésta.

20. En la esfera de los dibujos y modelos industriales, el Arreglo de La Haya relativo al depósito internacional de dibujos y modelos industriales (1925)³ prevé el depósito internacional de los dibujos y modelos industriales en la Oficina Internacional de la OMI. El depósito internacional tiene, en cada uno de los Estados contratantes designados por el solicitante, los mismos efectos que si el solicitante hubiera cumplido todas las formalidades exigidas por el derecho nacional para la concesión de protección y si la oficina de ese país hubiera realizado todos los actos administrativos requeridos para ese fin.

21. Los instrumentos mencionados están complementados por tratados que fijan clasificaciones internacionales como el Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación internacional de patentes (1971), el Arreglo de Niza relativo a la Clasificación internacional de productos y servicios para el registro de las marcas (1957), el Acuerdo de Viena por el que se crea la Clasificación internacional de elementos figurativos de las marcas (1973) y el Arreglo de Locarno que establece una clasificación internacional para los dibujos y modelos industriales (1968).

²Revisado 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.

³Con el Acta adicional de Mónaco de 1961, el Acta complementaria de Estocolmo de 1967, enmendada el 28 de septiembre de 1979, y el Reglamento del Arreglo de La Haya relativo al depósito internacional de dibujos y modelos industriales.

¹Revisado 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 Lisboa el 31 de octubre de 1958 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 2 de octubre de 1979.

5. Garantías reales

22. Es decisivo para el buen éxito de los proyectos de infraestructura con financiación privada que exista un régimen jurídico nacional que ofrezca a los prestamistas una garantía fiable. Los tipos de activo que puedan gravarse y los tipos de garantía real que puedan crearse variarán de un ordenamiento jurídico a otro. A raíz de las apreciables diferencias entre los distintos ordenamientos respecto del régimen de las garantías reales, la *Guía* no examina en detalle las particularidades técnicas de la legislación necesaria, por lo que los siguientes párrafos proporcionan sólo un esbozo general de los principales elementos del régimen moderno para las operaciones garantizadas.

23. En algunos ordenamientos jurídicos, pueden crearse garantías reales sobre prácticamente cualquier clase de bienes, incluida la propiedad intelectual, mientras que en otros sólo pueden crearse en una categoría limitada de activos, como los inmuebles. En algunos países se pueden constituir garantías reales sobre bienes que aún no existen (activos futuros) y pueden abarcar todos los activos de una sociedad, permitiendo a la vez a ésta continuar empleándolos en el curso ordinario de sus negocios. Algunos ordenamientos jurídicos prevén un derecho de garantía contra la cosa sin desplazamiento de la posesión, de modo que se pueda gravar activos sin traspasar físicamente su posesión; en otros, respecto de los activos que no están sometidos a un sistema de registro de la propiedad sólo se puede obtener una garantía real mediante la posesión real o ficticia. Conforme a ciertos ordenamientos, se puede ejecutar la garantía real sin intervención de los tribunales, mientras que en otros tal cosa sólo puede lograrse mediante procedimientos judiciales. Algunos países prevén recursos ejecutivos que abarcan no sólo la venta de los bienes, sino que permiten al prestamista garantizado explotar el activo tomando posesión de él o nombrando a un administrador; en otros países, la venta judicial puede constituir el mecanismo primario de ejecución. Según algunos ordenamientos, ciertos tipos de garantía prevalecen sobre los acreedores privilegiados, mientras que en otros éstos tienen preferencia sobre todos los tipos de garantía. En algunos países, la creación de una garantía real es eficiente en relación con el costo, con el pago de tasas y gravámenes mínimos, mientras que en otros puede resultar costosa. En algunos países, el monto de la garantía constituida puede ser ilimitado, mientras que en otros su valor no puede ser excesivo en comparación con la cantidad debida. Algunos ordenamientos jurídicos imponen obligaciones al prestamista garantizado frente al deudor y a terceros en el caso de ejecución de la garantía, como la obligación de vender el bien a su justo valor de mercado.

24. El tipo y el alcance de las garantías que ofrezca el concesionario o sus accionistas desempeñará un papel fundamental en la negociación contractual de la financiación de los proyectos de infraestructura. Los acuerdos de garantía pueden ser complejos y constar de diversas formas de garantías, por ejemplo, constitución de garantías sobre bienes físicos determinados del concesionario (por ejemplo, hipotecas u otros gravámenes), pignoración de acciones del concesionario y cesión de activos incorporables (créditos a cobrar) del proyecto. Si bien los acuerdos de préstamo quedan normalmente sometidos a la ley aplicable elegida por las partes, el derecho interno del país anfitrión determinará las más de las veces el tipo de garantía que podrá hacerse valer sobre los

bienes situados en ese país, así como las vías de recurso disponibles al respecto. Las diferencias en el tipo de garantías o las insuficiencias de las vías disponibles en el derecho interno del país anfitrión pueden ser causa de preocupación para los posibles prestamistas. Por ello, es importante que la legislación nacional proteja adecuadamente a los acreedores garantizados y no ponga obstáculos a la capacidad de las partes para constituir garantías adecuadas.

25. Como medida de protección legal básica de los acreedores cabe citar la de disponer que las garantías reales (por ejemplo, una hipoteca) sean registrables y que, una vez inscrita la garantía en el registro central de la propiedad o en algún otro registro público, cualquier comprador del bien gravado por la garantía recibirá la propiedad de ese bien a reserva de esa garantía. Esto puede resultar difícil, ya que en muchos países no existe registro central de la propiedad. Además, esas garantías deberán ser oponibles a terceros, constituir un derecho real y no una mera obligación y facultar a la persona que reciba la garantía para vender, a título de ejecución, los bienes gravados en garantía. Los créditos así garantizados deberán tener prelación sobre los no garantizados en todo procedimiento de insolvencia.

26. Otro aspecto importante se refiere a la flexibilidad que se da a las partes para definir los bienes que sirven de base a la garantía. En algunos ordenamientos se da gran libertad a las partes para la determinación de los bienes que pueden darse en garantía. En algunos de ellos es posible constituir una garantía real sobre todos los bienes de una empresa, haciendo posible la venta de la empresa como un negocio en marcha, lo que puede permitir salvar a una empresa en dificultades financieras a la vez que aumenta la cuantía disponible para reembolsar el crédito garantizado. Sin embargo, otros ordenamientos permiten únicamente la creación de una garantía real sobre bienes concretos y no reconocen las garantías constituidas sobre todos los bienes del deudor. Tal vez se limite también la capacidad del deudor para negociar con bienes que se han dado en garantía. Estas y otras restricciones hacen difícil o incluso imposible que el deudor constituya una garantía sobre bienes genéricos o sobre bienes con los que haya de negociar en el curso normal de sus negocios.

27. Dado el carácter a largo plazo de los proyectos de infraestructura con financiación privada, es probable que las partes deseen gozar de autonomía para definir en términos ya sea precisos o ya sea genéricos los bienes dados en garantía. Puede que asimismo deseen constituir dicha garantía sobre los bienes presentes y futuros, así como sobre bienes susceptibles de sufrir alteración a lo largo de la vida de la garantía. Quizá sea conveniente revisar la normativa vigente en materia de garantías a fin de dar margen a las partes para estipular entre ellas garantías adecuadas.

28. Como antes se dijo (véase el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, ___), otra forma de garantía que se suele dar en relación con ciertos proyectos de infraestructura con financiación privada es una cesión a los prestamistas del producto financiero de los contratos con los clientes del concesionario. El producto así cedido puede ser el de un único contrato (por ejemplo, el compromiso de compra de energía eléctrica por una red distribuidora) o de un gran número de operaciones individuales (por ejemplo, el pago mensual de las facturas de gas o de agua). En la mayoría de los casos no será viable que el concesionario especifique cada uno de los créditos así cedidos a los acreedores. Por tanto, la cesión de créditos

para la financiación del proyecto adopta generalmente la forma de una cesión global de créditos futuros. No obstante, en algunos ordenamientos puede que la validez de una cesión global de créditos presentes y futuros sea bastante incierta.

29. Hasta el momento ningún organismo intergubernamental internacional ha elaborado un régimen ni un modelo uniforme completo para la modernización de la legislación nacional en materia de garantías reales. Los gobiernos harían bien, no obstante, en tener en cuenta diversas iniciativas de diferentes organizaciones.

30. La Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas, preparada por el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento (BERF) para ayudar en la reforma legislativa de los países de Europa central y oriental, ofrece un modelo al respecto. Además de regular en términos generales quién puede constituir y recibir una garantía real, y de enunciar ciertas reglas generales relativas a las deudas garantizadas y a los bienes gravados, la Ley Modelo sobre Operaciones Garantizadas del BERF aborda otras materias, como la constitución de garantías reales, los intereses de terceros, la ejecución de la garantía y los trámites de inscripción en el registro. Las soluciones que propone la Ley Modelo del BERF tratan de lograr los objetivos que se debaten en los párrafos 24 a 29, *supra*.

[Nota para la Comisión: Se hará referencia según convenga al proyecto de Convención sobre cesión de créditos con fines de financiación que actualmente desarrolla el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales, así como a otras iniciativas internacionales (por ejemplo, el proyecto de Ley Modelo Interamericana sobre Operaciones Garantizadas, que actualmente examina la Organización de Estados Americanos en el contexto de los preparativos de la Sexta Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI), y el proyecto de Convenio del UNIDROIT relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil.)]

6. Derecho de sociedades

31. En la mayoría de los proyectos que conllevan el desarrollo de una infraestructura nueva, los patrocinadores del proyecto crearán una entidad jurídica independiente en el país anfitrión (véase el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, ___). Se reconoce que la entidad del proyecto puede adoptar diversas formas en los distintos países, que tal vez no configuren necesariamente una persona jurídica. Como en la mayoría de los casos se elige como forma una sociedad con personalidad jurídica, es particularmente importante que el país anfitrión cuente con una legislación adecuada sobre sociedades con disposiciones modernas en temas fundamentales como lo relativo a la fundación y administración de sociedades mercantiles, la emisión de acciones y su venta o transferencia, prácticas de publicidad contable y financiera y la protección de los accionistas minoritarios. Además, el reconocimiento de la capacidad de los inversionistas de crear entidades aparte que sirvan con vehículos para usos especiales con el fin de obtener financiación y desembolsar fondos puede facilitar el cierre de las operaciones sobre financiación del proyecto (véase el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, ___).

32. Aunque pueden utilizarse diversas formas de sociedad para que los explotantes de un proyecto adquieran una única

personalidad jurídica, es característica común que los propietarios (o accionistas) del concesionario querrán que se limite al valor de su participación en el capital social. Si se quiere que el concesionario ofrezca en bolsa sus acciones, la responsabilidad de sus socios habrá de ser limitada, ya que los posibles inversionistas comprarán, en general, las acciones de la compañía por razón de su valor a título de inversión y no intervendrán de cerca en la gestión del concesionario. Por tanto, es importante que la legislación del país anfitrión limite adecuadamente la responsabilidad de los accionistas. Además, una normativa adecuada que regule la emisión por las sociedades mercantiles de bonos, obligaciones u otros valores bursátiles, permitirá al concesionario obtener fondos de los inversionistas en el mercado de valores, lo que facilitará la financiación de ciertos proyectos de infraestructura.

33. Las leyes tienen que determinar las responsabilidades de los miembros del consejo de administración y los directores del concesionario, incluido el fundamento de su responsabilidad penal. Pueden asimismo comprender disposiciones para la protección de los terceros afectados por cualquier incumplimiento de la responsabilidad social. La legislación moderna sobre sociedades contiene a menudo normas de conducta para el personal gestor a fin de evitar conflictos de intereses. En esas normas se exige que todo directivo actúe de buena fe al servicio de los intereses de la sociedad, y que no utilice su cargo en provecho de sus propios intereses financieros o los de un tercero y en detrimento de la sociedad. Toda norma destinada a evitar conflictos eventuales de intereses en la gestión de la sociedad puede tener particular importancia para los proyectos de infraestructura, en los que el concesionario desea a veces que sus accionistas participen, en una u otra etapa del proyecto, en la ejecución de ciertas obras o en la prestación de ciertos servicios conexos (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___).

34. Es importante regular en la legislación de manera adecuada el propio proceso decisorio, tanto en las reuniones de accionistas como en las de los órganos rectores de la sociedad (por ejemplo, en su junta directiva o consejo de administración). La protección de los derechos de los accionistas y en particular la protección de los accionistas minoritarios contra los abusos de los accionistas con participaciones mayoritarias o preponderantes en el capital social son un elemento importante del derecho de sociedades moderno. Son también decisivos los mecanismos para resolver controversias entre accionistas. Es útil reconocer el derecho de los accionistas a reglamentar una serie de otras cuestiones relativas a la gestión del concesionario mediante acuerdos entre ellos mismos o contratos de gestión con los administradores del concesionario.

7. Prácticas contables

35. En varios países se exige a las empresas que apliquen prácticas contables generalmente aceptadas. Entre las razones para hacerlo figura que la adopción de prácticas contables uniformes es una medida adoptada en muchos países para lograr la uniformidad en la valoración de las empresas. La utilización de prácticas contables modernas e internacionalmente aceptables puede ser un medio para asegurar la comerciabilidad de las obligaciones y demás valores que emita el concesionario para obtener fondos en los mercados

financieros internacionales. En relación con la selección del concesionario, la utilización de prácticas contables normalizadas puede asimismo facilitar la tarea de evaluar la calificación financiera de los ofertantes con objeto de determinar si satisfacen los criterios de preselección establecidos por la autoridad contratante (véase el capítulo III, “Selección del concesionario”, ___). El empleo de prácticas contables uniformes es además indispensable para auditar los beneficios de las sociedades, lo que puede ser necesario a fin de que el órgano regulador pueda supervisar la aplicación de las estructuras tarifarias y verificar su observancia (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___).

8. Derecho contractual

36. La legislación en materia de contratos del país anfitrión desempeña una importante función con respecto a los contratos celebrados por el concesionario con subcontratistas, proveedores y otras partes. El derecho interno relativo a los contratos comerciales debe ofrecer soluciones adecuadas a las necesidades del concesionario y de quienes contraten con él, incluida la flexibilidad requerida para negociar los contratos que mejor respondan a las necesidades de la construcción y gestión de una instalación de infraestructura. Además de algunos principios básicos de derecho contractual, como el reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de las partes, de la ejecutoriedad judicial de las obligaciones contractuales y de soluciones adecuadas para los supuestos de incumplimiento de contrato, el derecho interno puede crear un ambiente favorable para los proyectos de infraestructura con financiación privada facilitando soluciones contractuales susceptibles de ser utilizadas en estos proyectos. Es asimismo importante que exista un conjunto de normas de derecho internacional privado, dado que muy probablemente los contratos celebrados por el concesionario contendrán algún elemento internacional.

37. Cuando vaya a construirse una nueva obra de infraestructura, es probable que el concesionario necesite importar grandes cantidades de suministros y equipo. Se fomentará una mayor certeza jurídica en esas operaciones si la legislación del país anfitrión contiene disposiciones expresamente adaptadas a los contratos de compraventa internacionales. La adhesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)⁴ o a otros instrumentos internacionales que se refieran a contratos específicos, como la Convención relativa al Arriendo Financiero Internacional de bienes de equipo con opción de compra (Ottawa, 1988)⁵, elaborada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

9. Normas sobre contratos públicos y derecho administrativo

38. En muchos ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición jurídica romanística o influenciados por ella, la

prestación de los servicios públicos puede regirse por un cuerpo de legislación conocido como “derecho administrativo”, aplicable a una amplia gama de funciones públicas. Esos ordenamientos funcionan siguiendo el principio de que la autoridad pública puede ejercitar sus poderes y funciones mediante un acto administrativo o un contrato administrativo. Se entiende además, en general, que la autoridad pública puede también celebrar un contrato privado, sometido al derecho que rige los contratos comerciales privados. Las diferencias entre estos tipos de contrato pueden ser apreciables.

39. Conforme al concepto del contrato administrativo, la libertad y la autonomía de que gozan las partes en un contrato privado están subordinadas al interés público. La autoridad tiene, en algunos ordenamientos jurídicos, el derecho de rescindir los contratos administrativos (véase el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, ___) o modificar su alcance y condiciones, por razones de interés público, por lo general mediante indemnización de las pérdidas sufridas por la parte contratante privada (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). Otros derechos pueden consistir en amplias facultades de vigilancia e inspección, así como la de imponer sanciones por incumplimiento al operador privado. Esto se compensa a veces con el requisito de que se puedan hacer otros cambios en el contrato a fin de restablecer el equilibrio financiero original entre las partes y conservar el valor general del contrato para la parte contratante privada (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). En algunos ordenamientos, las controversias suscitadas por los contratos públicos son de la exclusiva competencia de tribunales especiales dedicados únicamente a asuntos administrativos, que, en algunos países, están separados del sistema judicial (véase el capítulo VIII, “Solución de controversias”, ___).

40. La existencia de un régimen jurídico especial aplicable a los explotantes de infraestructura y proveedores de servicios públicos no se limita a los ordenamientos jurídicos antes mencionados. Si bien en otros ordenamientos influidos por la tradición del *common law* no se hace esa distinción de categorías entre contratos administrativos y contratos privados, puede llegarse a las mismas consecuencias por medios diferentes. Mientras que en esos ordenamientos se sostiene con frecuencia que la mejor manera de mantener el imperio de la ley es someter a la administración pública al derecho privado ordinario, se reconoce en general que la administración no puede encadenar a un contrato el ejercicio de sus funciones soberanas. No puede obstaculizar su futura autoridad ejecutiva en el cumplimiento de las funciones que afectan al interés público. Conforme a la doctrina de los actos soberanos, sostenida en algunas jurisdicciones de *common law*, el gobierno, en su condición de contratante, está excusado del cumplimiento de sus contratos si el Estado, en uso de su soberanía, promulga leyes, reglamentos o decretos en interés público que impidan ese cumplimiento. Por ende, la ley puede permitir a un organismo público injerirse en el ejercicio de derechos contractuales adquiridos. Por lo común, esa actividad se limita de modo que los cambios no puedan ser tan grandes que impidan a la otra parte adaptarse a ellos en términos equitativos. En estas circunstancias, la parte privada tiene algún tipo de indemnización o ajuste equitativo (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). En previsión de esas eventualidades, en algunos

⁴Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena, 10 de marzo a 11 de abril de 1980 (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta E.82V.5), primera parte.

⁵Acts and Proceedings of the Diplomatic Conference for the adoption of the draft Unidroit Conventions on International Factoring and International Financial Leasing, Ottawa, 9-28 May 1988, vol. I.

países se incluye en los contratos públicos una cláusula uniforme sobre “cambios” que faculta a la autoridad pública a modificar unilateralmente las condiciones o prevé cambios como resultado de un acto soberano posterior.

41. Las prerrogativas especiales de los organismos públicos se justifican en esos ordenamientos jurídicos por razones de interés público. Se reconoce, no obstante, que prerrogativas públicas especiales, en particular el poder de modificar unilateralmente las condiciones de los contactos, pueden, de ser utilizadas incorrectamente, afectar negativamente a derechos adquiridos de quienes han contratado con la autoridad. Por esta razón, los países con la tradición bien establecida de participación privada en proyectos de infraestructura han desarrollado una serie de mecanismos de control y vías de recurso para proteger a esos contratistas contra actos arbitrarios o incorrectos de los organismos públicos, como el acceso a órganos imparciales de solución de controversias, y sistemas completos de indemnización ante actuaciones públicas ilícitas. Donde no se ofrece una protección de esta naturaleza, las normas jurídicas que dotan a los organismos públicos de prerrogativas especiales pueden ser considerados por los posibles inversionistas como un riesgo imponderable que quizá los desaliente de invertir en determinadas jurisdicciones. Por esta razón, algunos países han revisado su legislación sobre contratos públicos para otorgar el grado de protección necesario para fomentar las inversiones privadas y eliminado las disposiciones que eran causa de preocupación sobre la estabilidad contractual a largo plazo necesaria para los proyectos de infraestructura.

10. Régimen de la insolvencia

42. La insolvencia de la empresa gestora de una infraestructura o proveedora de servicios plantea una serie de problemas que han llevado a algunos países a prever un régimen especial para estas situaciones, con reglas que permiten a las autoridades del país anfitrión adoptar las medidas necesarias para asegurar la continuidad del proyecto (véase el capítulo VI, “Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión”, ___). La continuidad en la prestación del servicio puede lograrse mediante un marco jurídico que permita el rescate de empresas económicamente viables pero que tropiecen con dificultades financieras con procedimientos de reorganización y otros análogos. En el caso de que resulten inevitables los procedimientos de quiebra, a los prestamistas garantizados les preocupará especialmente la existencia de disposiciones sobre créditos garantizados, y en especial la cuestión de si los acreedores así protegidos podrán ejecutar la garantía a pesar del inicio del procedimiento de insolvencia, si los créditos garantizados tienen prioridad para recibir el pago con el producto que reporte la garantía y cómo se gradúan entre sí los créditos de los acreedores garantizados. Como antes se observó, una parte sustancial de la deuda del concesionario adopta la forma de “principales”, cuyos prestamistas requieren precedencia en el pago respecto de la deuda subordinada del concesionario (véase “Introducción e información de antecedentes sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada”, ___). La medida en que los prestamistas podrán obtener la ejecución de estos arreglos subordinados dependerá de las normas y disposiciones de las leyes del país que rijan la graduación de los acreedores en los procedimientos de insolvencia. El reconocimiento legal de la autonomía de la voluntad de las partes para estable-

cer una subordinación contractual de diferentes clases de préstamos puede facilitar la financiación de los proyectos de infraestructura.

43. Entre las cuestiones de que tiene que ocuparse la legislación figuran las siguientes: la cuestión de la graduación de los acreedores, la prioridad entre el administrador de la insolvencia y los acreedores, mecanismos jurídicos para la reorganización del deudor insolvente, normas especiales concebidas para garantizar la continuidad del servicio público en caso de insolvencia del concesionario y disposiciones sobre la anulación de operaciones efectuadas por el deudor poco antes de la apertura de los procedimientos de insolvencia.

44. Es probable la insolvencia de un concesionario que afecte a acreedores de más de un país o a bienes situados en varios países. Por tanto, tal vez sea conveniente que el país anfitrión cuente con disposiciones que faciliten la cooperación judicial, el acceso a los tribunales de los administradores de procedimientos de insolvencia extranjeros y el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros. En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza se ofrece un modelo idóneo para los países que deseen adoptar legislación a este fin.

11. Derecho tributario

45. Además de los incentivos fiscales de que se pueda disponer en general en el país anfitrión o que tal vez se concedan especialmente para proyectos de infraestructura con financiación privada (véase el capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, ___), el régimen tributario general del país huésped desempeña una función significativa en las decisiones de las empresas privadas en materia de inversiones. Además de una evaluación del impacto de la tributación sobre el costo del proyecto y el margen de beneficios previsto, los inversionistas privados examinan cuestiones como la transparencia general del sistema tributario nacional, el grado de discrecionalidad que ejerciten las autoridades tributarias, la claridad de las directrices e instrucciones emitidas a los contribuyentes, y la objetividad de los criterios utilizados para calcular las deudas fiscales. Este asunto puede ser complejo, en particular en los países en que se ha descentralizado la facultad de imponer o aumentar impuestos, o ejecutar la legislación tributaria.

46. La estabilidad del régimen fiscal es decisiva para el buen éxito de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Muchos proyectos dependen en gran medida del crédito y requieren un nivel de liquidez predecible. Los cambios imprevistos en los impuestos que reduzcan esta liquidez pueden tener graves repercusiones en el proyecto. Todas las posibles consecuencias tributarias deben ser prontamente evaluables a lo largo de la vida del proyecto. En algunos países, la autoridad pública está autorizada a celebrar acuerdos con los inversionistas con el fin de garantizar la estabilidad del régimen tributario aplicable al proyecto. No obstante, la autoridad puede verse limitada, por razones constitucionales o políticas en el otorgamiento de este tipo de garantía, en cuyo caso las partes pueden acordar mecanismos de indemnización o de revisión del contrato para hacer frente a los aumentos de costo derivados de cambios en la tributación (véase también el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___).

47. La mayoría de los regímenes tributarios nacionales pertenecen a una de tres categorías generales. Un enfoque es la tributación universal con créditos, en que todos los ingresos obtenidos en cualquier parte se gravan en el país de origen y se evita la doble imposición utilizando un sistema de acreditación de los impuestos extranjeros; los impuestos del país de origen se disminuyen en el equivalente de los impuestos extranjeros ya pagados. Si el país de origen de un inversionista utiliza este método, la carga tributaria del inversionista puede no ser inferior a la que lo gravaría en su país. Conforme a otro enfoque de la tributación, los ingresos en el exterior que ya han estado sometidos al impuesto extranjero quedan exentos de los tributos del país de origen del inversionista. Con arreglo a un criterio territorial, los ingresos obtenidos en el extranjero están totalmente exentos de la tributación del país de origen. Los inversionistas de países de origen que utilicen los dos últimos sistemas de tributación se beneficiarán de las vacaciones fiscales y los tipos impositivos inferiores del país anfitrión, pero esa exoneración impositiva no ofrecerá ningún incentivo a un inversionista con sede en un santuario fiscal.

48. Puede que las partes que intervienen en el proyecto tengan distintas inquietudes acerca de la posible deuda tributaria. Preocupa normalmente a los inversionistas la imposición de los beneficios conseguidos en el país anfitrión, la que grava los pagos a los contratistas, proveedores, inversionistas y prestamistas, y el tratamiento tributario de las ganancias (o pérdidas) de capital cuando se liquida al concesionario. Los inversionistas pueden encontrarse con que no existen en el país anfitrión los pagos que sirven para disminuir los impuestos conforme al régimen de su país de origen (como los relacionados con los intereses por las cantidades tomadas en préstamo, los costos de investigación, los costos de la oferta y las pérdidas en divisas), o viceversa. Dado que sólo se permite la acreditación de los impuestos extranjeros que gravan los ingresos, los inversionistas han de asegurarse que los impuestos a la renta pagados en el país anfitrión satisfacen la definición de impuesto a la renta de la autoridad tributaria de su propio país. Análogamente, el concesionario puede ser tratado a efectos fiscales en el país anfitrión como un tipo diferente de entidad que en el país de origen. En los proyectos en que los activos pasan a ser propiedad de la administración pública, esto puede impedir que se apliquen las deducciones por depreciación con arreglo a las leyes del país de origen.

49. Un problema propio de los proyectos de infraestructura con financiación privada y participación extranjera es la posibilidad de que las sociedades extranjeras que participen en el consorcio de un proyecto se vean expuestas a la doble imposición, es decir imposición sobre los beneficios, derechos de patentes e intereses en sus propios países y en el país anfitrión. El calendario de pagos tributarios y la obligación de pagar impuestos por vía de retención pueden también plantear problemas. Varios países han celebrado acuerdos bilaterales para eliminar o, por lo menos, reducir los efectos negativos de la doble imposición, los cuales en caso de haberse celebrado entre el país anfitrión y los países de origen de los patrocinadores del proyecto desempeñan a menudo un papel en sus proyecciones fiscales.

50. En último término, es el efecto acumulativo de todos los impuestos combinados lo que hay que tener presente. Por ejemplo, puede haber impuestos establecidos por más de un

nivel de la autoridad tributaria; además de la tributación de la administración nacional, el concesionario puede verse enfrentado asimismo al pago de impuestos municipales o provinciales. Puede que también existan ciertos gravámenes además de los impuestos a la renta, a menudo vencidos y pagaderos antes de que el concesionario haya tenido ningún ingreso. Figuran entre ellos los impuestos a las ventas, llamados algunas veces "impuestos al volumen de los negocios", impuestos al valor añadido, impuestos al patrimonio, derechos de sello y derechos de importación. A veces pueden dictarse disposiciones especiales para ofrecer también una exoneración total o parcial de estos pagos.

12. Protección ambiental

51. La protección ambiental abarca una gran variedad de cuestiones, que van desde la eliminación de residuos y sustancias peligrosas hasta la reubicación de personas desplazadas por grandes proyectos que afectan la utilización del suelo. Se reconoce ampliamente que la protección ambiental es un requisito previo crítico del desarrollo sostenible. El atenerse a los tratados relativos a la protección del medio ambiente puede ayudar a fortalecer el régimen internacional de esa protección. En los últimos decenios se ha elaborado una gran cantidad de instrumentos internacionales para fijar normas internacionales comunes. Cabe citar entre ellos: Agenda 21 y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobadas por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1992; la Carta Mundial de la Naturaleza (resolución 37/7 de la Asamblea General, de 28 de octubre de 1982); el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación de 1989; la Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo de 1991, y la Convención sobre la protección y utilización de corrientes de agua transfronterizas y lagos internacionales de 1992.

52. Es muy posible que la legislación sobre protección ambiental ejerza en diversos planos un efecto directo sobre la ejecución de proyectos de infraestructura y las cuestiones ambientales figuran entre las causas más frecuentes de controversias. Las leyes de protección ambiental pueden contener diversos requisitos, como el consentimiento de diversas autoridades competentes en la materia, pruebas de que no quedan responsabilidades pendientes en materia de medio ambiente, seguridades de que se mantendrán las normas ambientales, compromisos de remediar los daños al medio ambiente y requisitos de notificación. Estas leyes requieren muchas veces una autorización previa para desarrollar varias actividades comerciales, lo que puede ser particularmente estricto para ciertos tipos de infraestructura (por ejemplo, tratamiento de aguas residuales, recolección de residuos, el sector de la energía eléctrica dependiente del carbón, la transmisión de electricidad, las carreteras y los ferrocarriles). Es frecuente que se necesiten autorizaciones y licencias para realizar trabajos de construcción o para instalar ciertas estructuras físicas. La denegación de una licencia ambiental puede constituir un obstáculo insuperable para la ejecución de todo el proyecto.

53. Es, por tanto, aconsejable velar por el mayor grado posible de claridad en las normas que regulen las comprobaciones que pueden llevar a cabo las autoridades ambientales, los

requisitos de documentación y de otro tipo que deben cumplir los solicitantes de una licencia, las condiciones para la emisión de una licencia y las circunstancias que justifican su denegación o retirada. De particular importancia son las disposiciones que garantizan el acceso de los solicitantes a procedimientos de apelación expeditivos y recursos judiciales, llegado el caso. Asimismo puede ser aconsejable asegurarse, en la medida de lo posible, antes de la adjudicación definitiva del proyecto, de si se cumplen las condiciones para la obtención de dicha licencia. En algunos países, algunos órganos especiales de la administración o determinados grupos para la defensa del medio ambiente pueden tener derecho a iniciar procedimientos judiciales para tratar de evitar daños ambientales, entre los que puede incluirse el derecho a solicitar la retirada de una licencia, por considerar que no es conforme a las normas ambientales aplicables. En algunos de esos países se ha juzgado oportuno que representantes de la población eventualmente afectada participen en los procedimientos conducentes a la emisión de licencias ambientales. Las leyes pueden además fijar la escala de sanciones que cabe imponer y concretar qué partes pueden tener que responder por los daños ocasionados.

54. Pueden suscitarse también otros problemas con las normas internas protectoras del medio ambiente cuando el concesionario se hace cargo de una infraestructura ya existente, en particular cuando no se ha dilucidado la cuestión de la responsabilidad por los daños ambientales causados por la industria nacionalizada con anterioridad a su privatización. Los inversionistas privados se pueden mostrar renuentes a hacerse cargo de una infraestructura ya existente o a comprar acciones de servicios públicos a los que se pueda exigir en el futuro una indemnización o reparación por los daños ambientales causados por la empresa antes de su privatización. Por tanto, puede ser aconsejable establecer mecanismos para compensar a los inversionistas privados por la responsabilidad en la que se incurrió como resultado de los daños ambientales causados durante el período de gestión pública.

13. *Leyes de protección del consumidor*

55. Varios países tienen normas jurídicas especiales sobre protección del consumidor. Las leyes en la materia varían mucho de país a país, tanto de la manera como están organizadas como en su contenido. Con todo, las leyes de protección del consumidor contienen a menudo disposiciones como plazos favorables para presentar reclamaciones y hacer cumplir obligaciones contractuales; normas especiales para la interpretación de contratos cuyas condiciones no se suelen negociar con el consumidor (llamados a veces “contratos de adhesión”); amplias garantías a favor de los consumidores; facultades especiales de rescisión; acceso a instancias simplificadas de solución de controversias, y otras medidas protectoras. Desde el punto de vista del concesionario, es importante examinar si las leyes del país anfitrión sobre protección de los consumidores pueden limitar u obstaculizar la capacidad del concesionario para exigir, por ejemplo, su derecho a obtener el pago por los servicios prestados, ajustar precios o interrumpir los servicios a los clientes que no los paguen.

14. *Medidas contra la corrupción*

56. El entorno para las inversiones y los negocios en el país anfitrión puede también mejorarse con medidas para lu-

char contra la corrupción en la administración de los contratos públicos. Deben examinarse las normas que rijan el funcionamiento de las autoridades contratantes y la supervisión de los contratos públicos y, cuando esas normas no existan, habrá que elaborar y aprobar leyes y reglamentos apropiados que garanticen el grado necesario de transparencia y corrección. La simplicidad y la coherencia, junto con la eliminación de trámites innecesarios que prolonguen los procedimientos administrativos o los hagan engorrosos, son otros elementos que hay que tener en cuenta en este contexto.

57. Es además particularmente importante que el país anfitrión adopte medidas eficaces y concretas para combatir todas las formas de corrupción, cohecho y prácticas ilícitas conexas, en particular que procure la eficaz aplicación de las leyes vigentes que prohíben el cohecho.

58. La promulgación de leyes que incorporen acuerdos y normas internacionales sobre la integridad en la conducción de los asuntos públicos puede representar un paso significativo en esa dirección. Contienen normas importantes dos resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: la resolución 51/59, de 12 de diciembre de 1996, por la que la Asamblea aprobó el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, y la resolución 51/191, de 16 de diciembre de 1996, por la que aprobó la Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales. Otros importantes instrumentos son la Convención interamericana contra la corrupción, aprobada por la Organización de Estados Americanos en la Conferencia Especializada para adoptar el proyecto de convención interamericana contra la corrupción, celebrada en 1996 en Caracas, y el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 1997, negociado bajo los auspicios de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.

D. *Acuerdos internacionales*

59. Los proyectos de infraestructura con financiación privada pueden verse afectados por acuerdos internacionales concluidos por el país anfitrión, además de por el derecho interno de este país. A continuación se examinan brevemente las consecuencias de algunos acuerdos internacionales.

1. *Participación en instituciones financieras multilaterales*

60. La participación en instituciones financieras multilaterales como el Banco Mundial, la Asociación Internacional de Fomento (AIF), la Corporación Financiera Internacional (CFI), el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) y los bancos regionales de desarrollo puede repercutir directamente de varias maneras en los proyectos de infraestructura con financiación privada. Primeramente, la participación del país anfitrión en esas instituciones suele ser un requisito para que los proyectos en ese país reciban la financiación y las garantías que otorgan esas instituciones. En segundo lugar, las normas sobre instrumentos de financiación y de garantía previstas por esas instituciones contienen normalmente diversas condiciones y cláusulas directamente pertinentes a las condiciones del acuerdo de proyecto y los acuerdos de préstamo negociados por el concesionario (por

ejemplo, la cláusula de prenda negativa de bienes públicos y la constitución de contragarantías a favor de la institución financiera internacional). Finalmente, las instituciones financieras multilaterales persiguen cierto número de objetivos de política cuya realización tratan de garantizar en relación con los proyectos que respaldan (por ejemplo, observancia de normas ambientales internacionalmente aceptables; sostenibilidad a largo plazo del proyecto más allá del plazo de la concesión inicial; transparencia y corrección en la selección del concesionario y el desembolso de sus préstamos).

2. Acuerdos generales sobre facilitación y fomento del comercio

61. Se han negociado una serie de acuerdos multilaterales para promover el libre comercio a nivel mundial. El más notable de estos acuerdos se negoció bajo los auspicios del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y posteriormente la Organización Mundial del Comercio (OMC). En estos acuerdos pueden figurar disposiciones generales sobre la promoción y el favorecimiento del comercio de mercaderías (por ejemplo, la cláusula de la nación más favorecida, la prohibición de contingentes y otros obstáculos comerciales discriminatorios) y sobre la promoción de prácticas comerciales equitativas (por ejemplo, prohibición del *dumping* y restricciones a la utilización de subvenciones). El objetivo de algunos acuerdos es específicamente la desaparición de barreras a la prestación de servicios por extranjeros en los Estados contratantes o la promoción de la transparencia y la eliminación de la discriminación de los proveedores en la contratación pública. Estos acuerdos pueden tener importancia en la legislación nacional sobre proyectos de infraestructura con financiación privada en la que se contemplan limitaciones a la participación de sociedades extranjeras en proyectos de infraestructura, o se establecen preferencias para entidades nacionales, o para la contratación pública de suministros en el mercado local.

3. Acuerdos internacionales sobre sectores industriales concretos

62. En lo que se refiere a las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas celebradas como parte del Acuerdo

General sobre el comercio de servicios (AGCS), varios Estados miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que representan la mayoría del mercado mundial de los servicios de telecomunicación han asumido compromisos concretos para facilitar el comercio de servicios de telecomunicación. Hay que señalar que todos los Estados Miembros de la OMC (incluso los que aún no han asumido compromisos especiales en materia de comunicaciones) están obligados por el reglamento general sobre servicios del AGCS, así como por determinados requisitos relativos a la cláusula de nación más favorecida y en materia de transparencia, reglamentación, monopolios y prácticas comerciales. El acuerdo de telecomunicaciones de la Organización Mundial del Comercio se limita a adjuntar compromisos específicos por sectores y por países al acuerdo general AGCS. Esos compromisos suelen versar sobre la apertura —a la competencia y a las inversiones extranjeras— de diversos segmentos del mercado, como por ejemplo, la telefonía, la transmisión de datos y la mejora de los servicios. Por tanto, los legisladores de los actuales o posibles Estados miembros de la OMC deberán asegurarse de que las leyes de su país en materia de telecomunicaciones sean coherentes con el AGCS y sus disposiciones específicas en materia de telecomunicaciones.

63. Otro acuerdo sectorial importante de ámbito nacional es la Carta Europea de la Energía, concluida en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 y en vigor desde el 16 de abril de 1998, que se promulgó para promover la cooperación a largo plazo en el campo de la energía. En la carta se prevén diversas medidas comerciales, como el desarrollo de mercados abiertos y competitivos para recursos y productos energéticos y el favorecimiento del tránsito, la transferencia de tecnología energética y facilidades de acceso a esa tecnología. Asimismo, la Carta intenta evitar las deformaciones de los mercados y las barreras a la actividad económica en el sector de la energía y promueve la apertura de los mercados de capital la circulación de capitales a fin de financiar el comercio de recursos y productos. La Carta contiene asimismo reglamentos para la protección y el fomento de las inversiones donde se prevén condiciones equitativas para los inversionistas, las transferencias monetarias relacionadas con las inversiones, la compensación por pérdidas debido a las guerras, conflictos civiles y otros hechos similares, así como indemnizaciones en caso de expropiación.

A/CN.9/458/Add.9

Capítulo VIII. Solución de controversias

ÍNDICE

| | Párrafos |
|--|----------|
| RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN | 1)-4) |
| NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN | 1-82 |
| A. Observaciones generales | 1-3 |
| B. Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario | 4-64 |
| 1. Observaciones generales | 4-10 |
| 2. Negociación | 11-12 |

| | <i>Párrafos</i> |
|--|-----------------|
| 3. Conciliación | 13-20 |
| 4. Procedimiento ante un perito árbitro o una junta de examen de controversias | 21-29 |
| 5. Arbitraje | 30-59 |
| 6. Procedimiento judicial | 60-64 |
| C. Solución de controversias comerciales | 65-76 |
| 1. Observaciones generales | 65-66 |
| 2. Tipos específicos de contratos y controversias | 67-76 |
| D. Controversias que afecten a otras partes | 77-82 |
| 1. Controversias entre el concesionario y sus clientes | 77-79 |
| 2. Procedimientos para resolver los desacuerdos entre el órgano regulador y el concesionario | 80-82 |

RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario (párrafos 4 a 64)

1) Puede que el país anfitrión desee considerar:

a) El examen y, cuando proceda, la supresión de limitaciones legales innecesarias de la libertad de la autoridad contratante para someterse a los mecanismos de solución de controversias que las partes consideren apropiados para las necesidades del proyecto;

b) El examen de su legislación en materia de inmunidad soberana, con indicación de hasta qué punto puede alegar o no esa inmunidad la autoridad contratante, tanto como impedimento para la iniciación de un procedimiento arbitral o judicial, como en calidad de excepción contra la ejecución del laudo o sentencia.

Solución de controversias comerciales (párrafos 65 a 76)

2) Puede que el país anfitrión desee prever el reconocimiento de la libertad del concesionario para elegir los mecanismos apropiados de solución de controversias comerciales entre los patrocinadores del proyecto, o entre el concesionario y sus prestamistas, contratistas, proveedores y otros asociados comerciales.

Controversias que afecten a otras partes (párrafos 77 a 82)

3) Puede que el país anfitrión desee considerar la conveniencia de crear mecanismos especialmente simplificados y eficientes (incluidos el arbitraje y la conciliación) para resolver las controversias entre el concesionario y los consumidores o usuarios de las instalaciones de infraestructura.

4) Puede que el país anfitrión desee promulgar disposiciones legislativas que:

a) Establezcan procedimientos transparentes en virtud de los cuales el concesionario pueda solicitar el examen por un órgano independiente e imparcial de las decisiones reguladoras;

b) Determinen las causas en que podrá basarse una solicitud de examen y la posibilidad de ese examen por los tribunales.

NOTAS SOBRE LAS RECOMENDACIONES RELATIVAS A LA LEGISLACIÓN

A. Observaciones generales

1. Un factor importante para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada es el marco jurídico del país anfitrión para la solución de controversias. Los inversionistas, contratistas y prestamistas se sentirán animados a participar en proyectos de países en donde puedan estar seguros de que toda controversia surgida de los contratos que sean parte del proyecto se resolverá de una forma imparcial y eficiente. De igual modo, unos procedimientos eficientes de evitar las controversias o de resolverlas rápidamente facilitará el ejercicio de las funciones de vigilancia de la autoridad contratante y reducirán los gastos generales del proceso regulador.

2. Los proyectos de infraestructura con financiación privada requieren normalmente el establecimiento de una red de relaciones contractuales entre las diferentes partes. Las soluciones legislativas relativas a la solución de controversias surgidas en el contexto de esos proyectos deben tener en cuenta la diversidad de relaciones y, en particular, el hecho de que la diversidad de contratos y de partes que intervienen puede reclamar métodos de solución de controversias diferentes según el tipo de contrato y las partes de que se trate. Las consideraciones legislativas en que se base toda reglamentación de los mecanismos de solución de controversias dependerán de los tipos de acuerdos y de contratos, y de las características de las controversias que puedan surgir de ellos. Esos acuerdos y contratos diversos pueden dividirse en tres categorías amplias:

a) *Acuerdos entre la empresa del proyecto y la autoridad contratante y otros organismos públicos.* El instrumento central de un proyecto de infraestructura es el acuerdo de proyecto entre la administración pública y el concesionario. El acuerdo de proyecto está sujeto en muchos países a un régimen jurídico denominado con frecuencia “derecho administrativo”, mientras que en otros se rige en principio por el

derecho de los contratos, complementado por disposiciones especiales para los contratos de prestación de servicios públicos. Ese régimen puede influir en el mecanismo de solución de controversias que las partes en el acuerdo de proyecto puedan convenir;

b) Contratos y acuerdos comerciales relativos a la ejecución del proyecto. Esos contratos comprenden normalmente, al menos, los siguientes: i) contratos entre las partes con participación en el capital de la empresa del proyecto (por ejemplo, acuerdos con los accionistas, acuerdos relativos a la aportación de fondos adicionales o acuerdos relativos a los derechos de voto); ii) acuerdos de financiación y conexos, en los que participen, además de la empresa del proyecto, entidades como bancos comerciales, instituciones públicas de crédito, instituciones internacionales de crédito y aseguradores de créditos a la exportación; iv) contratos de construcción o contratos entre la empresa del proyecto y un contratista, que puede ser un consorcio de contratistas, proveedores de equipo y proveedores de servicios; v) contrato o contratos entre la empresa del proyecto y quien explote y mantenga las instalaciones del proyecto, y vi) contratos de suministro de los bienes y servicios necesarios para la explotación y mantenimiento de las instalaciones.

c) Contratos entre la empresa del proyecto, o de explotación o mantenimiento, por una parte, y los usuarios de las instalaciones, por otra. Estos usuarios pueden comprender, por ejemplo, una empresa pública de servicios que adquiera electricidad o agua a la empresa del proyecto para revenderla a los usuarios finales; empresas comerciales, como compañías de navegación aérea o marítima que contraten la utilización de un aeropuerto o un puerto, y personas individuales que paguen por utilizar una carretera de peaje.

3. Los tipos de contratos mencionados en el inciso *b)* se consideran en general contratos mercantiles a los que, en lo que se refiere a las cláusulas de solución de controversias, se aplican las normas generales para los contratos de esa índole. Los países que deseen crear un ambiente jurídico acogedor para los proyectos de infraestructura con financiación privada harán bien en examinar su legislación con respecto a esos contratos, a fin de eliminar toda incertidumbre sobre la libertad de las partes para someterse a los mecanismos de solución de controversias que elijan, como se examina detenidamente en la sección C (véanse párrafos 65 y 66). Sin embargo, en muchos países se aplican consideraciones especiales a las cláusulas de solución de controversias, en primer lugar en relación con el acuerdo de proyecto entre la autoridad contratante y la empresa del proyecto, y en segundo en relación con los contratos de la empresa del proyecto (o la empresa de explotación o mantenimiento) para la venta de bienes o servicios a los usuarios finales de las instalaciones, en particular si los compradores son entidades públicas o personas individuales en calidad de consumidores. Esas consideraciones se examinan en las secciones B (véanse párrafos 4 a 64) y D (véanse párrafos 77 a 82).

B. Controversias entre la autoridad contratante y el concesionario

1. Observaciones generales

4. Las controversias surgidas del acuerdo de proyecto presentan con frecuencia problemas que no suelen plantearse

en las derivadas de otros tipos de contratos. Ello se debe a la complejidad de los proyectos de infraestructura, al hecho de que su ejecución requiere mucho tiempo y afectan en alto grado al interés público, y a que, en las etapas de construcción y de explotación, pueden participar varias empresas. Además, las controversias derivadas de los acuerdos de proyecto pueden versar sobre cuestiones sumamente técnicas relacionadas con los procesos de construcción, la tecnología incorporada en las obras y las condiciones de explotación de las instalaciones. Las controversias surgidas del acuerdo de proyecto deben resolverse con rapidez a fin de no interrumpir la construcción de las instalaciones o la prestación de los servicios pertinentes. Las partes deben tener en cuenta esas consideraciones al decidir los mecanismos de solución de controversias que deberán prever en el acuerdo de proyecto.

5. La cuestión que da lugar con más frecuencia a controversias surgidas del acuerdo de proyecto es determinar si una de las partes ha incumplido sus obligaciones contractuales y, en caso afirmativo, las consecuencias jurídicas de ese incumplimiento. No obstante, suelen plantearse otras cuestiones para las que convendría prever en el acuerdo de proyecto un mecanismo de solución adecuado. Por ejemplo, el acuerdo de proyecto puede prever que sus condiciones se podrán modificar o complementarse en determinadas circunstancias. Pueden surgir dudas sobre si esas circunstancias se han producido o no y, en caso afirmativo, sobre cómo deberán modificarse o complementarse las condiciones contractuales (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). El acuerdo de proyecto puede estipular también que la autoridad contratante habrá de dar su consentimiento a determinados actos del concesionario. Si la autoridad contratante niega injustificadamente ese consentimiento, se puede plantear la cuestión de si un tribunal arbitral o judicial podrá suplir con su consentimiento el de la parte que lo haya denegado. También puede plantearse si deberán adoptarse medidas provisionales en espera de la solución definitiva de la controversia.

6. En algunos ordenamientos jurídicos, ni los tribunales judiciales ni los árbitros pueden modificar o complementar las condiciones contractuales, ni suplir el consentimiento negado injustificadamente por una de las partes. En otros, los tribunales judiciales y los árbitros sólo pueden hacerlo si las partes los autorizan expresamente. Y en otros, por fin, los árbitros pueden hacerlo pero los tribunales judiciales no. Cuando la ley aplicable al contrato o al procedimiento no permita que los tribunales judiciales o los árbitros modifiquen las condiciones contractuales, pueden que las partes deseen prever otros medios para modificarlas, cuando sea viable. Por ejemplo, pueden estipular que los precios fijados por el concesionario se modificarán automáticamente en determinadas circunstancias, por medio de una cláusula de indexación (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, ___). Pueden estipular que otras condiciones contractuales se modificarán o complementarán por medio de procedimientos ante un tercero, como un perito árbitro o una junta de examen de controversias (véanse párrafos 21 a 29). Cuando los tribunales judiciales o los árbitros no tengan la facultad de suplir con su consentimiento el consentimiento injustificadamente negado por alguna de las partes, el acuerdo de proyecto puede estipular que las partes sólo podrán rehusar su consentimiento por causas especificadas que, a falta de éstas, se considerará que han prestado el con-

sentimiento. Los tribunales judiciales o los árbitros tendrán que decidir entonces únicamente si existen o no las causas establecidas.

7. En general, conviene que las partes intenten, en un principio, solucionar sus controversias mediante la negociación (véanse párrafos 11 y 12). Las partes, si lo desean, podrán proseguir las negociaciones aunque se hayan iniciado otros medios de solución de controversias. En algunos casos en que las partes hayan sometido la controversia a conciliación (véanse párrafos 13 a 20) y se inicie luego un procedimiento arbitral o judicial, quizá les siga resultando útil proseguir la conciliación. Además, pueden surgir controversias en un acuerdo de proyecto que no sean de la competencia de los tribunales judiciales o arbitrales o no puedan resolverse convenientemente en un procedimiento arbitral o judicial (por ejemplo, las de naturaleza técnica que deban resolverse con más rapidez de la que consiente un procedimiento arbitral o judicial).

8. En la práctica, ha resultado útil resolver las controversias surgidas de acuerdos de proyecto mediante el arbitraje: un procedimiento por el que las partes someten las controversias que puedan surgir entre ellas, o que hayan surgido ya, a la decisión vinculante de una o más personas independientes e imparciales (árbitros) elegidas por ellas (véanse párrafos 30 a 59). Por lo general, sólo se puede iniciar un procedimiento arbitral cuando existe un acuerdo de arbitraje. Normalmente, el laudo arbitral puede ejecutarse de forma análoga a la de una decisión judicial. A falta de la existencia de un acuerdo de arbitraje, las controversias entre las partes deberán resolverse en un procedimiento judicial (véanse párrafos 60 a 64).

9. Al considerar el método o los métodos de solución de controversias que estipularán en el acuerdo de proyecto, las partes deberán cerciorarse, en particular, del alcance de las facultades que puedan ejercer los jueces, los árbitros, el perito árbitro o la junta de examen de controversias, en virtud del derecho aplicable al procedimiento. También deberán considerar hasta qué punto la decisión del perito árbitro o de la junta de examen de controversias, el laudo arbitral o la decisión judicial serán ejecutorios en los países de las partes. El hecho de que la autoridad contratante sea con frecuencia un organismo público puede ser también un factor que influya en el método de solución de controversias que se elija.

10. Las partes en una relación contractual compleja y larga, como es un acuerdo de proyecto, estipulan a veces cláusulas complejas de solución de controversias destinadas a impedir, en lo posible, que surja la controversia y a propiciar el logro de soluciones convenidas y métodos eficaces de resolverlas cuando surjan. Esas cláusulas prevén normalmente una serie de etapas sucesivas que comienzan con una notificación anticipada a la otra parte de las cuestiones que pueden convertirse en una controversia a menos que las partes adopten medidas para impedirlo. Cuando la controversia surge, las partes deben intercambiar información y examinar la controversia para encontrar una solución. Si no pueden resolver la controversia por sí mismas, cualquiera de ellas puede pedir la participación de un conciliador independiente e imparcial que las ayude a encontrar una solución aceptable. Si no se solicita esa asistencia, cualquiera de las partes podrá solicitar la asistencia de un grupo previamente convenido al que se hayan dado facultades para re-

solver controversias. Por lo que se refiere a dicho grupo, puede convenirse en que se solicitará asistencia ante todo de su presidente; si no se puede resolver la controversia, cualquiera de las partes podrá someterla al grupo en pleno, o bien el propio grupo podrá decidir examinarla. Sólo en el caso de que las etapas mencionadas no lleven a una solución, cualquiera de las partes podrá iniciar un procedimiento de arbitraje o judicial, previsto en la cláusula de solución de controversias.

2. *Negociación*

11. El método más satisfactorio de resolver controversias suele ser la negociación entre las partes. Si se logra una solución amistosa mediante la negociación, se evita la perturbación de la relación comercial entre la autoridad contratante y el concesionario. Además, se puede ahorrar a las partes gastos considerables y el tiempo, por lo general mayor, que normalmente requiere la solución de controversias por otros medios.

12. Aunque las partes quizá deseen tratar de resolver sus controversias mediante la negociación antes de recurrir a otros medios, tal vez no sea conveniente que el acuerdo de proyecto impida que una parte inicie otros procedimientos de solución hasta que haya expirado el plazo para la negociación. Además, si el acuerdo de proyecto prevé que no podrán iniciarse otros procedimientos durante el período de la negociación, es aconsejable, que en determinados casos, las partes puedan iniciar otros procedimientos, incluso antes de que expire ese período, por ejemplo, si una de las partes declara durante las negociaciones que no está dispuesta a seguir negociando, o si es necesario iniciar el procedimiento arbitral o judicial antes de que acabe el período de negociación para evitar la pérdida o la prescripción de un derecho. Es aconsejable que en el acuerdo de proyecto se requiera que todo acuerdo al que se llegue mediante negociación se recoja por escrito.

3. *Conciliación*

13. Si las partes no logran resolver una controversia mediante la negociación, pero desean sin embargo evitar un procedimiento arbitral o judicial, pueden tratar de resolverla mediante un procedimiento en que un tercero las ayude a llegar a un acuerdo, a menudo proponiéndoles soluciones para su consideración. Las expresiones “conciliación” o “mediación” se utilizan con frecuencia para esas actuaciones no contenciosas. La conciliación se distingue de las negociaciones entre las partes en que se realiza por un tercero independiente e imparcial, mientras que en las negociaciones entre las partes no interviene ese tercero. La diferencia entre la conciliación y el procedimiento arbitral o judicial es que aquélla es voluntaria, en el sentido de que las partes sólo participan en ella en la medida en que estén de acuerdo y mientras sigan estándolo. A veces, sin embargo, las partes se han comprometido por acuerdo a esforzarse por llegar a una solución en un plazo determinado, a partir del comienzo del procedimiento de conciliación, o hasta que se produzca algún acontecimiento, como una declaración por escrito en que se rehúse la solución y se declare terminada la conciliación. Otra diferencia es que la conciliación acaba con una solución de la controversia o sin éxito, mientras que un tribu-

nal arbitral o judicial, si no existe acuerdo, dicta una decisión vinculante para las partes. La conciliación se practica cada vez más en diversas partes del mundo. En muchos países se han creado órganos privados o públicos que ofrecen servicios de conciliación a los interesados.

14. La conciliación no es contenciosa y favorece un ambiente amistoso, lo que hace más probable que las partes en una controversia conserven o vuelvan a establecer una relación comercial satisfactoria que en el caso de un procedimiento arbitral o judicial. La conciliación puede mejorar incluso una relación comercial, ya que las negociaciones realizadas en el procedimiento, la determinación conjunta de los hechos y el acuerdo definitivo de las partes pueden ir más allá de los límites de la controversia que dio origen a la conciliación y traducirse en una relación contractual modificada, mejor adaptada a la realidad comercial. Como la conciliación permite prescindir de ciertas formalidades que, sin embargo, deben observarse en un procedimiento arbitral o judicial, es probable que el procedimiento de conciliación resulte más rápido y menos costoso.

15. Si las partes estipulan la conciliación en el contrato, tendrán que resolver algunas cuestiones de procedimiento a fin de aumentar la probabilidad de llegar a un acuerdo y evitar algunas de las posibles desventajas de la conciliación que se mencionan *infra*. La solución de esas cuestiones de procedimiento se facilita mucho incorporando al contrato, por referencia, algún conjunto de normas de conciliación, tal como el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI¹. Algunos países han promulgado legislación destinada a facilitar el empleo de la conciliación en las controversias comerciales.

16. Un posible inconveniente de la conciliación es que, si ésta fracasa por completo, se habrán desperdiciado tiempo y dinero. Ese inconveniente puede mitigarse hasta cierto punto si el acuerdo de proyecto no exige a las partes que intenten la conciliación antes de iniciar el procedimiento arbitral o judicial, sino que, simplemente, les permite iniciar la conciliación. De esa forma, la conciliación sólo se produciría cuando hubiera una posibilidad real de llegar a un acuerdo amistoso.

17. Otra posible dificultad puede derivarse de que, en el procedimiento de conciliación las partes suelen expresar sugerencias y opiniones con respecto a las propuestas de posible acuerdo, admiten hechos, o indican su buena disposición para llegar a un acuerdo. Si, a pesar de sus esfuerzos, la conciliación no conduce a una solución y las partes inician un

procedimiento judicial o arbitral, esas opiniones, sugerencias, admisiones o indicaciones de buena voluntad podrían redundar en perjuicio de la parte que las hizo. Esa posibilidad puede desalentar a las partes de tratar activamente de llegar a un acuerdo durante el procedimiento de conciliación, lo que reducirá la utilidad de éste. Para resolver el problema, algunas normas (por ejemplo, el artículo 20 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI) contienen una cláusula según la cual las partes se comprometen a no invocar ni proponer como pruebas en un procedimiento arbitral o judicial ulterior: i) opiniones expresadas o sugerencias formuladas por la otra parte respecto de una posible solución de la controversia; ii) hechos que haya reconocido la otra parte en el curso del procedimiento conciliatorio; iii) propuestas formuladas por el conciliador, y iv) el hecho de que la otra parte haya indicado estar dispuesta a aceptar una propuesta de solución formulada por el conciliador. Para fomentar la conciliación como método de resolver controversias y lograr que no surjan las dificultades mencionadas, algunos Estados han promulgado disposiciones legislativas que limitan la introducción de determinadas pruebas relacionadas con el procedimiento de conciliación en ulteriores procedimientos judiciales o arbitrales.

18. Una parte puede mostrarse renuente a esforzarse por llegar a un arreglo en los procedimientos conciliatorios si tiene en cuenta la posibilidad de que, en el caso de que la conciliación no tenga éxito, el conciliador puede ser designado asesor de la otra parte, o árbitro. El conocimiento por el conciliador de lo ocurrido durante la conciliación (por ejemplo, las propuestas de transacción y el reconocimiento de hechos) podría resultar perjudicial para la parte interesada. Ésa es la razón de algunas cláusulas que se encuentran en determinadas normas estándar de conciliación (por ejemplo, el artículo 19 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI), en el sentido de que las partes y el conciliador se comprometen a que éste no actúe como árbitro, representante ni asesor de una parte en ningún procedimiento arbitral o judicial relativo a una controversia que hubiera sido objeto del procedimiento conciliatorio; además, las partes se comprometen a no llamar al conciliador como testigo en ninguno de tales procedimientos. Esas jurisdicciones, con el fin de propiciar y facilitar la conciliación, han promulgado disposiciones legislativas que limitan la posibilidad de que un conciliador intervenga en una controversia ulterior conexas como asesor, árbitro o testigo.

19. No obstante, el conocimiento previo por el árbitro puede ser considerado por las partes ventajoso, en particular porque ese conocimiento permitirá al árbitro dirigir el procedimiento de forma más eficiente. Si es así, las partes pueden preferir que el conciliador sea designado árbitro en el procedimiento arbitral ulterior. A fin de evitar en esos casos toda objeción basada en la alegación de prejuicios, algunas jurisdicciones han adoptado leyes que permiten expresamente al conciliador, con sujeción al acuerdo de las partes, intervenir como árbitro.

20. Otro posible inconveniente de la conciliación es la posibilidad de que una parte no cumpla el acuerdo alcanzado en el procedimiento. Por ello, el atractivo de la conciliación aumentaría si el acuerdo alcanzado en ella fuera ejecutable de forma análoga a un laudo arbitral, de forma que una parte en el acuerdo no se viera obligada a iniciar un procedimiento arbitral o judicial para hacerlo cumplir. Una forma

¹Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 13.º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/35/17)*, párr. 106 (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. XI: 1980, primera parte, II, A (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.81.V.8). El Reglamento de Conciliación de la CNUDMI se ha publicado también en forma de folleto (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.81.V.6). Acompaña al Reglamento un modelo de cláusula de conciliación, que dice así: "Cuando, en el caso de una controversia que se derive del presente contrato o se relacione con él, las partes deseen llegar a una transacción amistosa de esa controversia mediante la conciliación, ésta tendrá lugar de conformidad con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI actualmente en vigor". La Asamblea General de las Naciones Unidas ha recomendado la aplicación del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI en su resolución 35/52, de 4 de diciembre de 1980.

de hacer ejecutable el acuerdo puede ser que las partes designen un conciliador en calidad de árbitro y limiten el procedimiento arbitral a dejar constancia del acuerdo, en forma de un laudo arbitral basado en la solución convenida (como se prevé, por ejemplo, en el párrafo 1 del artículo 34 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI). Sin embargo, puede haber un obstáculo para este método en los ordenamientos jurídicos en que, una vez alcanzado un acuerdo y en consecuencia eliminada la controversia, no es posible iniciar un procedimiento arbitral. A fin de hacer frente a ese obstáculo, algunas jurisdicciones han adoptado leyes que disponen la ejecutoriedad de los acuerdos a que se llegue en un procedimiento de conciliación. Una posible solución legislativa puede ser prever que, a efectos de ejecución, los acuerdos de solución por escrito se considerarán como un laudo arbitral y se ejecutarán de la misma forma. Otra solución puede ser que la legislación permita expresamente a las partes en el acuerdo que, a pesar de haber desaparecido ya la controversia, inicien el arbitraje y obtengan del árbitro, que podrá ser un ex conciliador, un laudo en las condiciones convenidas.

4. Procedimiento ante un perito árbitro o una junta de examen de controversias

21. Tal vez deseen las partes considerar la posibilidad de que determinados tipos de controversias se resuelvan por un tercero (designado en la *Guía* como “perito árbitro”) o por una junta de expertos nombrada por ambas partes. Esas juntas de expertos se denominan con frecuencia, por ejemplo, “juntas de examen de controversias”, “juntas de peritos árbitros de concesiones” o “juntas de solución de controversias”. Las actuaciones ante un perito árbitro o una junta de examen de controversias pueden ser bastante informales y rápidas, y adaptarse a las características de la controversia que sea preciso resolver. En esas actuaciones, las partes pueden aceptar o rechazar libremente las sugerencias del perito árbitro o la junta de examen de controversias, e iniciar un procedimiento judicial o arbitral en cualquier momento, especialmente si esa iniciación es necesaria para evitar la pérdida o prescripción de un derecho. El nombramiento de un perito árbitro o de una junta de examen de controversias puede impedir que los malentendidos o diferencias entre las partes se conviertan en controversias que requieran solución en un procedimiento arbitral o judicial.

22. Cuando se utilizan estos procedimientos, si surge una controversia que las partes no hayan podido resolver mediante debate, cualquiera de ellas podrá someterla al perito árbitro o la junta de solución de controversias para que ésta haga una recomendación o dicte una resolución. Ese sometimiento pone en marcha una evaluación a cargo del perito árbitro o la junta de examen de controversias, que se realiza de un modo informal, normalmente debatiendo con las partes en una visita normal al emplazamiento. El perito árbitro o la junta moderan el debate, pero cada una de las partes tiene plena oportunidad de exponer sus opiniones, y el perito árbitro o la junta pueden formular libremente preguntas y solicitar documentos u otras pruebas. La junta se reúne entonces en privado y trata de llegar, por unanimidad, a una recomendación o decisión. Normalmente, de acuerdo con las disposiciones contractuales que establecen el mecanismo de peritos árbitros o juntas de examen de controversias, la decisión de éstos no es automáticamente vinculante para las partes, pero

éstas pueden estipular que lo sea a menos que una de ellas someta la controversia a arbitraje o inicie un procedimiento judicial.

23. Algunas organizaciones internacionales y asociaciones comerciales han formulado normas relativas a la utilización de peritos árbitros o juntas de examen de controversias para resolverlas, pero esas normas tratan sólo, por lo general, de algunos aspectos de la cuestión. Muchos ordenamientos jurídicos no regulan las actuaciones ante un perito árbitro. Otros lo hacen de una forma muy limitada. Hay que señalar también que el derecho aplicable a las actuaciones puede prever sólo salvaguardias jurídicas limitadas para garantizar que se realicen imparcialmente y con la debida atención. Además, en muchos ordenamientos jurídicos, la decisión del perito árbitro o de la junta de examen de controversias, aunque vinculante como contrato, no constituye un título ejecutorio, ya que no tiene la condición jurídica de laudo arbitral o decisión judicial. Por estas razones, si las partes piensan prever la posibilidad de actuaciones ante un perito árbitro o una junta de examen de controversias, será necesario que regulen los diversos aspectos en el acuerdo de proyecto. A continuación se examinan las principales cuestiones que habrá que tratar.

24. La composición de la junta de examen de controversias puede variar en las diferentes etapas del proyecto. Cada miembro de la junta deberá tener experiencia en el tipo de proyecto de que se trate, la interpretación de contratos y la administración de esa clase de proyectos, y deberá comprometerse a ser imparcial e independiente de las partes. En la etapa de construcción, por ejemplo, se podrá facilitar a esas personas informes periódicos sobre la marcha de la construcción e informarlas inmediatamente de las diferencias que surjan entre las partes sobre cuestiones relacionadas con la construcción. Pueden reunirse con las partes en el emplazamiento, ya sea con intervalos regulares o cuando sea preciso, a fin de examinar las diferencias que hayan aparecido y sugerir posibles formas de resolverlas.

25. Convendría que en el acuerdo de proyecto se delimitaran con la mayor precisión posible las facultades conferidas al perito árbitro o a la junta de examen de controversias. El acuerdo puede especificar las funciones que desempeñarán el perito árbitro o la junta de examen de controversias, y el tipo de cuestiones que podrán tratar. Es aconsejable circunscribir las facultades del perito árbitro o de la junta de examen de controversias a las cuestiones de carácter predominantemente técnico. Una forma posible de expresar esa limitación en el acuerdo de proyecto es incluir una lista de las cuestiones técnicas que el perito árbitro o la junta de examen de controversias estén autorizados a resolver.

26. Con respecto a la naturaleza de sus funciones, el acuerdo de proyecto podría autorizar al perito árbitro o la junta de examen de controversias a investigar los hechos y adoptar medidas provisionales. Podría facultarlos también para modificar o complementar sus condiciones, cuando lo consienta el derecho aplicable a dicho acuerdo (véase párrafo 6). Puede que las partes deseen considerar si el perito árbitro o la junta de examen de controversias deben estar facultados para decidir sobre el fondo de algunos tipos de controversias (por ejemplo, si los resultados de las pruebas de terminación o de funcionamiento han sido satisfactorios, o con respecto a las causas alegadas por el concesionario para oponerse a una modificación decidida por la autoridad contratante), o bien

deberán resolverse esas controversias en un procedimiento arbitral o judicial.

27. En la medida en que lo permita el derecho aplicable al procedimiento, puede que las partes deseen prever en el acuerdo de proyecto la relación entre las actuaciones ante un perito árbitro o una junta de examen de controversias, y el procedimiento ante un tribunal judicial o arbitral. Por ejemplo, el acuerdo de proyecto podrá estipular que las controversias de la competencia del perito árbitro o la junta de examen de controversias deberán someterseles en primer lugar, y que no se podrá iniciar un procedimiento arbitral o judicial hasta que expire el plazo especificado, que comenzará a correr a partir de ese sometimiento. El acuerdo de proyecto deberá dejar en claro además si la recomendación o la decisión de la junta de examen de controversias podrá ser admitida como prueba en cualquier procedimiento arbitral o judicial ulterior.

28. Es posible que el derecho aplicable a los procedimientos arbitrales o judiciales determine la medida en que las partes podrán facultar a los árbitros o a un tribunal a examinar la decisión del perito árbitro o de la junta de controversias. Excluir esa posibilidad tiene la ventaja de que la decisión del perito árbitro o de la junta de examen de controversias será inmediatamente firme y vinculante. No obstante, permitir el examen dará a las partes mayor garantía de que la decisión será correcta. Las ventajas de ambos criterios pueden combinarse hasta cierto punto estipulando que la decisión del perito árbitro o de la junta de examen de controversias será vinculante para las partes, salvo que alguna de ellas inicie un procedimiento arbitral o judicial, dentro de un breve plazo especificado, a partir de la decisión. Si se les faculta para hacerlo, las partes podrán indicar que las conclusiones a que hayan llegado sobre cuestiones de hecho el perito árbitro o la junta de examen de controversias no podrán impugnarse en un procedimiento arbitral o judicial. El acuerdo de proyecto podría obligar también a las partes a ejecutar la decisión del perito árbitro con respecto a las medidas provisionales o sobre el fondo en relación con algunas cuestiones determinadas; si las partes no lo hacen, se considerará que han incumplido una obligación contractual.

29. Se han utilizado los procedimientos ante peritos árbitros o juntas de examen de controversias conjuntamente con mecanismos de solución de controversias de carácter contencioso, como el arbitraje. Esos procedimientos se utilizan cada vez más en los países en que los organismos públicos sólo pueden resolver legalmente controversias contractuales mediante la litigación judicial. Las primeras cláusulas sobre peritos árbitros o juntas de examen de controversias no contenían disposiciones que hicieran vinculantes sus recomendaciones. No obstante, en la práctica, la fuerza persuasiva de las recomendaciones unánimes hechas por expertos independientes aceptados por las partes llevó a las autoridades contratantes y a las empresas de proyectos a aceptar voluntariamente esas recomendaciones en lugar de litigar. Con independencia de que así evitan litigios posiblemente prolongados, las partes tienen en cuenta a menudo la posible dificultad de anular lo que el tribunal judicial o arbitral podría considerar como una recomendación convincente, al haber sido hecha por expertos independientes, conocedores del proyecto desde sus comienzos y estar basada en la observación del proyecto antes de surgir la controversia y al producirse ésta.

5. Arbitraje

a) *Consideraciones sobre la concertación de un acuerdo en arbitraje*

30. Hay diversos motivos por los que se utiliza con frecuencia el arbitraje para resolver las controversias que se plantean en los proyectos de infraestructura con financiación privada. Las partes pueden organizar el procedimiento arbitral de modo que resulte menos formal que el judicial y responda mejor a sus necesidades y a las características concretas de las controversias que puedan plantearse en relación con el acuerdo de proyecto. Pueden elegir como árbitros a personas con conocimientos especializados en el tipo de proyecto de que se trate. Pueden elegir también el lugar en donde se sustanciará el procedimiento arbitral. Además pueden elegir el idioma o los idiomas que se utilizarán en el procedimiento. Cuando las partes convienen en un arbitraje, ninguna de ellas se somete a los tribunales del país de la otra, salvo en la medida en que se pueda recurrir a los tribunales del lugar de arbitraje para que intervenga en el proceso arbitral. El procedimiento arbitral puede ser menos perturbador de las relaciones comerciales entre las partes que un procedimiento judicial. Los procedimientos y laudos arbitrales pueden ser confidenciales, lo que no suele suceder con los procedimientos y decisiones judiciales. El procedimiento arbitral suele ser más rápido y, habida cuenta de su finalidad, con frecuencia menos costoso que un procedimiento judicial. Aunque algunos ordenamientos jurídicos prevén un procedimiento judicial sumario para algunos tipos de controversias (normalmente las que se refieren a sumas de dinero relativamente pequeñas), muchas controversias planteadas en relación con los proyectos de infraestructura con financiación privada no podrán resolverse adecuadamente por esos procedimientos. Por último, como consecuencia de las convenciones internacionales relativas al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, esos laudos se reconocen y ejecutan con frecuencia más fácilmente que las decisiones judiciales extranjeras (véanse párrafos 56 a 59).

31. Por otra parte, un laudo arbitral puede ser anulado en un procedimiento judicial. La iniciación de este procedimiento postergará la solución definitiva de la controversia. Sin embargo, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, un laudo arbitral sólo puede ser anulado por un número limitado de causas, por ejemplo, falta de competencia de los árbitros para decidir la controversia, imposibilidad de una de las partes para formular sus alegaciones en el procedimiento arbitral, incumplimiento de las normas aplicables a la designación de árbitros o al procedimiento arbitral, o laudo contrario al orden público.

b) *Facultades para someterse a arbitraje*

32. Hay dos límites posibles para la libertad de someterse a arbitraje: uno se deriva de la cuestión que se someterá y otro del carácter público de alguna de las partes en el acuerdo de arbitraje. En muchos ordenamientos jurídicos, la posición tradicional ha sido que ni la administración ni los organismos públicos pueden someterse a arbitraje. Esta posición se ha limitado en el sentido de que no se aplica a las empresas públicas de carácter industrial o comercial que, en sus relaciones con terceros, se rigen por el derecho privado o mercantil.

33. Como se ha señalado anteriormente (véase el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, ___), en algunos ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición del derecho civil, la prestación de servicios públicos se rige por un conjunto de leyes denominado “derecho administrativo”, que regula una amplia variedad de funciones públicas. En muchos de esos países hay disposiciones especiales para la solución de controversias surgidas de contratos públicos; en particular, puede haber prohibiciones para que los organismos públicos se sometan a arbitraje con exclusión de los tribunales judiciales. Esas restricciones pueden extenderse, en distintos grados, a una serie de entidades públicas de las ramas legislativa, administrativa y ejecutiva. Sin embargo, puede haber diferencias entre un contrato concertado por un departamento público y otro concertado por una empresa pública. Hay que tener en cuenta también la división constitucional de poderes del país anfitrión. En algunos países, ciertas cuestiones son de la jurisdicción exclusiva de alguna subdivisión política subsidiaria (por ejemplo, el Estado o la provincia), mientras que dos o más subdivisiones políticas pueden compartir la competencia con respecto a otras cuestiones. Puede ser imposible que una de esas subdivisiones pública excluya la aplicación de las leyes que rijan cuestiones de la competencia de otra.

34. Las limitaciones de la libertad para someterse a arbitraje pueden referirse también a la naturaleza jurídica del acuerdo de proyecto. En los ordenamientos pertenecientes a la tradición del derecho civil, con una categoría especial de derecho administrativo, puede haber disposiciones que clasifiquen los acuerdos de proyecto como contratos administrativos, y la consecuencia es que se regirán por el derecho administrativo del país anfitrión. En otros ordenamientos jurídicos, pueden incluirse expresamente prohibiciones análogas en los precedentes legislativos o judiciales directamente aplicables a los acuerdos de proyecto. Sin embargo, incluso cuando no exista una prohibición expresa, se puede llegar al mismo resultado por prácticas contractuales establecidas en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada, basadas normalmente en normas o reglamentos legislativos. Por ejemplo, las leyes pueden determinar que los contratos públicos tendrán que ajustarse a ciertos formularios uniformes de contrato, que pueden tener cláusulas también uniformes, incluida una sobre solución de controversias, que determinen la competencia de los tribunales del país anfitrión. Por consiguiente, cualquiera que sea el tipo de ordenamiento jurídico que se considere, es importante determinar si un acuerdo de proyecto se clasificará como contrato público sometido a ciertas normas o como contrato mercantil privado, sometido a las mismas normas que cualquier otro tipo de contrato, o si hay normas especiales aplicables a los acuerdos de proyecto en general (véase también el capítulo IV, “El acuerdo de proyecto”, ___).

35. En el caso de los países que deseen permitir el empleo del arbitraje para la solución de controversias planteadas en relación con los proyectos de infraestructura con financiación privada, es importante eliminar posibles obstáculos legales y autorizar claramente a las autoridades contratantes nacionales a someter a arbitraje sus controversias. La ausencia de una autorización legislativa clara puede dar lugar a dudas sobre la validez del acuerdo de arbitraje y producir demoras en la solución de posibles controversias. Las alegaciones de invalidez de una cláusula compromisoria serán tratadas en primera instancia por el tribunal arbitral, que tendrá

que decidir si la alegación es válida. Si el tribunal decide que el acuerdo de arbitraje ha sido concertado válidamente a pesar de la alegación ulterior de que la autoridad contratante no estaba autorizada para hacerlo, la cuestión podrá volver a plantearse en la etapa de reconocimiento y ejecución ante un tribunal judicial del país anfitrión o ante un tribunal de un tercer país en donde deba reconocerse o ejecutarse el laudo arbitral.

36. Especialmente con respecto a los proyectos de infraestructura en que intervengan inversionistas extranjeros, cabe señalar que un tratado bilateral sobre inversiones o la adhesión al Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington, 1965) puede ofrecer un marco jurídico para la solución de las controversias surgidas entre la autoridad contratante y las empresas extranjeras participantes en un consorcio del proyecto. El Convenio, suscrito hasta la fecha por 139 Estados, creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). El CIADI ofrece servicios de conciliación y arbitraje de controversias entre los países miembros y los inversionistas que tienen la consideración de nacionales de otros países miembros. El recurso a la conciliación del CIADI es voluntario. Sin embargo, una vez que las partes en un contrato o controversia han consentido en someterse a arbitraje en virtud del Convenio del CIADI, ninguna de ellas puede retirar unilateralmente su consentimiento. Todos los miembros del CIADI, sean o no partes en la controversia, deben reconocer y ejecutar, según la Convención, los laudos del CIADI. Este centro es una organización internacional autónoma que tiene estrechas vinculaciones con el Banco Mundial.

c) Disposiciones de la cláusula compromisoria

i) Ámbito del acuerdo de arbitraje y mandato del tribunal arbitral

37. En general, el procedimiento arbitral sólo puede sustanciarse sobre la base de un acuerdo entre las partes para someterse a él. El acuerdo puede constar en una cláusula compromisoria incluida en el acuerdo de proyecto o ser un acuerdo de arbitraje separado celebrado entre las partes, antes o después de que se plantee la controversia. Como puede ser más difícil llegar a un acuerdo de arbitraje una vez planteada la controversia, es aconsejable incluir en el acuerdo de proyecto una cláusula compromisoria o celebrar por separado un acuerdo de arbitraje en el momento en que se celebre el contrato. Sin embargo, en algunos ordenamientos jurídicos, ese tipo de acuerdo de arbitraje sólo es válido en cuanto a la forma y el fondo si se celebra después de surgida la controversia.

38. Sería aconsejable que en el acuerdo de proyecto se indicara qué controversias habrán de someterse a arbitraje. Por ejemplo, la cláusula compromisoria puede estipular que todas las controversias resultantes del acuerdo de proyecto o relacionadas con él, o con su incumplimiento, rescisión o nulidad se resolverán mediante arbitraje. En algunos casos, puede que las partes deseen excluir de esa amplia competencia algunas controversias que no deseen someter a arbitraje.

39. Si el derecho aplicable al procedimiento arbitral lo consiente, puede que las partes deseen autorizar al tribunal arbitral a dictar medidas provisionales en espera de la solu-

ción definitiva de la controversia. Sin embargo, en algunos ordenamientos jurídicos los tribunales arbitrales no están facultados para dictar esas medidas aunque las partes lo autoricen. En otros, en que el tribunal arbitral puede dictar medidas provisionales, éstas no pueden ejecutarse en muchos casos, aunque no carezcan de utilidad práctica. En esos casos, sería preferible que las partes recurrieran a un tribunal judicial para que las ordenara. En muchos ordenamientos jurídicos, un tribunal judicial puede ordenar medidas provisionales aunque la controversia deba someterse o haya sido sometida ya a arbitraje.

40. Es conveniente que la cláusula compromisoria obligue a las partes a cumplir las decisiones arbitrales, incluidas las que se refieran a medidas provisionales. La ventaja de incluir esa obligación en el acuerdo de proyecto es que, en algunos ordenamientos jurídicos, cuando el laudo arbitral no tiene fuerza ejecutoria en el país de una de las partes, el incumplimiento por esa parte del laudo cuando esté obligada a cumplirlo en virtud del acuerdo podrá someterse a un procedimiento judicial, como incumplimiento de una obligación contractual.

41. Si se inicia un procedimiento judicial con respecto a una controversia prevista en una cláusula compromisoria reconocida como válida, el tribunal judicial, si se le solicita oportunamente, remitirá la controversia al arbitraje. Sin embargo, es posible que conserve la facultad de dictar medidas provisionales y normalmente estará facultado para supervisar algunos aspectos del procedimiento arbitral (por ejemplo, para entender de la recusación de los árbitros) y para anular laudos arbitrales por determinadas causas (véanse párrafos 56 a 59).

ii) *Tipo de arbitraje y normas de procesales apropiadas*

42. Las partes pueden elegir el tipo de arbitraje que responda mejor a sus necesidades. Es aconsejable que las partes convengan en normas apropiadas para regir el procedimiento arbitral. Hay una amplia gama de sistemas de arbitraje disponibles, con diversos grados de participación de órganos permanentes (por ejemplo, una institución de arbitraje, una asociación profesional o comercial o una cámara de comercio) o de terceros (por ejemplo, un funcionario principal de un tribunal de arbitraje o de una cámara de comercio). En uno de los extremos se encuentra el tipo simple de arbitraje ad hoc, en el que no intervienen ningún órgano permanente ni terceros. Ello significa que, en la práctica, no se cuenta con ninguna ayuda externa (salvo, quizá, de un tribunal judicial nacional) en caso de que, por ejemplo, se planteen dificultades por designar o recusar a un árbitro. Además, las partes o los mismos árbitros deberán encargarse de todos los arreglos administrativos necesarios. En el otro extremo de la gama, hay arbitrajes administrados y supervisados totalmente por un órgano permanente, que puede examinar el mandato y el proyecto de laudo, y revisar o hacer recomendaciones en cuanto a la forma.

43. Entre esos dos tipos de arbitraje hay una variedad considerable de sistemas de arbitraje, en todos los cuales hay una autoridad nominadora (o, por lo menos, un sistema para nombrar a la autoridad nominadora, como prevé el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI). Esos sistemas difieren en cuanto a los servicios administrativos que proporcionan.

La función esencial, aunque no forzosamente exclusiva, de la autoridad nominadora es constituir o ayudar a constituir el tribunal arbitral (por ejemplo, designando a los árbitros, decidiendo sobre sus recusaciones o sustituyéndolos). Entre los servicios administrativos o logísticos, que pueden ofrecerse conjunta o separadamente, figuran los siguientes: envío de las comunicaciones escritas de alguna de las partes o de los árbitros; asistencia al tribunal arbitral para organizar las vistas y otras reuniones (incluida la notificación a los participantes; facilitación o preparación de salas para las vistas o deliberaciones del tribunal arbitral; levantamiento de actas y organización de servicios de interpretación durante las vistas y, posiblemente, traducción de documentos); asistencia en el archivo o registro del laudo arbitral, cuando sea necesario; custodia de depósitos y administración de cuentas relativas a honorarios y gastos, y de otros servicios de secretaría u oficina.

44. Salvo que las partes optan por un simple arbitraje ad hoc, puede que deseen convenir en el órgano o la persona que cumplirá las funciones que requieran. Entre los factores que vale la pena considerar al elegir un órgano o persona apropiados se encuentran los siguientes: disposición para desempeñar las funciones necesarias; competencia, en particular con respecto a asuntos internacionales; razonabilidad de los honorarios en relación con los servicios solicitados, y sede del órgano o residencia de la persona y posible limitación de sus servicios a una zona geográfica determinada. Este último aspecto debe considerarse conjuntamente con el lugar probable o convenido del arbitraje. Sin embargo, es posible que determinadas funciones (por ejemplo, la designación) no tengan que realizarse necesariamente en el lugar del arbitraje, y algunas instituciones arbitrales están dispuestas a prestar servicios en países distintos de aquel en que tienen su sede.

45. En la mayoría de los casos, el procedimiento arbitral se regirá por las leyes del país en donde se sustancie. Muchos países tienen leyes que regulan diversos aspectos del procedimiento arbitral. Algunas disposiciones de esas leyes son imperativas; otras no. Al elegir el lugar del arbitraje, puede que las partes deseen considerar hasta qué punto las leyes del lugar de que se trate reconocen las necesidades y características especiales del arbitraje comercial internacional y, en particular, si permiten a las partes adaptar las normas procesales a sus necesidades y deseos particulares, asegurando, al mismo tiempo, la equidad y eficacia del procedimiento. Una tendencia en este sentido, perceptible en la legislación moderna de gran número de jurisdicciones, fue impulsada y reforzada por la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, aprobada en 1985².

46. Como las leyes de arbitraje de algunos Estados no siempre se adaptan a las características y necesidades especiales de arbitraje comercial internacional y, en cualquier caso, no contienen normas que prevean todas las cuestiones

²Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 18.º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/40/17)*, párr. 332 y anexo I. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, recomendó “que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional”.

procesales que se pueden plantear en relación con el procedimiento arbitral, puede que las partes deseen adoptar un conjunto de normas que rijan el procedimiento arbitral. Si deciden que el arbitraje se realice por una institución, ésta les exigirá normalmente que se apliquen sus propias normas, y se negará a entender de un caso si las partes modificaran disposiciones de esas normas que la institución considerase fundamentales para su sistema de arbitraje. Muchas instituciones de arbitraje ofrecen la posibilidad de optar entre dos o más conjuntos de normas y normalmente permiten a las partes modificarlas, en particular aquellas normas que no afectan a la realización del arbitraje por la institución. Si la institución no exige a las partes que apliquen un conjunto determinado de normas de arbitraje o que elijan entre conjuntos de normas determinados, o si las partes optan por un arbitraje ad hoc, podrán elegir libremente el conjunto de normas aplicable. Al escoger un conjunto de normas procesales, puede que las partes deseen considerar si son apropiadas para los casos internacionales y si es aceptable el procedimiento que regulan.

47. De las muchas normas de arbitraje establecidas por organizaciones internacionales o instituciones arbitrales, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI³ merece mención especial. Sus normas han demostrado ser aceptables en diferentes ordenamientos jurídicos y sistemas sociales y económicos, y se conocen y aplican ampliamente en todas las regiones del mundo. Las partes podrán utilizarlas en los arbitrajes ad hoc puros y también en los arbitrajes en que intervenga una autoridad nominadora, con prestación de servicios administrativos adicionales o sin ellos. Un considerable número de instituciones de arbitraje de todas las regiones del mundo han adoptado ese Reglamento como conjunto de normas propias que aplican a los casos internacionales, o se han ofrecido para actuar como autoridad nominadora. La mayoría de ellas presta servicios administrativos en los arbitrajes que se sustancian conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

iii) *Cuestiones prácticas que han de resolver las partes*

48. Las disposiciones sobre arbitraje del acuerdo de proyecto o del acuerdo separado de arbitraje deben prever también una serie de cuestiones prácticas como: el número de árbitros que integrarán el tribunal arbitral, el procedimiento para designarlos; el lugar donde se sustanciará el procedimiento y se dictará el laudo arbitral, y el idioma que se empleará en el procedimiento.

49. Cuando las normas de arbitraje van acompañadas de un modelo de cláusula o una institución arbitral lo sugiere, la adopción de esa cláusula por las partes aumentará la seguridad

y eficacia de la cláusula compromisoria. Algunos modelos de cláusula, como el que acompaña al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sugieren que las partes resuelvan esas cuestiones prácticas mediante acuerdo.

d) *Cuestiones especiales relativas a la aplicación de los acuerdos de arbitraje*

50. Si se considera conveniente dejar a las partes en libertad de elegir el mecanismo de solución de controversias, incluido el arbitraje, es aconsejable considerar si se necesitará autorización legislativa expresa. Esa autorización se necesitará cuando, por la tradición de la competencia exclusiva de los tribunales judiciales en materia de concesiones públicas, no se permita el arbitraje o sea dudoso que las partes en un acuerdo de proyecto puedan elegirlo libremente.

i) *Inmunidad soberana*

51. Cuando se permita el arbitraje y lo convengan las partes en el acuerdo de proyecto, la aplicación del acuerdo de arbitraje podrá verse frustrada o estorbada si la entidad pública puede alegar la inmunidad de la administración pública, ya sea para impedir la iniciación del procedimiento arbitral o como excepción al reconocimiento y ejecución del laudo. A veces la legislación en esta materia no es clara, lo que puede dar lugar a la preocupación de los inversionistas y de la parte que celebre un contrato con la autoridad contratante en el sentido de que la cláusula compromisoria pueda resultar ineficaz. A fin de alejar esas posibles preocupaciones, es conveniente examinar la legislación en la materia e indicar hasta qué punto la autoridad contratante podrá alegar la inmunidad soberana.

52. Aplicando conceptos de derecho privado, en la medida en que pueden aplicarse a la cuestión de si puede aducirse la inmunidad pública para impedir la iniciación de un procedimiento arbitral, o aplicando los principios desarrollados en la legislación y la jurisprudencia de algunos Estados, la cláusula compromisoria puede considerarse como una renuncia a la inmunidad del Estado.

53. Aun en el caso de que el laudo haya sido contrario a la autoridad contratante, ésta puede alegar la inmunidad para impedir la ejecución sobre bienes públicos. Hay diversos enfoques de esta clase de inmunidad. Por ejemplo, en algunas legislaciones nacionales la inmunidad no se extiende a las entidades públicas que se dedican a actividades mercantiles. En otras leyes nacionales, se requiere la existencia de una vinculación entre el bien de que se trate y la reclamación, en el sentido de que, por ejemplo, no se podrá alegar inmunidad con respecto a fondos asignados a actividades económicas o comerciales sometidas al derecho privado en que se base la reclamación, o no se podrá alegar inmunidad con respecto a bienes que la administración pública reserve para sus actividades mercantiles. En algunos países se estima que incumbe a la administración pública demostrar que los bienes de que se trate se destinan a usos no comerciales.

54. En algunos contratos que afectan a entidades que podrían aducir inmunidad soberana, se han incluido cláusulas en el sentido de que la administración pública renuncia a su derecho a alegarla. Ese consentimiento o renuncia podría estar contenido en un acuerdo internacional o limitarse a reco-

³Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su noveno período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/31/17)*, párr. 57 (*Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, vol. VII: 1976, primera parte, II, A (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.77.V.1)). El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se ha reproducido en forma de folleto (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.77.V.6). La Asamblea General de las Naciones Unidas ha recomendado la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su resolución 31/98, de 15 de diciembre de 1976.

nocer que determinados bienes se utilizan con fines comerciales o se tiene la intención de utilizarlos con esos fines. Esas cláusulas por escrito se utilizan porque no resulta claro si la concertación de un acuerdo de arbitraje y la participación en procedimientos arbitrales por la entidad pública constituyen una renuncia implícita a la inmunidad soberana en materia de ejecución.

55. Puede que el legislador desee examinar sus leyes en esta materia y, en la medida en que lo considere aconsejable, aclarar cuáles son las esferas en que las entidades públicas no podrán aducir inmunidad soberana.

ii) *Ejecutoriedad del laudo arbitral*

56. La eficacia de un acuerdo de sometimiento a arbitraje depende también de la legislación que regule el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. Esas disposiciones legislativas fueron armonizadas por la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)⁴, que, entre otras cosas, se ocupa del reconocimiento de un acuerdo de arbitraje y de los motivos por los que un tribunal puede negarse a reconocer o ejecutar un laudo. La Convención ha sido suscrita por un número elevado de países y en general se estima que establece un régimen aceptable y equilibrado para el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales. El hecho de que el país anfitrión sea parte en la Convención se considerará probablemente como elemento esencial al evaluar la seguridad jurídica de los compromisos vinculantes y la fiabilidad del arbitraje como método para resolver las controversias que se planteen con las partes procedentes de dicho país.

57. De acuerdo con su artículo I, la Convención se aplica al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales “dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias”. En consecuencia, si el lugar del arbitraje se encuentra en el país anfitrión, los tribunales de dicho país no aplicarán normalmente la Convención a los laudos dictados en él, aunque el país anfitrión sea parte en la Convención. La aplicabilidad de un régimen de reconocimiento y ejecución distinto del de la Convención puede considerarse como un factor que aumenta la inseguridad del arbitraje como mecanismo de solución de controversias. Para evitar esa inseguridad, la empresa del proyecto puede estar interesada en llegar a un acuerdo con la autoridad contratante en el sentido de que todo arbitraje tendrá lugar en un país distinto del país anfitrión.

58. Para aumentar el atractivo del país anfitrión como lugar del arbitraje, el legislador puede decidir adoptar un régimen para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados en el país que sea esencialmente el mismo establecido en la Convención. Ese régimen está contenido en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que sigue de cerca la Convención de Nueva York de 1958 y se aplica a todas las sentencias arbitrales, tanto si se han dictado en el país que la promulgue, como en

un país extranjero. La redacción internacionalmente armonizada de las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo aumentará la transparencia de la legislación del país anfitrión a ese respecto.

59. La aplicabilidad en el país anfitrión de la Convención de Nueva York de 1958 y del régimen que toma por modelo dicha Convención para los laudos arbitrales no comprendidos en ella no elimina las posibilidades de que se frustre el reconocimiento y la ejecución de laudos dictados en el país anfitrión. Esto se debe a que una de las partes puede acudir a los tribunales judiciales del lugar en que se haya dictado el laudo para anularlo. La eficacia del arbitraje dependerá, pues, del régimen legislativo para la anulación de laudos arbitrales en el país en que se sustancie el arbitraje. Si ese régimen se considera insatisfactorio, en particular si permite anular un laudo por causas distintas de las que se consideran en general aceptables en el arbitraje comercial internacional, puede que alguna de las partes desee, por ese motivo, convenir en un lugar de arbitraje no situado en el país huésped. A fin de garantizar a todas las partes y en particular a los inversionistas privados que el laudo arbitral dictado en el país anfitrión no será anulado por causas extemporáneas, tal vez desee el país anfitrión considerar la adopción de un régimen que se estima en general apropiado para los asuntos comerciales internacionales. Ese régimen es el contenido en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI.

6. *Procedimiento judicial*

60. Con independencia de la cuestión de cómo se regule la materia en la legislación, al considerar si una controversia debe resolverse en un procedimiento judicial o si debe concertarse un acuerdo de arbitraje, los factores que normalmente tienen en cuenta las partes incluyen, por ejemplo, su confianza en que los tribunales judiciales competentes para decidir una controversia actuarán sin prejuicios y la controversia se resolverá sin demoras injustificadas. La eficiencia del sistema judicial nacional y la disponibilidad de formas de recurso judicial que sean adecuadas para las controversias que puedan surgir del acuerdo de proyecto son otros factores que habrá que tener en cuenta. En particular, una posibilidad de demora en las actuaciones judiciales puede derivarse de las posibilidades de recurrir contra una decisión judicial. Además, teniendo en cuenta que los proyectos de infraestructura implican normalmente cuestiones sumamente técnicas y complejas, las partes considerarán también las consecuencias de utilizar árbitros elegidos por sus conocimientos y experiencia especializados en comparación con el sistema judicial, que normalmente no se basa en la idea de que una controversia deba confiarse a un juez con conocimientos o experiencia específicos en la esfera en que se plantea la controversia. Otra consideración puede ser la confidencialidad del procedimiento arbitral, su relativa informalidad y, posiblemente, la mayor flexibilidad que pueden tener los árbitros para adoptar sus medidas correctoras apropiadas, todo lo cual puede ser beneficioso para conservar y desarrollar la relación a largo plazo implícita en los acuerdos de proyecto.

61. La autoridad contratante puede tener diversas razones para que toda controversia se resuelva por los tribunales del país anfitrión. Esos tribunales conocen bien las leyes del país, lo que con frecuencia incluye la legislación específica

⁴Véase *United Nations Treaties Series*, vol. 330, pág. 60, No. 4739 (1959), reproducido en *Registro de textos de convenciones y otros instrumentos relativos al derecho mercantil internacional*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.73.V.3).

directamente aplicable al acuerdo de proyecto. Además, la autoridad contratante y otros organismos gubernamentales del país anfitrión que podrían intervenir en la controversia pueden preferir los tribunales locales porque conocen los procedimientos judiciales y el idioma empleado en éstos. También se puede considerar, en la medida en que los acuerdos de proyecto afectan a cuestiones de orden público y a la protección del interés público, que los tribunales del país se encuentran mejor situados para hacerlos cumplir.

62. Sin embargo, esa opinión de la autoridad contratante no es compartida con frecuencia por la empresa del proyecto, los inversionistas, los financieros ni otras partes privadas que intervienen en el proyecto. A esas partes puede preocuparles que los tribunales del país anfitrión tengan prejuicios favorables a la autoridad contratante o que, en los procedimientos judiciales, políticas a corto plazo o consideraciones políticas puedan prevalecer sobre los intereses legítimos de los inversores privados. Pueden considerar también que es preferible el arbitraje al procedimiento judicial porque aquél, al estar sometido en mayor grado al acuerdo de las partes y no poder ser objeto de largas apelaciones, puede resolver una controversia de forma más eficiente. Otra razón puede ser que cierto número de personas de la empresa del proyecto no conozca el idioma del procedimiento judicial, lo que sería un obstáculo para su participación en esa clase de procedimientos.

63. Algunos países, incluidos los que tienen una tradición de competencia exclusiva de los tribunales en las cuestiones derivadas de las concesiones públicas, han llegado a la conclusión de que no hay razones importantes de interés público para no permitir a las partes en el acuerdo de proyecto convenir el mecanismo de solución de controversias que estimen más adecuado. En algunos países se ha visto también que dejar a las partes elegir el mecanismo de solución de controversias ayuda a atraer a la inversión extranjera para el desarrollo de la infraestructura.

64. Sin embargo, en otros ordenamientos no se permite convenir en un arbitraje, y la consecuencia es que se aplican las disposiciones sobre la competencia de los tribunales del país anfitrión. En los países en que los contratos públicos quedan sometidos a un régimen especial, puede ser aconsejable que el poder legislativo examine la idoneidad de las disposiciones sobre solución de controversias para los proyectos de infraestructura con financiación privada.

C. Solución de controversias comerciales

1. Observaciones generales

65. Además del acuerdo de proyecto, un proyecto de infraestructura con financiación privada requiere otros contratos. Las consideraciones de carácter legislativo que inspiren toda reglamentación de los mecanismos de solución de controversias dependerán de los tipos de contrato y de las características de las controversias que puedan derivarse. Esos contratos comprenderán por lo general los siguientes: *a)* acuerdos e instrumentos sociales concertados por los patrocinadores del proyecto; *b)* acuerdos de financiación y conexos; *c)* contratos de construcción; *d)* contratos de explotación y mantenimiento, y *e)* contratos de suministro de los bienes y servicios necesarios para la explotación y el mantenimiento de las instalaciones.

66. En los derechos nacionales se acepta por lo general que las partes en las transacciones comerciales y, en particular, en las transacciones comerciales internacionales, pueden convenir libremente el foro que decidirá de forma vinculante toda controversia que pueda surgir como consecuencia de esas transacciones. En las transacciones internacionales, el arbitraje se ha convertido en el método preferido, precedido o no por la conciliación o combinado con ella. En cuanto a los contratos que forman parte normalmente de las transacciones sobre infraestructura con financiación privada, en muchos países las partes pueden someter libremente las controversias a arbitraje, elegir el lugar de éste y determinar si todo asunto de arbitraje debe ser resuelto o no por una institución arbitral. Esto se aplica en particular a los tipos de contratos mencionados en el párrafo anterior. Esos contratos se consideran generalmente acuerdos comerciales a los que, en lo que se refiere a las cláusulas de solución de controversias, se aplican las normas generales sobre los contratos mercantiles. Los países que deseen crear un ambiente jurídico acogedor para los proyectos de infraestructura con financiación privada harían bien en examinar su legislación con respecto a esos contratos a fin de eliminar toda incertidumbre sobre la libertad de las partes para convenir mecanismos de solución de controversias de su elección.

2. Tipos específicos de contratos y controversias

a) Acuerdos e instrumentos sociales concertados por los patrocinadores del proyecto

67. Esos acuerdos pueden incluir, además de los instrumentos de fundación de la empresa del proyecto, por ejemplo, diversos acuerdos entre accionistas, acuerdos relativos a la aportación de fondos adicionales o acuerdos relativos a los derechos de voto. Las partes en esos instrumentos y acuerdos tienen normalmente una fuerte tendencia a resolver sus controversias mediante la conciliación voluntaria y no en procedimientos arbitrales o judiciales formales.

b) Acuerdos de financiación y conexos

68. Como los patrocinadores del proyecto facilitan directamente sólo una parte poco importante de la financiación y el resto se obtiene de diversos prestamistas e inversores, se concertan una serie de acuerdos de crédito, acuerdos de crédito a la exportación y otros instrumentos financieros con partes como bancos comerciales, instituciones de crédito públicas, instituciones de crédito internacionales y aseguradores de créditos a la exportación. Los prestamistas prestan atención especial a la seguridad jurídica, exigibilidad de las obligaciones financieras y validez jurídica de los acuerdos de garantía. Tienen tendencia a preferir los acuerdos que someten todas las controversias derivadas de ellos a los tribunales judiciales de los centros financieros internacionales. Sin embargo, en los instrumentos de crédito de algunos proyectos de infraestructura con financiación privada se ha previsto el arbitraje como método de resolver esa clase de controversias.

c) Contratos de construcción

69. Los contratos para construir las instalaciones se concertan con frecuencia por la empresa del proyecto, como

contratos llave en mano, ya sea con un contratista o un consorcio de contratistas, en un sólo instrumento o en varios⁵. Los miembros del consorcio de contratistas pueden concertar a su vez una serie de acuerdos adicionales entre ellos, con respecto, por ejemplo, al suministro de equipo y la prestación de diversos servicios.

70. La experiencia muestra que los contratos de construcción son especialmente propensos a dar lugar a controversias y que éstas presentan problemas que a menudo no existen en otros tipos de contratos. Ello se debe, por ejemplo, a la complejidad técnica de esos contratos, el número de empresas diferentes que participan en la construcción, la necesidad de modificaciones o las consecuencias de largo alcance que tienen los errores.

71. A menudo es conveniente resolver las controversias derivadas de los contratos de construcción mediante el arbitraje. Sin embargo, algunas controversias que pueden surgir de esos contratos no son de la competencia de los tribunales judiciales ni arbitrales, o no pueden resolverse convenientemente en procedimientos de esa índole (por ejemplo, las de naturaleza técnica, que tienen que resolverse con más rapidez de la que resulta posible en los procedimientos arbitrales o judiciales). Puede que las partes deseen prever que esas controversias se resolverán por un tercero, como un perito árbitro o una junta de examen de controversias (véanse párrafos 21 a 29).

72. En conexión con la construcción pueden surgir controversias que afecten a varias empresas. Por ejemplo, si la empresa del proyecto alega que la construcción es defectuosa, puede no saberse con seguridad cuál de los diversos contratistas que han intervenido es el responsable. Si la empresa del proyecto formula reclamaciones individuales contra cada contratista y esas reclamaciones se resuelven en procedimientos distintos por árbitros o tribunales judiciales diferentes, las decisiones que recaigan en los procedimientos pueden ser incompatibles. Eso podría ocurrir aunque todos los contratos se rigieran por la misma legislación y se podría traducir, por ejemplo, en la aplicación de normas procesales diferentes o en diferentes evaluaciones de las pruebas pertinentes. La solución de todas las reclamaciones conexas en un mismo procedimiento podría impedir que se dictaran decisiones incompatibles, facilitar la práctica de la prueba y reducir los costos. Sin embargo, los procedimientos multilaterales suelen ser más complicados y menos controlables, y alguna de las partes puede encontrar más difícil preparar y presentar sus argumentos en esa clase de procedimientos. Muchos ordenamientos jurídicos prevén medios para que las controversias que afecten a varias partes se resuelvan en un mismo procedimiento judicial multilateral. A fin de que las controversias que afecten a varias empresas se resuelvan en esa clase de procedimientos, puede ser conveniente que todos los contratos concertados por la empresa del proyecto para la construcción de las obras contengan una cláusula que conceda competencia exclusiva a algún tribunal judicial con facultades para incoar un procedimiento multilateral. Cuando se utiliza el arbitraje para resolver controversias, resulta más difícil organizar un procedimiento multilateral. Sin embargo, se pueden lograr algunas de las ventajas de los proce-

dimientos de esa índole si se designa a los mismos árbitros para resolver las controversias surgidas de todos los contratos relativos a la construcción.

73. En algunos ordenamientos jurídicos, la parte que trate de acumular los procedimientos arbitrales ante un solo tribunal arbitral puede presentar una solicitud en ese sentido a un tribunal judicial. En la mayoría de esos ordenamientos la solicitud debe basarse en el consentimiento de todas las partes interesadas. En algunas jurisdicciones, la solicitud de acumulación puede hacerse al tribunal o los tribunales arbitrales competentes. Los tribunales arbitrales que reciban la solicitud pueden consultarse a fin de dictar resoluciones de acumulación compatibles. Si no se dictan esas resoluciones, o si los tribunales que intervienen dictan resoluciones provisionales incompatibles entre sí, cualquiera de las partes puede acudir a los tribunales judiciales, que decidirán sobre la acumulación. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos que contienen disposiciones específicas en esta materia se puede dictar una resolución de acumulación cuando existe alguna cuestión de hecho o de derecho que sea común a todos los procedimientos, cuando el derecho a la reparación reclamada se derive de una misma transacción o si, por cualquier otro motivo, resulta conveniente la acumulación.

d) *Contrato o contratos entre la empresa del proyecto y la parte que explota y mantiene las instalaciones del proyecto*

74. Las controversias derivadas de los contratos de explotación y mantenimiento de las instalaciones del proyecto presentan con frecuencia problemas que no se dan en las derivadas de otros tipos de contratos. Esto se debe a su complejidad, al hecho de que los contratos se aplican durante un largo período y a que en la explotación y mantenimiento del proyecto participan varias empresas. Además, existe un importante interés público en que se cumplan oportuna y adecuadamente los contratos. Las controversias surgidas de ellos afectan a menudo a cuestiones sumamente técnicas relacionadas con los procesos de construcción y con la tecnología incorporada en el proyecto. Es especialmente importante que se resuelvan con rapidez a fin de no interrumpir el mantenimiento de las instalaciones ni la prestación del servicio público. Esas consideraciones deben tenerse en cuenta por las partes al determinar los mecanismos más apropiados de solución de controversias.

75. Lo mismo que las controversias relativas a la etapa de construcción, las surgidas en relación con la explotación de infraestructura pueden afectar a varias empresas, y se aplicarán también en ese contexto *mutatis mutandis* (véanse párrafos 72 y 73) las anteriores consideraciones relativas a los procedimientos entre diversas partes.

e) *Contratos de suministro de los bienes y servicios necesarios para la explotación y mantenimiento de las instalaciones*

76. Los contratos de suministro de los bienes y servicios necesarios para la explotación y mantenimiento de las instalaciones, lo mismo que los contratos mercantiles habituales, no plantean problemas especiales en el contexto de los proyectos de infraestructura con financiación privada. Sin em-

⁵Véase una descripción de los métodos de contratación en la industria de la construcción en la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales*, capítulo II.

bargo, en la medida en que algún organismo público del país anfitrión sea parte en cualquiera de esos contratos, pueden resultar pertinentes en este contexto consideraciones análogas a las relativas a las controversias entre la autoridad contratante y el concesionario (véanse párrafos 4 a 64).

D. Controversias que afecten a otras partes

1. Controversias entre el concesionario y sus clientes

77. Según el tipo de proyecto, los clientes del concesionario pueden comprender diversas personas y entidades, como, por ejemplo, una empresa pública de servicios que compre electricidad o agua a un concesionario para revenderla a los usuarios finales; empresas mercantiles, como compañías de navegación aérea o marítima que contraten la utilización de un aeropuerto o un puerto; o personas individuales que paguen por utilizar carreteras de peaje. Las consideraciones y políticas relativas a los contratos con los destinatarios finales de los bienes o servicios suministrados por la empresa del proyecto dependen de quiénes sean partes en esos contratos. Si los usuarios finales son empresas de servicios o empresas comerciales, las partes resolverán las controversias por los métodos usuales en los contratos mercantiles, incluido el arbitraje. Sin embargo, si los usuarios son consumidores, es decir, personas individuales que actúen con carácter no comercial, podrán aplicarse consideraciones especiales. Por ejemplo, en algunos países se ha considerado conveniente establecer la obligación legal de poner a disposición de los consumidores mecanismos especialmente simplificados y eficientes para resolver las controversias con el explotador de las instalaciones. Cuando esos mecanismos especiales existen, a menudo se prevé que sean optativos, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir a los tribunales que tiene el consumidor.

78. En algunos países existen disposiciones que regulan las controversias entre proveedores de servicios públicos, y compradores o usuarios de esos servicios. Esa regulación especial se limita normalmente a determinados sectores industriales y se aplica a las adquisiciones de bienes o servicios por consumidores individuales; la regulación, por ejemplo, prevé la obligación del proveedor de establecer un mecanismo para recibir y tratar las reclamaciones de los consumidores individuales y, en algunos casos, también métodos simplificados para resolver las controversias. Entre esos métodos pueden estar el arbitraje y la conciliación. Normalmente, esos mecanismos son optativos para el consumidor y no excluyen que las personas perjudicadas puedan recurrir a los tribunales. Normalmente se considera que no hay necesidad de regular específicamente la solución de controversias cuando los adquirentes o usuarios son entidades comerciales.

79. La necesidad de esas disposiciones especiales en materia de proyectos de infraestructura con financiación privada y la naturaleza de los mecanismos de solución de controversias previstos dependen de consideraciones como los tipos de bienes o servicios de que se trate, las entidades o personas que los adquieran y las políticas que inspiren los distintos sectores industriales. Por consiguiente, parece aconsejable dejar toda regulación de esa índole a las leyes espe-

cíficas del sector o a los reglamentos dictados de conformidad con esas leyes.

2. Procedimientos para resolver los desacuerdos entre el órgano regulador y el concesionario

80. Como se ha señalado anteriormente (véase el capítulo V, “Desarrollo y explotación de infraestructura”, __), en la etapa de explotación, la empresa del proyecto tendrá que cumplir una amplia serie de condiciones y normas para la explotación y mantenimiento de las instalaciones, que se especifican en las leyes, los reglamentos o el acuerdo de proyecto. Además de esas obligaciones, muchos países han establecido un régimen regulador en virtud del cual la autoridad contratante o un órgano regulador independiente ejercen una función de supervisión de la explotación de las instalaciones y el cumplimiento por la empresa del proyecto de las diversas condiciones, normas y decisiones adoptadas por el órgano regulador. Esos regímenes reguladores se establecen normalmente para sectores industriales determinados, como la producción de energía eléctrica, el tratamiento del agua, el saneamiento o el transporte público.

81. Las características principales de los diversos sistemas reguladores, mecanismos institucionales y procedimientos de regulación, incluida la cuestión de la autonomía del órgano regulador con respecto a la administración pública, se han examinado en otro lugar de la *Guía* (véase el capítulo I, “Consideraciones generales sobre la legislación”, __). Con independencia de si las decisiones reguladoras principales se adoptan por algún departamento público (como un ministerio) o por un órgano regulador independiente, hace falta un mecanismo en virtud del cual el explotador de las instalaciones pueda solicitar el examen de las decisiones reguladoras cuando existan desacuerdos entre el órgano regulador y el explotador. Lo mismo que en todo el proceso regulador, es esencial un alto grado de transparencia y credibilidad. Para ser creíble, el examen deberá confiarse a alguna entidad que sea independiente del órgano regulador que tomó la decisión original, de las autoridades políticas del país anfitrión y de las empresas reguladas.

82. En muchos ordenamientos jurídicos, el examen de las decisiones de los órganos reguladores es competencia de los tribunales de justicia. Sin embargo, si existen preocupaciones con respecto al procedimiento judicial de examen (por ejemplo, en lo que se refiere a posibles demoras o a la capacidad de los tribunales para hacer evaluaciones en los complejos asuntos económicos a que se refieren las decisiones reguladoras), puede ser más apropiado confiar las funciones de examen a otro órgano, al menos en primera instancia, sin perjuicio del recurso final a los tribunales de justicia. En algunos países, las solicitudes de examen se someten a algún órgano de supervisión independiente, de alto nivel e intersectorial. Hay también países en los que conoce de las solicitudes de examen un grupo compuesto por personas que desempeñan funciones judiciales o académicas determinadas. En cuanto a los motivos en que puede basarse una solicitud de examen, en muchos casos hay límites, en particular en cuanto al derecho del órgano de apelación a sustituir por su propia evaluación discrecional de los hechos la estimación realizada por el órgano cuya decisión examina.

IV. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN

A. Prácticas internacionales en materia de cartas de crédito contingente (ISP98): informe del Secretario General (A/CN.9/459) [Original: inglés]

1. Por carta de 3 de marzo de 1999 (véase el anexo I), el Director del Instituto de Derecho y Prácticas Bancarias Internacionales (Institute of International Banking Law and Practice, Inc.) pidió a la Comisión que considerara la posibilidad de dar su respaldo a la adopción mundial de las nuevas Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de cartas de crédito contingente (ISP98). El texto original de las ISP98 figura en el anexo IV en las versiones francesa e inglesa, que son las únicas actualmente disponibles. La Cámara de Comercio Internacional (CCI), que aprobó su texto y lo publicó como publicación No. 590 de la CCI, está preparando actualmente traducciones de las ISP98 a otros idiomas.

2. Como se dice en la portada de esa publicación,

“Las ISP98 tratan de colmar una laguna importante en la normativa de las cartas de crédito contingente. Pese a sus similitudes con las cartas de crédito comerciales y otros instrumentos financieros, la carta de crédito contingente presenta notables divergencias tanto de alcance como de aplicación práctica. Además, se ha reconocido que las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios (RUU), cuyo régimen goza de aceptación internacional para las cartas de crédito comerciales, no resultan apropiados para todas las formas de cartas de crédito contingente. Hacía falta un nuevo juego de Reglas para ese poderoso instrumento del comercio y la finanza internacional, cuya utilización medida, en función de su valor, sobrepasa a la de los créditos comerciales en razón de 5 a 1.

“Las ISP98 son el fruto de una esmerada labor de selección de prácticas tomadas de una amplia gama de

usuarios de la carta de crédito contingente: banqueros, comerciantes, agencias de clasificación de valores bursátiles, tesoreros de sociedades, gestores del crédito de sociedades comerciales, autoridades públicas encargadas de la reglamentación bancaria. Al igual que sucedió con las RUU en el ámbito de los créditos comerciales, las ISP98 están llamadas a convertirse en la norma universal en materia de prácticas aplicables al empleo de la carta de crédito contingente en las operaciones internacionales.”

3. A título de antecedentes generales, cabe señalar el interés demostrado por la Comisión, desde sus orígenes, por el tema de los créditos documentarios y de las garantías bancarias. La Comisión dio su respaldo, en su segundo período de sesiones, a la versión de 1962 de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios (RUU) obrando de igual modo respecto de la versión de 1974 en su octavo período de sesiones, respecto de la versión de 1983 en su 17.º período de sesiones y respecto de la versión de 1993 en su 27.º período de sesiones.

4. En vista de la estrecha vinculación existente entre las ISP98 y la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995, el Secretario de la Comisión participó en la preparación de las ISP98 para velar por la coherencia entre estos dos textos complementarios. Su prólogo a la publicación de la CCI puede verse reproducido en el anexo III. En el prefacio que figura en el anexo II se da información adicional sobre los motivos que impulsaron a la preparación de las ISP98 y sobre algunos de sus rasgos más significativos.

ANEXO I

CARTA DEL PROFESOR JAMES E. BYRNE,
DIRECTOR DEL INSTITUTE OF INTERNATIONAL BANKING LAW AND PRACTICE, INC.

La finalidad de la presente carta no es otra que la de solicitar a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional que tenga a bien dar su aprobación a las Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente (ISP98).

Estas reglas de derecho privado sobre prácticas contractuales son aplicables a las cartas de crédito contingente. La idea de preparar un cuerpo de reglas a este respecto nació de las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales de la CNUDMI, que dio lugar a la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente. Estas reglas han sido por ello deliberadamente pensadas para que sirvan de complemento a la Convención cuyo texto se recomienda en el Prefacio oficial de las ISP98. La redacción en sí de las ISP98 se hizo en régimen de consulta periódica con la Secretaría de la CNUDMI y el Instituto ha aprovechado todas las actividades de promoción de las ISP98 para promover igualmente la adopción del régimen de la Convención.

Las ISP98 entraron en vigor el 1.º de enero de 1999. Han sido aprobadas por la Asociación de Servicios Financieros Internacionales y la Comisión de Técnica y Práctica Bancaria de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que la ha publicado como publicación No. 590 de la CCI. Los princi-

pales bancos emisores de cartas de crédito contingente están emitiendo sus cartas al amparo de su régimen, por lo que cabe prever que pasarán a ser en los próximos años la norma de la práctica comercial mundialmente aplicable en la materia.

Por razón de la estrecha vinculación de las ISP98 con la Convención de las Naciones Unidas sobre las Garantías, y por ser ya habitual que la CNUDMI otorgue su aprobación a reglas de prácticas comerciales similares, tales como las RU500 y las INCOTERM 1990, el Instituto desea solicitar oficialmente que la Comisión considere si procede ahora dar su aprobación a las ISP.

ANEXO II

© 1998 Institute of International Banking Law & Practice, Inc.

Reservados todos los derechos. Queda prohibida la reproducción por cualquier medio de la totalidad o de cualquier parte del presente trabajo sin una autorización escrita expresa.

Con la aprobación de la Asociación de Servicios Financieros Internacionales y de la Comisión Bancaria de la CCI

PREFACIO

Las Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente (ISP98) son fiel reflejo de las prácticas, reglas y usos generalmente aceptados en materia de cartas de crédito contingente. Esas prácticas vienen a ser el régimen propio de las cartas de crédito contingente al igual que las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios (RUU) y las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación (RUG) vienen a ser el régimen propio de las cartas de crédito comerciales y de las garantías bancarias independientes, respectivamente.

La formulación de las prácticas aplicables en materia de cartas de crédito contingentes en forma de un régimen independiente es buena muestra de la madurez e importancia que ha adquirido este nuevo instrumento financiero. El número de cartas de crédito contingente en circulación sobrepasa en gran medida al de cartas de crédito comerciales. Si bien la noción de carta de crédito contingente (*Standby*) sigue siendo relacionada con los Estados Unidos por ser éste el país de donde procede este instrumento y ser también el país donde más se utiliza, no deja por ello de ser un instrumento financiero genuinamente internacional. En los Estados Unidos de América circulan ya más cartas de crédito contingente emitidas por bancos no radicados en los Estados Unidos de América que por bancos autóctonos de este país. La circulación de cartas de crédito contingente va además en aumento en todo el mundo.

Las cartas de crédito contingente se emiten como respaldo del pago de una obligación, vencida o incumplida, nacida de un anticipo o préstamo de dinero, o como respaldo del pago debido a raíz de que se produzca o no se produzca algún otro hecho contingente.

Por razones de conveniencia, se acostumbra a clasificar la carta de crédito contingente (*Standby*) para fines descriptivos (y sin consecuencia alguna para la aplicación de las ISP 98) en razón de la función que desempeñe el instrumento así emitido respecto de la operación subyacente o en razón de otros factores no necesariamente relacionados con las cláusulas o condiciones consignadas en la propia carta de crédito contingente. Por ejemplo:

Una “carta de crédito contingente de caución del cumplimiento” (*Performance Standby*) respalda el cumplimiento de una obligación que no sea de pago de una suma monetaria, incluida la de servir de cobertura de las pérdidas imputables a un incumplimiento del solicitante de la carta respecto de la operación subyacente.

Una “carta de crédito contingente de caución de un anticipo” (*Advance Payment Standby*) respalda la obligación de saldar el anticipo efectuado por el beneficiario de la carta al solicitante de la misma.

Una “carta de crédito contingente de caución de una oferta” (*Bid Bond/Tender Bond Standby*) respalda el cumplimiento de la obligación del solicitante de firmar un contrato si su oferta sale ganadora.

La “contracarta de crédito contingente” (*Counter Standby*) se emite como respaldo de la emisión de otra carta de crédito contingente o de alguna otra promesa de pago por el beneficiario de la contracarta de crédito contingente.

Una “carta de crédito contingente financiera” (*Financial Standby*) respalda el cumplimiento de una obligación de pagar dinero, así como el pago de todo instrumento probatorio de una obligación de reembolsar dinero prestado.

Una carta de crédito contingente de “pago directo” (*Direct Pay*) respalda el pago de una obligación de pago subyacente vencida y suele emitirse en relación a una carta de crédito contingente financiera, pero sin referencia alguna al supuesto subyacente de incumplimiento.

Una “carta de crédito contingente de un seguro” (*Insurance Standby*) respalda una obligación de asegurar o reasegurar del solicitante.

Una “carta de crédito contingente comercial” (*Commercial Standby*) respalda las obligaciones de pago del solicitante respecto de ciertas mercaderías o servicios en el supuesto de que no se hayan pagado por algún otro método.

En el pasado, se han emitido muchas cartas de crédito contingente en el marco de las RUU aun cuando esas reglas habían sido pensadas para las cartas de crédito comerciales. El régimen de las RUU sirvió para reforzar los rasgos documentarios y la independencia de la carta de crédito contingente, así como para definir las normas de examen de la carta y de notificación en el supuesto de no ser aceptada, y sirvió de base para resistir a las presiones del mercado favorables a que se aceptaran ciertas prácticas poco recomendables, como la de la emisión de cartas de crédito contingente sin fecha de expiración.

Pese a estas valiosas contribuciones, pudo verse muy pronto que las RUU no eran plenamente aplicables ni idóneas para la carta de crédito contingente, como se reconoce en el artículo 1 de las RUU 500, que dispone que su régimen será aplicable a la carta de crédito contingente o *Standby* “en la medida en que sea aplicable”. Pero hasta las cartas de crédito contingente más sencillas (las que sólo requieren la presentación del documento) plantean problemas no previstos en las RUU. Otras cartas de crédito contingente más complejas (de plazo más largo o de prórroga automática, de transferencia a la vista, solicitando al beneficiario que emita su propia promesa a un tercero, y otras cartas por el estilo) requieren un régimen más especializado. Las ISP responden a esta necesidad.

Las ISP difieren de las RUU tanto por su estilo como por su enfoque, ya que su régimen deberá ser aceptado no sólo por banqueros y comerciantes sino también por una gama más amplia de profesionales que intervienen activamente en la práctica jurídica y comercial de la carta de crédito contingente, a saber, tesoreros y gestores del crédito de sociedades, agencias clasificadoras de valo-

res bursátiles, órganos reguladores y otras entidades de la administración pública, fiduciarios de *trust* y sus abogados o asesores jurídicos. Por tratarse de un instrumento que se espera esté disponible en el supuesto de controversias o de insolvencia del solicitante, su texto acostumbra a ser examinado con más atención que la habitual en el mercado de las cartas de crédito comerciales. Por todo ello, las ISP han sido asimismo redactadas en términos que puedan servir también de orientación para los abogados y jueces en la interpretación de la práctica comercial de la carta de crédito contingente.

Las diferencias de fondo dimanar ya sea de prácticas diferentes, ya sea de problemas diferentes o ya sea de la necesidad de una mayor precisión. Además, las ISP ofrecen definiciones básicas para el supuesto de que la carta de crédito contingente permita o exija la presentación de documentos por medios electrónicos. Dado que la carta de crédito contingente no suele requerir la presentación de un título negociable, la práctica comercial aplicable suele prestarse a la presentación de la carta por medios electrónicos, y las ISP contienen definiciones y reglas que facilitan esa forma de presentación. Las ISP han previsto el recurso eventual a mensajes de tipo S.W.I.F.T.

Al igual que las RUU para las cartas de crédito comerciales, el régimen de las ISP simplifica, normaliza y agiliza la emisión de cartas de crédito contingente y da una respuesta clara y aceptada por la comunidad comercial a los problemas que pueden plantearse. Existen similitudes básicas con el régimen de las RUU ya que la práctica de la carta de crédito contingente y la de la carta de crédito comercial son básicamente iguales. Ahora bien, aun en aquellos supuestos en los que un régimen duplica al otro, el régimen de las ISP acostumbra a ser más preciso, y explícito con miras a que la carta de crédito contingente sea más fiable si se cuestiona la aceptación de una carta o se reclama su pago.

Al igual que las RUU y las RUG, las ISP son aplicables a toda promesa independiente que se acoja explícitamente a su régimen. Con ello se soslaya la tarea engorrosa y a menudo imposible de distinguir una carta de crédito contingente de otras garantías independientes y, en muchos casos, de las cartas de crédito comerciales. Se deja por ello que sean las propias partes las que elijan el régimen que desean sea aplicable a la carta emitida. Cabe elegir las ISP para ciertos tipos de cartas de crédito contingente y las RUU o RUG para otros. Si bien no conviene utilizar las ISP para promesas de tipo accesorio, como las fianzas o los contratos de seguro, optar por su régimen puede servir para indicar que determinada promesa, que pudiera ser tenida por accesorio en el derecho interno, es en realidad una promesa independiente.

Para que las ISP sean aplicables a una carta de crédito contingente, la promesa deberá declarar que estas reglas son aplicables a la carta en términos de parecido alcance a los de los dos ejemplos siguientes:

La presente promesa se regirá por las Prácticas Internacionales en materia de cartas de crédito contingente 1998.

o

Sujeta a las ISP98.

Aun cuando el régimen de las ISP sea adaptable a cada supuesto por lo estipulado en el texto de la carta, cabe describirlo como un régimen neutral y bien adaptado a la mayoría de los supuestos y como un excelente punto de partida para negociar la solución idónea para otros supuestos. Su empleo ahorrará tiempo y gastos a las partes (y principalmente a los bancos emisores, confirmantes o beneficiarios de cartas de crédito contingente) en la negociación y redacción de sus cartas de crédito contingente.

Se ha procurado que el régimen de las ISP sea en todo compatible con el de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (que constituye una formulación valiosa y práctica del derecho básico aplicable a las garantías independientes y a las cartas de crédito contingente) así como con la normativa de derecho interno aplicable, ya sea legal

o jurisprudencial, a fin de incorporar la práctica comercial de las cartas de crédito contingente a la normativa en este campo del derecho interno aplicable. De entrar el régimen de las ISP en conflicto en algún punto con el derecho imperativo interno, como podría ser en lo relativo a la cesión por imperativo legal o estipulación contractual de la carta o del importe abonable, la norma decisiva será, claro está, la del derecho interno aplicable. No obstante, la mayoría de estas cuestiones no suelen ser objeto de normas de derecho interno y los profesionales del derecho mercantil buscarán normalmente inspiración en la práctica internacional recogida en las ISP al tratar de dar una solución legal progresiva a estos supuestos, especialmente cuando hayan de ocuparse de promesas transfronterizas. Cabe por ello esperar que, lejos de ser conflictivo, el régimen de las ISP sea complementario del derecho interno.

Las ISP han sido pensadas para su aplicación en procesos no sólo judiciales sino también arbitrales (tales como los tramitados siguiendo el sistema de arbitraje pericial ideado para la carta de crédito basado en el reglamento del International Center for Letter of Credit Arbitration (ICLOCA) o por el sistema de arbitraje comercial general de la CCI, así como en procesos tramitados por algún otro método de solución de controversias. Esa elección deberá hacerse expresamente y con la precisión debida. Como mínimo, deberá hacerse mediante una cláusula de remisión a las ISP98, en la que se estipule, por ejemplo, que “la presente promesa se emite con arreglo a las ISP98 y toda controversia que de ella derive o a ella referida deberá ser resuelta por arbitraje conforme al Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje para Cartas de Crédito ICLOCA (1996)”.

Aun cuando está ya prevista la traducción de las ISP a otros idiomas, y pese a que se verificará, en su momento, la fidelidad de esas traducciones, su texto oficial es el texto inglés de las ISP que será dirimente para la resolución de toda controversia de interpretación de su régimen.

Las ISP son el resultado de la labor desarrollada por el Grupo de Trabajo sobre ISP, bajo el patrocinio del Instituto de Derecho y Prácticas Bancarias Internacionales (Institute of International Banking Law & Practice, Inc.), que colaboró con centenares de personas a lo largo de un quinquenio y que dispuso de las observaciones presentadas por peritos, bancos y asociaciones nacionales e internacionales que intervienen activamente en este campo. En particular, se desea expresar reconocimiento por la participación en la labor preparatoria tanto de la International Financial Services Association (anteriormente la USCIB) de los Estados Unidos como del Grupo de Trabajo Especial que trabajó bajo la presidencia de Gary Collyer (que obtuvo la aprobación de su texto por la Comisión Bancaria de la CCI). Se desea expresar reconocimiento asimismo por el patrocinio y apoyo del Citibank N.A., The Chase Manhattan Bank, ABN-AMRO, Baker & McKenzie y del National Law Center for Inter-American Free Trade. Uno de los aspectos más significativos de las ISP es el de que su preparación marca un nuevo capítulo en la colaboración en el ámbito internacional entre la comunidad bancaria internacional y la comunidad jurídica. A este respecto cabe señalar que la activa colaboración en este proceso de la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ha sido de incalculable valor.

Las ISP están en forma de un reglamento de uso diario y de manejo sencillo. No tienen por objeto informar sobre la carta de crédito contingente y sus aplicaciones. Si bien se reconoce que algunas de sus reglas no perderían nada de ser objeto de algún comentario explicativo, no se ha adjuntado ningún comentario de las ISP por temor de que esos comentarios restaran a las reglas su carácter de texto de consulta sencilla. En su lugar, la documentación introductoria y otros comentarios oficiales han sido publicados en *Official Commentary on the International Standby Practices (ISP98)*. Para obtener información y documentación auxiliar adicional y para conocer las novedades y plantear preguntas sobre las ISP, consúltese la página de ISP98 en Internet en la dirección: www.ISP98.com.

Para resolver toda cuestión eventual, facilitar la interpretación oficial de las reglas, y velar por su correcta evolución, el Institute of International Banking Law & Practice, Inc. ha creado un Consejo de Prácticas Internacionales relativas a la Carta de Crédito Contingente (Council on International Standby Practices) en el que es-

tán representadas las diversas tendencias que han contribuido a la formulación de las ISP y que ha recibido el encargo de mantener la integridad de su régimen en colaboración con el Instituto, la Comisión Bancaria de la CCI, la IFSA y diversas organizaciones de apoyo.

James G. Barnes
Baker & McKenzie
Vice Chair, ISP Working Group

Profesor James E. Byrne
Director, Institute of International
Banking Law & Practice, Inc.
Chair & Reporter, ISP Working Group

Gary W. Collyer
Chair, ICC Ad Hoc Working Group
Technical Adviser to the
ICC Banking Commission

ANEXO III

PRÓLOGO

Por Gerold Herrmann, Secretario, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

El haber colaborado en la redacción de las ISP98 ha sido para mí una experiencia a la vez interesante y enriquecedora. Pude así ser testigo (y prestar ahora testimonio) de la minuciosidad y sentido pragmático del proceso de redacción que estuvo a cargo de un grupo sumamente selecto de representantes de todos los sectores activamente interesados en la práctica de las cartas de crédito contingente, a saber: banqueros, en particular los gestores de operaciones comerciales con cartas de crédito de ámbito mundial, asesores jurídicos de bancos, abogados, personal académico, altos cargos públicos encargados de reglamentar este sector, tesoreros de sociedades e influyentes beneficiarios eventuales de este instrumento financiero. La abundancia de peritos, el capital de experiencia y la diversidad de intereses y perspectivas que estuvieron representados fueron de inestimable valor para determinar —a la luz de ejemplos prácticos ilustrativos— la conveniencia y utilidad de las diversas reglas examinadas, decidiéndose, en cada caso, cuál de las soluciones funcionaría mejor y reflejaría la mejor práctica comercial en la materia.

Esa enseñanza continua dimanante de la labor preparatoria me ha convencido además —como hubiera convencido a otros— de las características especiales de funcionalidad y precisión práctica de la carta de crédito contingente. Esos rasgos especiales justifican y además reclaman una reglamentación contractual especial de este instrumento comercial. La labor de cotejo continuo con las RUU (pensadas para las cartas de crédito comerciales) reveló que un número apreciable de los artículos de este instrumento no resultaban adecuados para la carta de crédito contingente y que un número también apreciable de cuestiones de suma importancia para la práctica de la carta de crédito contingente no habían sido en modo alguno resueltas en las RUU. Si bien existe una disparidad similar entre la práctica de la carta de crédito contingente y la de las garantías independientes (la garantía bancaria o pagadera a su reclamación de tipo europeo), esa disparidad es particular si no exclusivamente evidente para ciertos tipos de cartas de crédito (por ejemplo, la carta de crédito financiera, la carta de crédito de pago directo) que hasta la fecha se han utilizado sólo muy raras veces en la práctica para fines de garantía. Por estas y otras razones, incluida la firmeza de la promesa, no me sorprendería ver que se están emitiendo no sólo cartas de crédito contingente acogidas al régimen de las ISP98 sino también algunas garantías pagaderas a su reclamación.

Como persona que ha consagrado muchos años de su vida profesional a la unificación del derecho, me ha sido particularmente grato participar en la labor preparatoria de este nuevo instrumento por estimar que guardaba una relación estrecha con otros esfuerzos de armonización y reforma del derecho. Además de su concordancia con el régimen del artículo 5 UCC de los Estados Unidos de América (régimen legal de la carta de crédito contingente en su país de origen) y de su contacto igualmente cercano (y de duplicación incluso personal) con el grupo encargado de revisar las RUU 1993, me refiero aún más en particular al esfuerzo de armonización con la labor de la CNUDMI que culminó en la aprobación por la Asamblea General en 1995 de la “Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente”. La idea de preparar un régimen funcional especial para la carta de crédito contingente fue fruto de la intensa labor de cotejo del derecho interno aplicable así como de los dos instrumentos cuyo régimen se deseaba casar con el de la nueva Convención. En esos trabajos la novia y el novio fueron presentados a sus futuras familias que aprovecharon la ocasión para examinarlos con ojos sumamente críticos, por lo que cabe decir que la labor preparatoria de la CNUDMI en orden a la aprobación de esa Convención puede ser una lectura sumamente instructiva (al igual que los extractos de las decisiones judiciales que se publican en la serie jurisprudencial de la CNUDMI denominada CLOUT; página de Internet: www.un.or.at/uncitral). Para mí fue particularmente grato el observar que en la labor preparatoria de las ISP98 se hacían continuas referencias a uno u otro punto de la Convención de la CNUDMI a fin de velar por la coherencia entre ambos textos. Me produjo particular placer oír a uno de los más prestigiosos expertos mundiales en la carta de crédito contingente observar a su colega bancario: “Cuanto más examino la Convención de las Naciones Unidas más me gusta su texto”.

La labor de coordinación y cooperación en tareas de armonización y modernización universal del derecho, a la que aquí nos referimos, es sumamente importante e incluso necesaria por razón de la interdependencia (a menudo olvidada o ignorada) entre los dos niveles, de índole muy diversa, de la normativa aplicable en la vida comercial: el nivel contractual, que por vía de remisión hace que sean aplicables a determinado contrato reglas como las ISP98, las RUU 500 o las RUG en virtud del acuerdo entre las partes interesadas, y el nivel legal, en el que regímenes de origen internacional como la Convención de las Naciones Unidas o de derecho interno (por ejemplo, el artículo 5 UCC de los Estados Unidos de América) reconocen y dan plena validez a ese ejercicio de la autonomía contractual de las partes, al tiempo que regulan ciertas cuestiones que sólo cabe resolver eficazmente a nivel legal (por ejemplo, normas aplicables en materia de excepciones oponibles por motivo de fraude, medidas cautelares y otros asuntos judiciales). Por ello, las ISP98 y la Convención se complementan admirablemente para sentar juntas las bases para el buen funcionamiento, a escala mundial, de la práctica comercial en materia de cartas de crédito contingente.

ANEXO IV

RULE 1: GENERAL PROVISIONS

Scope, application, definitions and interpretation of these Rules

1.01 Scope and application

(a) These Rules are intended to be applied to standby letters of credit (including performance, financial, and direct pay standby letters of credit);

(b) A standby letter of credit or other similar undertaking, however named or described, whether for domestic or international use, may be made subject to these Rules by express reference to them;

(c) An undertaking subject to these Rules may expressly modify or exclude their application;

(d) An undertaking subject to these Rules is hereinafter referred to as a “standby”.

1.02 Relationship to law and other Rules

(a) These Rules supplement the applicable law to the extent not prohibited by that law;

(b) These Rules supersede conflicting provisions in any other rules of practice to which a standby letter of credit is also made subject.

1.03 Interpretative principles

These Rules shall be interpreted as mercantile usage with regard for:

(a) Integrity of standbys as reliable and efficient undertakings to pay;

(b) Practice and terminology of banks and businesses in day-to-day transactions;

(c) Consistency within the worldwide system of banking operations and commerce; and

(d) Worldwide uniformity in their interpretation and application.

1.04 Effect of the Rules

Unless the context otherwise requires, or unless expressly modified or excluded, these Rules apply as terms and conditions incorporated into a standby, confirmation, advice, nomination, amendment, transfer, request for issuance, or other agreement of:

- (i) the issuer;
- (ii) the beneficiary to the extent it uses the standby;
- (iii) any adviser;
- (iv) any confirmer;
- (v) any person nominated in the standby who acts or agrees to act; and
- (vi) the applicant who authorizes issuance of the standby or otherwise agrees to the application of these Rules.

1.05 Exclusion of matters related to due issuance and fraudulent or abusive drawing

These Rules do not define or otherwise provide for:

- (a) Power or authority to issue a standby;
- (b) Formal requirements for execution of a standby (e.g. a signed writing); or
- (c) Defences to honour based on fraud, abuse, or similar matters.

These matters are left to applicable law.

General principles

1.06 Nature of standbys

(a) A standby is an irrevocable, independent, documentary, and binding undertaking when issued and need not so state;

(b) Because a standby is irrevocable, an issuer's obligations under a standby cannot be amended or cancelled by the issuer except as provided in the standby or as consented to by the person against whom the amendment or cancellation is asserted;

(c) Because a standby is independent, the enforceability of an issuer's obligations under a standby does not depend on:

- (i) the issuer's right or ability to obtain reimbursement from the applicant;
- (ii) the beneficiary's right to obtain payment from the applicant;
- (iii) a reference in the standby to any reimbursement agreement or underlying transaction; or
- (iv) the issuer's knowledge of performance or breach of any reimbursement agreement or underlying transaction;

(d) Because a standby is documentary, an issuer's obligations depend on the presentation of documents and an examination of required documents on their face;

(e) Because a standby or amendment is binding when issued, it is enforceable against an issuer whether or not the applicant authorized its issuance, the issuer received a fee, or the beneficiary received or relied on the standby or the amendment.

1.07 Independence of the issuer-beneficiary relationship

An issuer's obligations toward the beneficiary are not affected by the issuer's rights and obligations toward the applicant under any applicable agreement, practice, or law.

1.08 Limits to responsibilities

An issuer is not responsible for:

- (a) Performance or breach of any underlying transaction;
- (b) Accuracy, genuineness, or effect of any document presented under the standby;
- (c) Action or omission of others even if the other person is chosen by the issuer or nominated person; or
- (d) Observance of law or practice other than that chosen in the standby or applicable at the place of issuance.

Terminology

1.09 Defined terms

In addition to the meanings given in standard banking practice and applicable law, the following terms have or include the meanings indicated below:

(a) Definitions

"Applicant" is a person who applies for issuance of a standby or for whose account it is issued, and includes (i) a person applying in its own name but for the account of another person, or (ii) an issuer acting for its own account.

"Beneficiary" is a named person who is entitled to draw under a standby. See Rule 1.11 (c) (ii).

"Business Day" means a day on which the place of business at which the relevant act is to be performed is regularly open; and "Banking Day" means a day on which the relevant bank is regularly open at the place at which the relevant act is to be performed.

"Confirmer" is a person who, upon an issuer's nomination to do so, adds to the issuer's undertaking its own undertaking to honour a standby. See Rule 1.11 (c) (i).

"Demand" means, depending on the context, either a request to honour a standby or a document that makes such request.

"Document" means a draft, demand, document of title, investment security, invoice, certificate of default, or any other representation of fact, law, right, or opinion, that upon presentation (whether in a paper or electronic medium), is capable of being examined for compliance with the terms and conditions of a standby.

"Drawing" means, depending on the context, either a demand presented or a demand honoured.

"Expiration Date" means the latest day for a complying presentation provided in a standby.

"Person" includes a natural person, partnership, corporation, limited liability company, government agency, bank, trustee, and any other legal or commercial association or entity.

"Presentation" means, depending on the context, either the act of delivering documents for examination under a standby or the documents so delivered.

"Presenter" is a person who makes a presentation as or on behalf of a beneficiary or nominated person.

"Signature" includes any symbol executed or adopted by a person with a present intent to authenticate a document.

(b) Cross references

"Amendment"—Rule 2.06

"Advice"—Rule 2.05

"Approximately" ("About" or "Circa")—Rule 3.08 (f)

"Assignment of proceeds"—Rule 6.06

"Automatic amendment"—Rule 2.06 (a)

"Copy"—Rule 4.15 (d)

"Cover instructions"—Rule 5.08

"Honour"—Rule 2.01

"Issuer"—Rule 2.01

"Multiple presentations"—Rule 3.08 (b)

"Nominated person"—Rule 2.04

"Non-documentary conditions"—Rule 4.11

"Original"—Rule 4.15 (b) and (c)

"Partial drawing"—Rule 3.08 (a)

"Standby"—Rule 1.01 (d)

"Transfer"—Rule 6.01

"Transferee beneficiary"—Rule 1.11 (c) (ii)

"Transfer by operation of law"—Rule 6.11

(c) Electronic presentations

The following terms in a standby providing for or permitting electronic presentation shall have the following meanings unless the context otherwise requires:

"Electronic record" means:

- (i) a record (information that is inscribed on a tangible medium or that is stored in an electronic or other medium and is retrievable in perceivable form);
- (ii) communicated by electronic means to a system for receiving, storing, re-transmitting, or otherwise processing information (data, text, images, sounds, codes, computer programs, software, databases, and the like); and
- (iii) capable of being authenticated and then examined for compliance with the terms and conditions of the standby.

"Authenticate" means to verify an electronic record by generally accepted procedure or methodology in commercial practice:

- (i) the identity of a sender or source; and
- (ii) the integrity of or errors in the transmission of information content.

The criteria for assessing the integrity of information in an electronic record is whether the information has remained complete and unaltered, apart from the addition of any endorsement and any change which arises in the normal course of communication, storage, and display.

"Electronic signature" means letters, characters, numbers, or other symbols in electronic form, attached to or logically associated with an electronic record that are executed or adopted by a party with present intent to authenticate an electronic record.

"Receipt" occurs when:

- (i) an electronic record enters in a form capable of being processed by the information system designated in the standby; or
- (ii) an issuer retrieves an electronic record sent to an information system other than that designated by the issuer.

1.10 Redundant or otherwise undesirable terms

- (a) A standby should not or need not state that it is:
 - (i) unconditional or abstract (if it does, it signifies merely that payment under it is conditioned solely on presentation of specified documents);
 - (ii) absolute (if it does, it signifies merely that it is irrevocable);
 - (iii) primary (if it does, it signifies merely that it is the independent obligation of the issuer);
 - (iv) payable from the issuer's own funds (if it does, it signifies merely that payment under it does not depend on the availability of applicant funds and is made to satisfy the issuer's own independent obligation);
 - (v) clean or payable on demand (if it does, it signifies merely that it is payable upon presentation of a written demand or other documents specified in the standby);

(b) A standby should not use the term "and/or" (if it does it means either or both);

(c) The following terms have no single accepted meaning:

- (i) and shall be disregarded:
 - "callable",
 - "divisible",
 - "fractionable",
 - "indivisible", and
 - "transmissible":
- (ii) and shall be disregarded unless their context gives them meaning:
 - "assignable",
 - "evergreen",
 - "reinstate", and
 - "revolving".

1.11 Interpretation of these Rules

(a) These Rules are to be interpreted in the context of applicable standard practice;

(b) In these Rules, "standby letter of credit" refers to the type of independent undertaking for which these Rules were intended, whereas "standby" refers to an undertaking subjected to these Rules;

(c) Unless the context otherwise requires:

- (i) "issuer" includes a "confirmer" as if the confirmer were a separate issuer and its confirmation were a separate standby issued for the account of the issuer;
- (ii) "beneficiary" includes a person to whom the named beneficiary has effectively transferred drawing rights ("transferee beneficiary");
- (iii) "including" means "including but not limited to";

(iv) "A or B" means "A or B or both"; "either A or B" means "A or B, but not both"; and "A and B" means "both A and B";

(v) words in the singular number include the plural, and in the plural include the singular; and

(vi) words of the neuter gender include any gender;

(d) (i) use of the phrase "unless a standby otherwise states" or the like in a rule emphasizes that the text of the standby controls over the rule;

(ii) absence of such a phrase in other rules does not imply that other rules have priority over the text of the standby;

(iii) addition of the term "expressly" or "clearly" to the phrase "unless a standby otherwise states" or the like emphasizes that the rule should be excluded or modified only by wording in the standby that is specific and unambiguous; and

(iv) while the effect of all of these Rules may be varied by the text of the standby, variations of the effect of some of these Rules may disqualify the standby as an independent undertaking under applicable law;

(e) The phrase "stated in the standby" or the like refers to the actual text of a standby (whether as issued or effectively amended), whereas the phrase "provided in the standby" or the like refers to both the text of the standby and these Rules as incorporated.

RULE 2: OBLIGATIONS

2.01 Undertaking to honour by issuer and any confirmer to beneficiary

(a) An issuer undertakes to the beneficiary to honour a presentation that appears on its face to comply with the terms and conditions of the standby in accordance with these Rules supplemented by standard standby practice;

(b) An issuer honours a complying presentation made to it by paying the amount demanded of it at sight, unless the standby provides for honour:

(i) by acceptance of a draft drawn by the beneficiary on the issuer, in which case the issuer honours by:

(a) timely accepting the draft; and

(b) thereafter paying the holder of the draft on presentation of the accepted draft on or after its maturity;

(ii) by deferred payment of a demand made by the beneficiary on the issuer, in which case the issuer honours by:

(a) timely incurring a deferred payment obligation; and

(b) thereafter paying at maturity;

(iii) by negotiation, in which case the issuer honours by paying the amount demanded at sight without recourse;

(c) An issuer acts in a timely manner if it pays at sight, accepts a draft, or undertakes a deferred payment obligation (or if it gives notice of dishonour) within the time permitted for examining the presentation and giving notice of dishonour;

(d) (i) a confirmer undertakes to honour a complying presentation made to it by paying the amount demanded of it at sight or, if the standby so states, by another method of honour consistent with the issuer's undertaking;

- (ii) if the confirmation permits presentation to the issuer, then the confirmer undertakes also to honour upon the issuer's wrongful dishonour by performing as if the presentation had been made to the confirmer;
- (iii) if the standby permits presentation to the confirmer, then the issuer undertakes also to honour upon the confirmer's wrongful dishonour by performing as if the presentation had been made to the issuer;

(e) An issuer honours by paying in immediately available funds in the currency designated in the standby unless the standby states it is payable by:

- (i) payment of a monetary unit of account, in which case the undertaking is to pay in that unit of account; or
- (ii) delivery of other items of value, in which case the undertaking is to deliver those items.

2.02 *Obligation of different branches, agencies, or other offices*

For the purposes of these Rules, an issuer's branch, agency, or other office acting or undertaking to act under a standby in a capacity other than as issuer is obligated in that capacity only and shall be treated as a different person.

2.03 *Conditions to issuance*

A standby is issued when it leaves an issuer's control unless it clearly specifies that it is not then "issued" or "enforceable". Statements that a standby is not "available", "operative", "effective", or the like do not affect its irrevocable and binding nature at the time it leaves the issuer's control.

2.04 *Nomination*

(a) A standby may nominate a person to advise, receive a presentation, effect a transfer, confirm, pay, negotiate, incur a deferred payment obligation, or accept a draft;

(b) Nomination does not obligate the nominated person to act except to the extent that the nominated person undertakes to act;

(c) A nominated person is not authorized to bind the person making the nomination.

2.05 *Advice of standby or amendment*

(a) Unless an advice states otherwise, it signifies that:

- (i) the adviser has checked the apparent authenticity of the advised message in accordance with standard letter of credit practice; and
- (ii) the advice accurately reflects what has been received;

(b) A person who is requested to advise a standby and decides not to do so should notify the requesting party.

2.06 *When an amendment is authorized and binding*

(a) If a standby expressly states that it is subject to "automatic amendment" by an increase or decrease in the amount available, an extension of the expiration date, or the like, the amendment is effective automatically without any further notification or consent beyond that expressly provided for in the standby. (Such an amendment may also be referred to as becoming effective "without amendment");

(b) If there is no provision for automatic amendment, an amendment binds:

- (i) the issuer when it leaves the issuer's control; and
- (ii) the confirmer when it leaves the confirmer's control, unless the confirmer indicates that it does not confirm the amendment;

(c) If there is no provision for automatic amendment:

- (i) the beneficiary must consent to the amendment for it to be binding;
- (ii) the beneficiary's consent must be made by an express communication to the person advising the amendment unless the beneficiary presents documents which comply with the standby as amended and which would not comply with the standby prior to such amendment; and
- (iii) an amendment does not require the applicant's consent to be binding on the issuer, the confirmer, or the beneficiary;

(d) Consent to only part of an amendment is a rejection of the entire amendment.

2.07 *Routing of amendments*

(a) An issuer using another person to advise a standby must advise all amendments to that person;

(b) An amendment or cancellation of a standby does not affect the issuer's obligation to a nominated person that has acted within the scope of its nomination before receipt of notice of the amendment or cancellation;

(c) Non-extension of an automatically extendable (renewable) standby does not affect an issuer's obligation to a nominated person who has acted within the scope of its nomination before receipt of a notice of non-extension.

RULE 3: PRESENTATION

3.01 *Complying presentation under a standby*

A standby should indicate the time, place and location within that place, person to whom, and medium in which presentation should be made. If so, presentation must be so made in order to comply. To the extent that a standby does not so indicate, presentation must be made in accordance with these Rules in order to be complying.

3.02 *What constitutes a presentation?*

The receipt of a document required by and presented under a standby constitutes a presentation requiring examination for compliance with the terms and conditions of the standby even if not all of the required documents have been presented.

3.03 *Identification of standby*

(a) A presentation must identify the standby under which the presentation is made;

(b) A presentation may identify the standby by stating the complete reference number of the standby and the name and location of the issuer or by attaching the original or a copy of the standby;

(c) If the issuer cannot determine from the face of a document received that it should be processed under a standby or cannot iden-

tify the standby to which it relates, presentation is deemed to have been made on the date of identification.

3.04 *Where and to whom complying presentation made*

(a) To comply, a presentation must be made at the place and any location at that place indicated in the standby or provided in these Rules;

(b) If no place of presentation to the issuer is indicated in the standby, presentation to the issuer must be made at the place of business from which the standby was issued;

(c) If a standby is confirmed, but no place for presentation is indicated in the confirmation, presentation for the purpose of obligating the confirmer (and the issuer) must be made at the place of business of the confirmer from which the confirmation was issued or to the issuer.

(d) If no location at a place of presentation is indicated (such as department, floor, room, station, mail stop, post office box, or other location), presentation may be made to:

- (i) the general postal address indicated in the standby;
- (ii) any location at the place designated to receive deliveries of mail or documents; or
- (iii) any person at the place of presentation actually or apparently authorized to receive it.

3.05 *When timely presentation made*

(a) A presentation is timely if made at any time after issuance and before expiry on the expiration date;

(b) A presentation made after the close of business at the place of presentation is deemed to have been made on the next business day.

3.06 *Complying medium of presentation*

(a) To comply, a document must be presented in the medium indicated in the standby;

(b) Where no medium is indicated, to comply a document must be presented as a paper document, unless only a demand is required, in which case:

- (i) a demand that is presented via S.W.I.F.T., tested telex, or other similar authenticated means by a beneficiary that is a S.W.I.F.T. participant or a bank complies; otherwise
- (ii) a demand that is not presented as a paper document does not comply unless the issuer permits, in its sole discretion, the use of that medium;

(c) A document is not presented as a paper document if it is communicated by electronic means even if the issuer or nominated person receiving it generates a paper document from it;

(d) Where presentation in an electronic medium is indicated, to comply a document must be presented as an electronic record capable of being authenticated by the issuer or nominated person to whom it is presented.

3.07 *Separateness of each presentation*

(a) Making a non-complying presentation, withdrawing a presentation, or failing to make any one of a number of scheduled or permitted presentations does not waive or otherwise prejudice the right to make another timely presentation or a timely represen-

tation whether or not the standby prohibits partial or multiple drawings or presentations;

(b) Wrongful dishonour of a complying presentation does not constitute dishonour of any other presentation under a standby or repudiation of the standby;

(c) Honour of a non-complying presentation, with or without notice of its non-compliance, does not waive requirements of a standby for other presentations.

3.08 *Partial drawing and multiple presentations; amount of drawings*

(a) A presentation may be made for less than the full amount available ("partial drawing");

(b) More than one presentation ("multiple presentations") may be made;

(c) The statement "partial drawings prohibited" or a similar expression means that a presentation must be for the full amount available;

(d) The statement "multiple drawings prohibited" or a similar expression means that only one presentation may be made and honoured but that it may be for less than the full amount available;

(e) If a demand exceeds the amount available under the standby, the drawing is discrepant. Any document other than the demand stating an amount in excess of the amount demanded is not discrepant for that reason;

(f) Use of "approximately", "about", "circa", or a similar word permits a tolerance not to exceed 10 per cent more or 10 per cent less of the amount to which such word refers.

3.09 *Extend or pay*

A beneficiary's request to extend the expiration date of the standby or, alternatively, to pay the amount available under it:

(a) Is a presentation demanding payment under the standby, to be examined as such in accordance with these Rules; and

(b) Implies that the beneficiary:

- (i) consents to the amendment to extend the expiry date to the date requested;
- (ii) requests the issuer to exercise its discretion to seek the approval of the applicant and to issue that amendment;
- (iii) upon issuance of that amendment, retracts its demand for payment; and
- (iv) consents to the maximum time available under these Rules for examination and notice of dishonour.

3.10 *No notice of receipt of presentation*

An issuer is not required to notify the applicant of receipt of a presentation under the standby.

3.11 *Issuer waiver and applicant consent to waiver of presentation rules*

In addition to other discretionary provisions in a standby or these Rules, an issuer may, in its sole discretion, without notice to or consent of the applicant and without effect on the applicant's obligations to the issuer, waive:

(a) The following Rules and any similar terms stated in the standby which are primarily for the issuer's benefit or operational convenience:

- (i) treatment of documents received, at the request of the presenter, as having been presented at a later date (Rule 3.02);
- (ii) identification of a presentation to the standby under which it is presented (Rule 3.03 (a));
- (iii) where and to whom presentation is made (Rule 3.04 (b), (c), and (d)), except the country of presentation stated in the standby; or
- (iv) treatment of a presentation made after the close of business as if it were made on the next business day (Rule 3.05 (b)).

(b) The following Rule but not similar terms stated in the standby:

- (i) a required document dated after the date of its stated presentation (Rule 4.06); or
- (ii) the requirement that a document issued by the beneficiary be in the language of the standby (Rule 4.04).

(c) The following Rule relating to the operational integrity of the standby only in so far as the bank is in fact dealing with the true beneficiary:

acceptance of a demand in an electronic medium (rule 3.06 (b)).

Waiver by the confirmer requires the consent of the issuer with respect to paragraphs (b) and (c) of this Rule.

3.12 *Original standby lost, stolen, mutilated, or destroyed*

(a) If an original standby is lost, stolen, mutilated, or destroyed, the issuer need not replace it or waive any requirement that the original be presented under the standby;

(b) If the issuer agrees to replace an original standby or to waive a requirement for its presentation, it may provide a replacement or copy to the beneficiary without affecting the applicant's obligations to the issuer to reimburse, but, if it does so, the issuer must mark the replacement or copy as such. The issuer may, in its sole discretion, require indemnities satisfactory to it from the beneficiary and assurances from nominated persons that no payment has been made.

CLOSURE ON EXPIRY DATE

3.13 *Expiration date on a non-business day*

(a) If the last day for presentation stated in a standby (whether stated to be the expiration date or the date by which documents must be received) is not a business day of the issuer or nominated person where presentation is to be made, then presentation made there on the first following business day shall be deemed timely;

(b) A nominated person to whom such a presentation is made must so notify the issuer.

3.14 *Closure on a business day and authorization of another reasonable place for presentation*

(a) If on the last business day for presentation the place for presentation stated in a standby is for any reason closed and presentation is not timely made because of the closure, then the last day for presentation is automatically extended to the day occurring thirty calendar days after the place for presentation reopens for business, unless the standby otherwise provides;

(b) Upon or in anticipation of closure of the place of presentation, an issuer may authorize another reasonable place for presenta-

tion in the standby or in a communication received by the beneficiary. If it does so, then:

- (i) presentation must be made at that reasonable place; and
- (ii) if the communication is received fewer than 30 calendar days before the last day for presentation and for that reason presentation is not timely made, the last day for presentation is automatically extended to the day occurring 30 calendar days after the last day for presentation.

RULE 4: EXAMINATION

4.01 *Examination for compliance*

(a) Demands for honour of a standby must comply with the terms and conditions of the standby;

(b) Whether a presentation appears to comply is determined by examining the presentation on its face against the terms and conditions stated in the standby as interpreted and supplemented by these Rules which are to be read in the context of standard standby practice.

4.02 *Non-examination of extraneous documents*

Documents presented which are not required by the standby need not be examined and, in any event, shall be disregarded for purposes of determining compliance of the presentation. They may without responsibility be returned to the presenter or passed on with the other documents presented.

4.03 *Examination for inconsistency*

An issuer or nominated person is required to examine documents for inconsistency with each other only to the extent provided in the standby.

4.04 *Language of documents*

The language of all documents issued by the beneficiary is to be that of the standby.

4.05 *Issuer of documents*

Any required document must be issued by the beneficiary unless the standby indicates that the document is to be issued by a third person or the document is of a type that standard standby practice requires to be issued by a third person.

4.06 *Date of documents*

The issuance date of a required document may be earlier but not later than the date of its presentation.

4.07 *Required signature on a document*

(a) A required document need not be signed unless the standby indicates that the document must be signed or the document is of a type that standard standby practice requires be signed;

(b) A required signature may be made in any manner that corresponds to the medium in which the signed document is presented;

(c) Unless a standby specifies:

- (i) the name of a person who must sign a document, any signature or authentication will be regarded as a complying signature;
 - (ii) the status of a person who must sign, no indication of status is necessary.
- (d) If a standby specifies that a signature must be made by:
- (i) a named natural person without requiring that the signer's status be identified, a signature complies that appears to be that of the named person;
 - (ii) a named legal person or government agency without identifying who is to sign on its behalf or its status, any signature complies that appears to have been made on behalf of the named legal person or government agency; or
 - (iii) a named natural person, legal person, or government agency requiring the status of the signer be indicated, a signature complies which appears to be that of the named natural person, legal person, or government agency and indicates its status.

4.08 Demand document implied

If a standby does not specify any required document, it will still be deemed to require a documentary demand for payment.

4.09 Identical wording and quotation marks

If a standby requires:

(a) A statement without specifying precise wording, then the wording in the document presented must appear to convey the same meaning as that required by the standby;

(b) Specified wording by the use of quotation marks, blocked wording, or an attached exhibit or form, then typographical errors in spelling, punctuation, spacing, or the like that are apparent when read in context are not required to be duplicated and blank lines or spaces for data may be completed in any manner not inconsistent with the standby; or

(c) Specified wording by the use of quotation marks, blocked wording, or an attached exhibit or form, and also provides that the specified wording be "exact" or "identical", then the wording in the documents presented must duplicate the specified wording, including typographical errors in spelling, punctuation, spacing and the like, as well as blank lines and spaces for data must be exactly reproduced.

4.10 Applicant approval

A standby should not specify that a required document be issued, signed, or counter-signed by the applicant. However, if the standby includes such a requirement, the issuer may not waive the requirement and is not responsible for the applicant's withholding of the document or signature.

4.11 Non-documentary terms or conditions

(a) A standby term or condition which is non-documentary must be disregarded whether or not it affects the issuer's obligation to treat a presentation as complying or to treat the standby as issued, amended, or terminated;

(b) Terms or conditions are non-documentary if the standby does not require presentation of a document in which they are to be evidenced and if their fulfilment cannot be determined by the issuer from the issuer's own records or within the issuer's normal operations;

(c) Determinations from the issuer's own records or within the issuer's normal operations include determinations of:

- (i) when, where, and how documents are presented or otherwise delivered to the issuer;
- (ii) when, where, and how communications affecting the standby are sent or received by the issuer, beneficiary, or any nominated person;
- (iii) amounts transferred into or out of accounts with the issuer; and
- (iv) amounts determinable from a published index (e.g. if a standby provides for determining amounts of interest accruing according to published interest rates);

(d) An issuer need not re-compute a beneficiary's computations under a formula stated or referenced in a standby except to the extent that the standby so provides.

4.12 Formality of statements in documents

(a) A required statement need not be accompanied by a solemnity, officialization, or any other formality;

(b) If a standby provides for the addition of a formality to a required statement by the person making it without specifying form or content, the statement complies if it indicates that it was declared, averred, warranted, attested, sworn under oath, affirmed, certified, or the like;

(c) If a standby provides for a statement to be witnessed by another person without specifying form or content, the witnessed statement complies if it appears to contain a signature of a person other than the beneficiary with an indication that the person is acting as a witness;

(d) If a standby provides for a statement to be countersigned, legalized, visaed, or the like by a person other than the beneficiary acting in a governmental, judicial, corporate, or other representative capacity without specifying form or content, the statement complies if it contains the signature of a person other than the beneficiary and includes an indication of that person's representative capacity and the organization on whose behalf the person has acted.

4.13 No responsibility to identify beneficiary

Except to the extent that a standby requires presentation of an electronic record:

(a) A person honouring a presentation has no obligation to the applicant to ascertain the identity of any person making a presentation or any assignee of proceeds;

(b) Payment to a named beneficiary, transferee, an acknowledged assignee, successor by operation of law, to an account or account number stated in the standby or in a cover instruction from the beneficiary or nominated person fulfils the obligation under the standby to effect payment.

4.14 Name of acquired or merged issuer or confirmer

If the issuer or confirmer is reorganized, merged, or changes its name, any required reference by name to the issuer or confirmer in the documents presented may be to it or its successor.

4.15 Original, copy, and multiple documents

(a) A presented document must be an original;

(b) Presentation of an electronic record, where an electronic presentation is permitted or required, is deemed to be an "original";

- (c) (i) a presented document is deemed to be an original unless it appears on its face to have been reproduced from an original;
- (ii) a document which appears to have been reproduced from an original is deemed to be an original if the signature or authentication appears to be original;

(d) A standby that requires presentation of a “copy” permits presentation of either an original or copy unless the standby states that only a copy be presented or otherwise addresses the disposition of all originals;

(e) If multiples of the same document are requested, only one must be an original unless:

- (i) “duplicate originals” or “multiple originals” are requested in which case all must be originals; or
- (ii) “two copies”, “two-fold”, or the like are requested in which case either originals or copies may be presented.

STANDBY DOCUMENT TYPES

4.16 Demand for payment

(a) A demand for payment need not be separate from the beneficiary’s statement or other required document;

(b) If a separate demand is required, it must contain:

- (i) a demand for payment from the beneficiary directed to the issuer or nominated person;
- (ii) a date indicating when the demand was issued;
- (iii) the amount demanded; and
- (iv) the beneficiary’s signature;

(c) A demand may be in the form of a draft or other instruction, order, or request to pay. If a standby requires presentation of a “draft” or “bill of exchange”, that draft or bill of exchange need not be in negotiable form unless the standby so states.

4.17 Statement of default or other drawing event

If a standby requires a statement, certificate, or other recital of a default or other drawing event and does not specify content, the document complies if it contains:

- (a) A representation to the effect that payment is due because a drawing event described in the standby has occurred;
- (b) A date indicating when it was issued; and
- (c) The beneficiary’s signature.

4.18 Negotiable documents

If a standby requires presentation of a document that is transferable by endorsement and delivery without stating whether, how, or to whom endorsement must be made, then the document may be presented without endorsement, or, if endorsed, the endorsement may be in blank and, in any event, the document may be issued or negotiated with or without recourse.

4.19 Legal or judicial documents

If a standby requires presentation of a government-issued document, a court order, an arbitration award, or the like, a document or a copy is deemed to comply if it appears to be:

- (i) issued by a government agency, court, tribunal, or the like;

- (ii) suitably titled or named;
- (iii) signed;
- (iv) dated; and
- (v) originally certified or authenticated by an official of a government agency, court, tribunal, or the like.

4.20 Other documents

(a) If a standby requires a document other than one whose content is specified in these Rules without specifying the issuer, data content, or wording, a document complies if it appears to be appropriately titled or to serve the function of that type of document under standard standby practice;

(b) A document presented under a standby is to be examined in the context of standby practice under these Rules even if the document is of a type (such as a commercial invoice, transport documents, insurance documents or the like) for which the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits contains detailed rules.

4.21 Request to issue separate undertaking

If a standby requests that the beneficiary of the standby issue its own separate undertaking to another (whether or not the standby recites the text of that undertaking):

(a) The beneficiary receives no rights other than its rights to draw under the standby even if the issuer pays a fee to the beneficiary for issuing the separate undertaking;

(b) Neither the separate undertaking nor any documents presented under it need be presented to the issuer; and

(c) If originals or copies of the separate undertaking or documents presented under it are received by the issuer although not required to be presented as a condition to honour of the standby:

- (i) the issuer need not examine, and, in any event, shall disregard their compliance or consistency with the standby, with the beneficiary’s demand under the standby, or with the beneficiary’s separate undertaking; and
- (ii) the issuer may without responsibility return them to the presenter or forward them to the applicant with the presentation.

RULE 5: NOTICE, PRECLUSION, AND DISPOSITION OF DOCUMENTS

5.01 Timely notice of dishonour

(a) Notice of dishonour must be given within a time after presentation of documents which is not unreasonable:

- (i) notice given within three business days is deemed to be not unreasonable and beyond seven business days is deemed to be unreasonable;
- (ii) whether the time within which notice is given is unreasonable does not depend upon an imminent deadline for presentation;
- (iii) the time for calculating when notice of dishonour must be given begins on the business day following the business day of presentation;
- (iv) unless a standby otherwise expressly states a shortened time within which notice of dishonour must be given, the issuer has no obligation to accelerate its examination of a presentation;

- (b) (i) the means by which a notice of dishonour is to be given is by telecommunication, if available, and, if not, by another available means which allows for prompt notice;
- (ii) if notice of dishonour is received within the time permitted for giving the notice, then it is deemed to have been given by prompt means;

(c) Notice of dishonour must be given to the person from whom the documents were received (whether the beneficiary, nominated person, or person other than a delivery person) except as otherwise requested by the presenter.

5.02 *Statement of grounds for dishonour*

A notice of dishonour shall state all discrepancies upon which dishonour is based.

5.03 *Failure to give timely notice of dishonour*

(a) Failure to give notice of a discrepancy in a notice of dishonour within the time and by the means specified in the standby or these rules precludes assertion of that discrepancy in any document containing the discrepancy that is retained or re-presented, but does not preclude assertion of that discrepancy in any different presentation under the same or a separate standby;

(b) Failure to give notice of dishonour or acceptance or acknowledgement that a deferred payment undertaking has been incurred obligates the issuer to pay at maturity.

5.04 *Notice of expiry*

Failure to give notice that a presentation was made after the expiration date does not preclude dishonour for that reason.

5.05 *Issuer request for applicant waiver without request by presenter*

If the issuer decides that a presentation does not comply and if the presenter does not otherwise instruct, the issuer may, in its sole discretion, request the applicant to waive non-compliance or otherwise to authorize honour within the time available for giving notice of dishonour but without extending it. Obtaining the applicant's waiver does not obligate the issuer to waive non-compliance.

5.06 *Issuer request for applicant waiver upon request of presenter*

If, after receipt of notice of dishonour, a presenter requests that the presented documents be forwarded to the issuer or that the issuer seek the applicant's waiver:

(a) No person is obligated to forward the discrepant documents or seek the applicant's waiver;

(b) The presentation to the issuer remains subject to these Rules unless departure from them is expressly consented to by the presenter; and

- (c) If the documents are forwarded or if a waiver is sought:
 - (i) the presenter is precluded from objecting to the discrepancies notified to it by the issuer;
 - (ii) the issuer is not relieved from examining the presentation under these Rules;
 - (iii) the issuer is not obligated to waive the discrepancy even if the applicant waives it; and

- (iv) the issuer must hold the documents until it receives a response from the applicant or is requested by the presenter to return the documents, and if the issuer receives no such response or request within ten business days of its notice of dishonour, it may return the documents to the presenter.

5.07 *Disposition of documents*

Dishonoured documents must be returned, held, or disposed of as reasonably instructed by the presenter. Failure to give notice of the disposition of documents in the notice of dishonour does not preclude the issuer from asserting any defence otherwise available to it against honour.

5.08 *Cover instructions/transmittal letter*

(a) Instructions accompanying a presentation made under a standby may be relied on to the extent that they are not contrary to the terms or conditions of the standby, the demand, or these Rules;

(b) Representations made by a nominated person accompanying a presentation may be relied upon to the extent that they are not contrary to the terms or conditions of a standby or these Rules;

(c) Notwithstanding receipt of instructions, an issuer or nominated person may pay, give notice, return the documents, or otherwise deal directly with the presenter;

(d) A statement in the cover letter that the documents are discrepant does not relieve the issuer from examining the presentation for compliance.

5.09 *Applicant notice of objection*

(a) An applicant must timely object to an issuer's honour of a non-complying presentation by giving timely notice by prompt means;

(b) An applicant acts timely if it objects to discrepancies by sending a notice to the issuer stating the discrepancies on which the objection is based within a time after the applicant's receipt of the documents which is not unreasonable;

(c) Failure to give a timely notice of objection by prompt means precludes assertion by the applicant against the issuer of any discrepancy or other matter apparent on the face of the documents received by the applicant, but does not preclude assertion of that objection to any different presentation under the same or a different standby.

RULE 6: TRANSFER, ASSIGNMENT, AND TRANSFER BY OPERATION OF LAW

Transfer of drawing rights

6.01 *Request to transfer drawing rights*

Where a beneficiary requests that an issuer or nominated person honour a drawing from another person as if that person were the beneficiary, these Rules on transfer of drawing rights ("transfer") apply.

6.02 *When drawing rights are transferable*

(a) A standby is not transferable unless it so states;

(b) A standby that states that it is transferable without further provision means that drawing rights:

- (i) may be transferred in their entirety more than once;
- (ii) may not be partially transferred; and
- (iii) may not be transferred unless the issuer (including the confirmer) or another person specifically nominated in the standby agrees to and effects the transfer requested by the beneficiary.

6.03 Conditions to transfer

An issuer of a transferable standby or a nominated person need not effect a transfer unless:

- (a) It is satisfied as to the existence and authenticity of the original standby; and
- (b) The beneficiary submits or fulfils:
 - (i) a request in a form acceptable to the issuer or nominated person including the effective date of the transfer and the name and address of the transferee;
 - (ii) the original standby;
 - (iii) verification of the signature of the person signing for the beneficiary;
 - (iv) verification of the authority of the person signing for the beneficiary;
 - (v) payment of the transfer fee; and
 - (vi) any other reasonable requirements.

6.04 Effect of transfer on required documents

Where there has been a transfer of drawing rights in their entirety:

- (a) A draft or demand must be signed by the transferee beneficiary; and
- (b) The name of the transferee beneficiary may be used in place of the name of the transferor beneficiary in any other required document.

6.05 Reimbursement for payment based on a transfer

An issuer or nominated person paying under a transfer pursuant to rule 6.03 (a), (b) (i) and (b) (ii) is entitled to reimbursement as if it had made payment to the beneficiary.

ACKNOWLEDGEMENT OF ASSIGNMENT OF PROCEEDS

6.06 Assignment of proceeds

Where an issuer or nominated person is asked to acknowledge a beneficiary's request to pay an assignee all or part of any proceeds of the beneficiary's drawing under the standby, these Rules on acknowledgement of an assignment of proceeds apply except where applicable law otherwise requires.

6.07 Request for acknowledgement

- (a) Unless applicable law otherwise requires, an issuer or nominated person:
 - (i) is not obligated to give effect to an assignment of proceeds which it has not acknowledged; and
 - (ii) is not obligated to acknowledge the assignment;

- (b) If an assignment is acknowledged:

- (i) the acknowledgement confers no rights with respect to the standby to the assignee who is only entitled to the proceeds assigned, if any, and whose rights may be affected by amendment or cancellation; and
- (ii) the rights of the assignee are subject to:
 - (a) The existence of any net proceeds payable to the beneficiary by the person making the acknowledgement;
 - (b) Rights of nominated persons and transferee beneficiaries;
 - (c) Rights of other acknowledged assignees; and
 - (d) Any other rights or interests that may have priority under applicable law.

6.08 Conditions to acknowledgement of assignment of proceeds

An issuer or nominated person may condition its acknowledgement on receipt of:

- (a) The original standby for examination or notation;
- (b) Verification of the signature of the person signing for the beneficiary;
- (c) Verification of the authority of the person signing for the beneficiary;
- (d) An irrevocable request signed by the beneficiary for acknowledgement of the assignment that includes statements, covenants, indemnities, and other provisions which may be contained in the issuer's or nominated person's required form requesting acknowledgement of assignment, such as:
 - (i) the identity of the affected drawings if the standby permits multiple drawings;
 - (ii) the full name, legal form, location, and mailing address of the beneficiary and the assignee;
 - (iii) details of any request affecting the method of payment or delivery of the standby proceeds;
 - (iv) limitation on partial assignments and prohibition of successive assignments;
 - (v) statements regarding the legality and relative priority of the assignment; or
 - (vi) right of recovery by the issuer or nominated person of any proceeds received by the assignee that are recoverable from the beneficiary;
- (e) Payment of a fee for the acknowledgement; and
- (f) Fulfilment of other reasonable requirements.

6.09 Conflicting claims to proceeds

If there are conflicting claims to proceeds, then payment to an acknowledged assignee may be suspended pending resolution of the conflict.

6.10 Reimbursement for payment based on an assignment

An issuer or nominated person paying under an acknowledged assignment pursuant to Rule 6.08 (a) and (b) is entitled to reimbursement as if it had made payment to the beneficiary. If the beneficiary is a bank, the acknowledgement may be based solely upon an authenticated communication.

TRANSFER BY OPERATION OF LAW

6.11 *Transferee by operation of law*

Where an heir, personal representative, liquidator, trustee, receiver, successor corporation, or similar person who claims to be designated by law to succeed to the interests of a beneficiary presents documents in its own name as if it were the authorized transferee of the beneficiary, these Rules on transfer by operation of law apply.

6.12 *Additional document in event of drawing in successor's name*

A claimed successor may be treated as if it were an authorized transferee of a beneficiary's drawing rights in their entirety if it presents an additional document or documents which appear to be issued by a public official or representative (including a judicial officer) and indicate:

- (a) That the claimed successor is the survivor of a merger, consolidation, or similar action of a corporation, limited liability company, or other similar organization;
- (b) That the claimed successor is authorized or appointed to act on behalf of the named beneficiary or its estate because of an insolvency proceeding;
- (c) That the claimed successor is authorized or appointed to act on behalf of the named beneficiary because of death or incapacity; or
- (d) That the name of the named beneficiary has been changed to that of the claimed successor.

6.13 *Suspension of obligations upon presentation by successor*

An issuer or nominated person which receives a presentation from a claimed successor which complies in all respects except for the name of the beneficiary:

- (a) May request in a manner satisfactory as to form and substance:
 - (i) a legal opinion;
 - (ii) an additional document referred to in Rule 6.12 (Additional document in event of drawing in successor's name) from a public official;
 - (iii) statements, covenants, and indemnities regarding the status of the claimed successor as successor by operation of law;
 - (iv) payment of fees reasonably related to these determinations; and
 - (v) anything which may be required for a transfer under Rule 6.03 (Conditions to transfer) or an acknowledgement of assignment of proceeds under Rule 6.08 (Conditions to Acknowledgement of Assignment of Proceeds);

but such documentation shall not constitute a required document for purposes of expiry of the standby;

(b) Until the issuer or nominated person receives the requested documentation, its obligation to honour or give notice of dishonour is suspended, but any deadline for presentation of required documents is not thereby extended.

6.14 *Reimbursement for payment based on a transfer by operation of law*

An issuer or nominated person paying under a transfer by operation of law pursuant to Rule 6.12 (Additional document in event of

drawing in successor's name) is entitled to reimbursement as if it had made payment to the beneficiary.

RULE 7: CANCELLATION

7.01 *When an irrevocable standby is cancelled or terminated*

A beneficiary's rights under a standby may not be cancelled without its consent. Consent may be evidenced in writing or by an action such as return of the original standby in a manner which implies that the beneficiary consents to cancellation. A beneficiary's consent to cancellation is irrevocable when communicated to the issuer.

7.02 *Issuer's discretion regarding a decision to cancel*

Before acceding to a beneficiary's authorization to cancel and treating the standby as cancelled for all purposes, an issuer may require in a manner satisfactory as to form and substance:

- (a) The original standby;
- (b) Verification of the signature of the person signing for the beneficiary;
- (c) Verification of the authorization of the person signing for the beneficiary;
- (d) A legal opinion;
- (e) An irrevocable authority signed by the beneficiary for cancellation that includes statements, covenants, indemnities, and similar provisions contained in a required form;
- (f) Satisfaction that the obligation of any confirmer has been cancelled;
- (g) Satisfaction that there has not been a transfer or payment by any nominated person; and
- (h) Any other reasonable measure.

RULE 8: REIMBURSEMENT OBLIGATIONS

8.01 *Right to reimbursement*

(a) Where payment is made against a complying presentation in accordance with these Rules, reimbursement must be made by:

- (i) an applicant to an issuer requested to issue a standby; and
- (ii) an issuer to a person nominated to honour or otherwise give value;

(b) An applicant must indemnify the issuer against all claims, obligations, and responsibilities (including attorney's fees) arising out of:

- (i) the imposition of law or practice other than that chosen in the standby or applicable at the place of issuance;
- (ii) the fraud, forgery, or illegal action of others; or
- (iii) the issuer's performance of the obligations of a confirmer that wrongfully dishonours a confirmation;

(c) This Rule supplements any applicable agreement, course of dealing, practice, custom or usage providing for reimbursement or indemnification on lesser or other grounds.

8.02 *Charges for fees and costs*

(a) An applicant must pay the issuer's charges and reimburse the issuer for any charges that the issuer is obligated to pay to per-

sons nominated with the applicant's consent to advise, confirm, honour, negotiate, transfer, or to issue a separate undertaking;

- (b) An issuer is obligated to pay the charges of other persons:
- (i) if they are payable in accordance with the terms of the standby; or
 - (ii) if they are the reasonable and customary fees and expenses of a person requested by the issuer to advise, honour, negotiate, transfer, or to issue a separate undertaking, and they are unrecovered and unrecoverable from the beneficiary or other presenter because no demand is made under the standby.

8.03 *Refund of reimbursement*

A nominated person that obtains reimbursement before the issuer timely dishonours the presentation must refund the reimbursement with interest if the issuer dishonours. The refund does not preclude the nominated person's wrongful dishonour claims.

8.04 *Bank-to-bank reimbursement*

Any instruction or authorization to obtain reimbursement from another bank is subject to the International Chamber of Commerce standard rules for bank-to-bank reimbursements.

RULE 9: TIMING

9.01 *Duration of standby*

A standby must:

- (a) Contain an expiry date; or
- (b) Permit the issuer to terminate the standby upon reasonable prior notice or payment.

9.02 *Effect of expiration on nominated person*

The rights of a nominated person that acts within the scope of its nomination are not affected by the subsequent expiry of the standby.

9.03 *Calculation of time*

(a) A period of time within which an action must be taken under these Rules begins to run on the first business day following the business day when the action could have been undertaken at the place where the action should have been undertaken;

(b) An extension period starts on the calendar day following the stated expiry date even if either day falls on a day when the issuer is closed.

9.04 *Time of day of expiration*

If no time of day is stated for expiration, it occurs at the close of business at the place of presentation.

9.05 *Retention of standby*

Retention of the original standby does not preserve any rights under the standby after the right to demand payment ceases.

RULE 10: SYNDICATION/PARTICIPATION

10.01 *Syndication*

If a standby with more than one issuer does not state to whom presentation may be made, presentation may be made to any issuer with binding effect on all issuers.

10.02 *Participation*

(a) Unless otherwise agreed between an applicant and an issuer, the issuer may sell participations in the issuer's rights against the applicant and any presenter and may disclose relevant applicant information in confidence to potential participants;

(b) An issuer's sale of participations does not affect the obligations of the issuer under the standby or create any rights or obligations between the beneficiary and any participant.

B. Reglas Uniformes para los documentos de caución de un contrato o *Contract Bonds* (RUCB): informe del Secretario General

(A/CN.9/459/Add.1) [Original: inglés]

1. Por carta del 27 de abril de 1999 (reproducida en el anexo I), la Secretaria General de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) pidió a la Comisión que diera su reconocimiento y respaldo oficial a las Reglas Uniformes para los documentos de caución de un contrato (RUCB) (*Uniform Rules for Contract Bonds* (URCB)). El texto original de las Reglas Uniformes figura en el anexo III en francés o inglés.

2. Como se dice en el prólogo de las RUCB:

“Al hacerse sentir en la industria aseguradora la necesidad de un régimen uniforme aplicable internacional-

mente a todo documento de caución de un contrato por el que sea creada una obligación de índole accesorio, la Comisión de Seguros de la CCI decidió preparar las presentes Reglas Uniformes para los documentos de caución de un contrato.”

3. A título de información general adicional sobre estas nuevas Reglas Uniformes, se reproducen (en traducción no oficial) en el anexo II la Introducción y las Notas Generales de la publicación de la Cámara de Comercio Internacional.

ANEXO I

CARTA DE LA SRA. MARÍA LIVANOS CATTALU,
SECRETARIA GENERAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL

[Original: inglés]

Como es probable que los miembros de la Comisión sepan, hace algunos años la CCI publicó un cuerpo de Reglas Uniformes para los documentos de caución de un contrato (RUCB). Por la presente carta deseo pedir a la CNUDMI que otorgue su respaldo y reconocimiento oficial a estas reglas. La CCI está solicitando medidas de respaldo similares del Banco Mundial, de la Unión Europea y del Banco Interamericano de Desarrollo.

Las RUCB se ocupan de las garantías condicionales, denominadas accesorias, que guardan una relación directa con el contrato subyacente o principal cuya ejecución se garantiza.

El texto de las RUCB puede obtenerse actualmente en diversos idiomas (chino, coreano, español, francés, inglés, islandés, italiano y japonés). El Gobierno del Japón, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), la Institution of Electrical Engineers (IEE), la Asociación Internacional de Seguros de Crédito, la Asociación de Contratistas Franceses Internacionales (SEFI) y la Asociación Panamericana de Finanzas (APF) figuran entre los países y entidades que recomiendan las RUCB como norma aplicable a los documentos de caución de un contrato que se emitan en su territorio o sean emitidos por sus miembros.

La utilización de las RUCB como marco jurídico mundial de referencia para los documentos de caución de un contrato proporcionará el grado de uniformidad deseable en el campo de este tipo de cauciones y contribuirá así al fomento del comercio internacional. Al preconizar el empleo de estas Reglas Uniformes, obramos en el convencimiento de que ello redundará en provecho de toda la comunidad comercial mundial. Opinamos por ello que su reconocimiento por entidades públicas de renombre puede servir de ayuda a las partes interesadas en la negociación de sus contratos privados, facilitando así las exportaciones y favoreciendo la libertad de contratación en todo el mundo.

ANEXO II

REGLAS UNIFORMES DE LA CCI PARA LOS DOCUMENTOS DE CAUCIÓN

[Original: español, francés, inglés]

Copyright © 1993, International Chamber of Commerce

Reservados todos los derechos, queda prohibida la reproducción o copia por cualquier medio gráfico, electrónico o mecánico, incluida su reproducción por sistemas de fotocopia, grabación o recuperación de información, sin autorización escrita de ICC Publishing S.A.

Introducción

Las presentes Reglas Uniformes han sido formuladas por el Grupo de Trabajo de la CCI con representantes de su Comisión de Seguros y de las industrias mecánicas y de la construcción con miras a que su régimen sea aplicado a escala mundial en lo relativo a los documentos de caución de un contrato que supongan una obligación de índole accesorio respecto del contrato subyacente o principal, y a cuyo tenor la responsabilidad del fiador o garante nace y depende del incumplimiento probado de un contratista (definido en las presentes Reglas como Solicitante de la Caución o Documento) que sea parte en el Contrato objeto del Documento de caución invocado. Las Reglas enunciadas a continuación serán, por ello, aplicables a aquellos casos en los que la intención de las partes sea que las obliga-

ciones del Garante dependan de los deberes u obligaciones contraídos por el Solicitante a tenor del Contrato garantizado.

Todo Documento de Caucción (*Bond*) que se rija por las Reglas de la CCI, enunciadas a continuación, tiene por objeto funcionar de forma que confiera al Beneficiario la garantía, en cada uno de los supuestos considerados, del cumplimiento o la ejecución de alguna obligación contractual o del pago de toda suma que pase a ser debida al Beneficiario a resultas del incumplimiento de una obligación o prestación debida por el Solicitante a tenor del Contrato. El Documento de Caucción tiene por objeto garantizar que, en el marco de sus límites financieros, se cumplirán o ejecutarán las obligaciones estipuladas en el Contrato o, caso de incumplirse esas obligaciones, que el beneficiario cobrará toda suma que le sea debida a raíz de ese incumplimiento, aún en el supuesto de que el Solicitante sea declarado insolvente o de que el Solicitante atribuya su incumplimiento a algún otro motivo. Por consiguiente, durante el período de validez de un Documento de Caucción que se rija por las presentes Reglas, el Beneficiario podrá contar con la seguridad adicional dimanante de la obligación accesoria del Garante de que toda sentencia o laudo de un tribunal judicial o arbitral competente será debidamente cumplimentado.

La relación nacida entre las partes en un Documento de Caucción regido por las presentes Reglas, denominadas Reglas No. 524 de la CCI, difiere de la relación nacida de un documento que se rija por las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación, Reglas No. 458 de la CCI. Siempre que se desee resguardar al Beneficiario contra el incumplimiento de una obligación contraída por el Solicitante a tenor del Contrato, pero supeditando la obligación del Garante al incumplimiento debidamente probado de una obligación contraída a tenor del Contrato, el régimen indicado para esa garantía será el formulado en las presentes Reglas.

Notas generales

La finalidad de las presentes Reglas es la de proporcionar un marco claro y conciso que defina la índole de las obligaciones dimanantes de un Documento de Caucción y el procedimiento para la reclamación de su pago. Dado que la índole de todo Documento de Caucción emitido al amparo de las presentes Reglas hace que las obligaciones en él consignadas dependan directamente de las obligaciones contraídas por las partes en el Contrato, no se pormenorizan en las presentes Reglas sobre los requisitos documentarios de la garantía ni se aborda el problema de su reclamación indebida. En el supuesto de una controversia relativa a la responsabilidad del Garante, las presentes Reglas presuponen que esa controversia será dirimida en función de lo estipulado en el texto del Contrato. El Garante y el Solicitante están amparados por la consideración de que el pago de la Garantía dependerá de que se pruebe el incumplimiento del Contrato. El Beneficiario está, a su vez, amparado por la consideración de que toda sentencia o laudo dictado en su favor será ejecutado por el Garante en todo supuesto en el que el Solicitante no cumpla con su obligación.

Las Reglas Uniformes para los documentos de caucción de un contrato No. 524 que figuran a continuación, serán aplicables a todo documento de caucción en el que las partes remitan a ellas expresamente de conformidad con lo previsto al respecto en su texto. El éxito de las nuevas Reglas dependerá de que su régimen sea del agrado de la comunidad comercial internacional. La CCI recomienda la aplicación del régimen de las nuevas Reglas con el que se conseguirá uniformar la práctica comercial en lo relativo al funcionamiento y ejecución judicial de los documentos de caucción de un contrato.

ANEXO III

ICC UNIFORM RULES FOR CONTRACT BONDS

[Original: English, French]

issued as ICC publication No. 524, adopted by the ICC Executive Board on 23 April 1993,
come into effect on 1 January 1994

Copyright © 1993, International Chamber of Commerce

All rights reserved. No part of this work may be reproduced or copied in any form or by any means
—graphic, electronic or mechanical, including photocopying, recording, taping or information
retrieval systems—without written permission of ICC Publishing S.A.

CONTENTS

| | Article | Page |
|--|---------|------|
| Scope and application | 1 | 383 |
| Definitions | 2 | 383 |
| Form of bond and liability of the guarantor to the beneficiary | 3 | 383 |
| Release and discharge of guarantor | 4 | 384 |
| Return of the bond | 5 | 384 |
| Amendments and variations to and of the contract and the bond and extensions of time | 6 | 384 |
| Submission of claims and claims procedure | 7 | 384 |
| Jurisdiction and settlement of disputes | 8 | 385 |

Article 1

Scope and application

(a) These Rules shall be known as the “Uniform Rules for Contract Bonds” and shall apply to any Bond which states that these Rules shall apply, or otherwise incorporates these Rules by reference and, for such purposes, it shall suffice that the Bond incorporates a reference to these Rules and the publication number.

(b) If there shall be any conflict in the construction or operation of the obligations of any parties under a Bond between the provisions of these Rules and such Bond, or mandatory provisions of the Applicable Law regulating the same, the provisions of the Bond or, as the case may be, the mandatory provisions of the Applicable Law shall prevail.

Article 2

Definitions

In these Rules, words or expressions shall bear the meanings set out below and be construed accordingly

Advance Payment Bond

A Bond given by the Guarantor in favour of the Beneficiary to secure the repayment of any sum or sums advanced by the Beneficiary to the Principal under or for the purposes of the Contract, where such sum or sums is or are advanced before the carrying out of works, the performance of services or the supply or provision of any goods pursuant to such Contract.

Beneficiary

The party in whose favour a Bond is issued or provided.

Bond

Any bond, guarantee or other instrument in writing issued or executed by the Guarantor in favour of the Beneficiary pursuant to which the Guarantor undertakes on Default, either:

- (i) to pay or satisfy any claim or entitlement to payment of damages, compensation or other financial relief up to the Bond Amount; or
- (ii) to pay or satisfy such claim or entitlement up to the Bond Amount or at the Guarantor’s option to perform or execute the Contract or any Contractual Obligation.

In either case where the liability of the Guarantor shall be accessory to the liability of the Principal under the Contract or such Contractual Obligation and such expression shall without limitation include Advance Payment Bonds, Maintenance Bonds, Performance Bonds, Retention Bonds and Tender Bonds.

Bond Amount

The sum inserted in the Bond as the maximum aggregate liability of the Guarantor as amended, varied or reduced from time to time or, following the payment of any amount in satisfaction or partial satisfaction of a claim under any Bond, such lesser sum as shall be calculated by deducting from the sum inserted in the Bond the amount of any such payment.

Contract

Any written agreement between the Principal and the Beneficiary for the carrying out of works, the performance of services or the supply or provision of any goods.

Contractual Obligation

Any duty, obligation or requirement imposed by a clause, paragraph, section, term, condition, provision or stipulation contained in or forming part of a Contract or tender.

Default

Any breach, default or failure to perform any Contractual Obligation which shall give rise to a claim for performance, damages, compensation or other financial remedy by the Beneficiary and which is established pursuant to paragraph j of Article 7.

Expiry Date

Either (a) the date fixed or the date of the event on which the obligations of the Guarantor under the Bond are expressed to expire or (b) if no such date is stipulated, the date determined in accordance with Article 4.

Guarantor

Any Person who shall issue or execute a Bond on behalf of a Principal.

Maintenance Bond

A Bond to secure Contractual Obligations relating to the maintenance of works or goods following the physical completion or the provision thereof, pursuant to a Contract.

Performance Bond

A Bond to secure the performance of any Contract or Contractual Obligation.

Person

Any company, corporation, firm, association, body, individual or any legal entity whatsoever.

Principal

Any Person who (i) either (a) submits a tender for the purpose of entering into a Contract with the Beneficiary or (b) enters into a Contract with the Beneficiary and (ii) assumes primary liability for all Contractual Obligations thereunder.

Retention Bond

A Bond to secure the payment of any sum or sums paid or released to the Principal by the Beneficiary before the date for payment or release thereof contained in the Contract.

Tender Bond

A Bond in respect of a tender to secure the payment of any loss or damage suffered or incurred by the Beneficiary arising out of the failure by the Principal to enter into a Contract or provide a Performance Bond or other Bond pursuant to such tender.

Writing and Written

Shall include any authenticated tele-transmissions or tested electronic data interchange (“EDI”) message equivalent thereto.

Article 3

Form of bond and liability of the guarantor to the beneficiary

(a) The Bond should stipulate :

- (i) The Principal.
- (ii) The Beneficiary.
- (iii) The Guarantor.
- (iv) The Contract.
- (v) Where the Bond does not extend to the whole of the Contract, the precise Contractual Obligation or Obligations to which the Bond relates.
- (vi) The Bond Amount.

- (vii) Any provisions for the reduction of the Bond Amount.
- (viii) The date when the Bond becomes effective (defined in these rules as the “Effective Date”).
- (ix) Whether the Guarantor shall be entitled at its option to perform or execute the Contract or any Contractual Obligation.
- (x) The Expiry Date.
- (xi) The names, addresses, telex and/or telefax numbers and contact references of the Beneficiary, the Guarantor and the Principal.
- (xii) Whether sub-paragraph *i* of Article 7 *j* is to apply and the name of the third party to be nominated thereunder for the purpose of Article 7 below (claims procedure).
- (xiii) How disputes or differences between the Beneficiary, the Principal and the Guarantor in relation to the Bond are to be settled.

(b) The liability of the Guarantor to the Beneficiary under the Bond is accessory to the liability of the Principal to the Beneficiary under the Contract and shall arise upon Default. The Contract is deemed to be incorporated into and form part of the Bond. The liability of the Guarantor shall not exceed the Bond Amount.

(c) Save for any reduction of the Bond Amount under the terms of the Bond or the Contract and subject to Article 4, the liability of the Guarantor shall not be reduced or discharged by reason of any partial performance of the Contract or any Contractual Obligation.

(d) All defences, remedies, cross claims, counter-claims and other rights or entitlements to relief which the Principal may have against the Beneficiary under the Contract, or which may otherwise be available to the Principal in respect of the subject matter thereof, shall be available to the Guarantor in respect of any Default in addition to and without limiting any defence under or arising out of the Bond.

Article 4

Release and discharge of guarantor

(a) Subject to any contrary provision in the Bond and the provisions of paragraph *b* of this Article 4, the Expiry Date shall be six months from the latest date for the performance of the Contract or the relevant Contractual Obligations thereunder, as the case may be.

(b) Subject to any contrary provision of the Bond, the Expiry Date for the purposes of an Advance Payment Bond, a Maintenance Bond, a Retention Bond and a Tender Bond shall be as follows:

- (i) in the case of an Advance Payment Bond, the date on which the Principal shall have carried out works, supplied goods or services or otherwise performed Contractual Obligations having a value as certified or otherwise determined pursuant to the Contract equal to or exceeding the Bond Amount.
- (ii) in the case of a Maintenance Bond, six months after either the date stipulated by the Contract or, if no date has been specified for the termination of the Principal’s maintenance obligations, the last day of the applicable warranty period or defects liability period under the Contract.
- (iii) in the case of a Retention Bond, six months after the date stipulated by the Contract for the payment, repayment or release of any retention monies.

- (iv) in the case of a Tender Bond, six months after the latest date set out in the tender documents or conditions for the submission of tenders.

(c) Where the Expiry Date falls on a day which is not a Business Day, the Expiry Date shall be the first following Business Day. For the purpose of these Rules “Business Day” shall mean any day on which the offices of the Guarantor shall ordinarily be open for business.

(d) A Bond shall terminate and, without prejudice to any term, provision, agreement or stipulation of the Bond, any other agreement or the Applicable Law providing for earlier release or discharge, the liability of the Guarantor shall be discharged absolutely and the Guarantor shall be released upon the Expiry Date whether or not the Bond shall be returned to the Guarantor, save in respect of any claim served in accordance with Article 7.

(e) Notwithstanding the provisions of paragraph *d* of this Article 4, the Bond may be cancelled at any time by the return of the Bond itself to the Guarantor or by the service upon and delivery or transmission to the Guarantor of a release in writing duly signed by an authorised representative of the Beneficiary, whether or not accompanied by the Bond and/or any amendment or amendments thereto.

(f) The Guarantor shall promptly inform the Principal of any payment made under or pursuant to the Bond and of the cancellation, release or discharge thereof or any reduction in the Bond Amount where the same shall not already have been communicated.

Article 5

Return of the bond

The Bond shall immediately after release or discharge under these Rules be returned to the Guarantor, and the retention or possession of the Bond following such release or discharge shall not of itself operate to confer any right or entitlement thereunder upon the Beneficiary.

Article 6

Amendments and variations to and of the contract and the bond and extensions of time

(a) The Bond shall, subject to the Bond Amount and the Expiry Date, apply to the Contract as amended or varied by the Principal and the Beneficiary from time to time.

(b) A Tender Bond shall be valid only in respect of the works and contract particulars set out or described in the tender documents at the Effective Date, and shall not apply beyond the Expiry Date or in any case where there shall be any substantial or material variation of or amendment to the original tender after the Effective Date, unless the Guarantor shall confirm, in the same manner as set out in paragraph *c* of this Article 6, that the Tender Bond so applies or the Expiry Date has been extended.

(c) Any amendment to a Bond, including without limitation the increase of the Bond Amount or the alteration of the Expiry Date, shall be in writing duly signed or executed by authorised representatives of each of the Beneficiary, the Principal and the Guarantor.

Article 7

Submission of claims and claims procedure

(a) A claim under a Bond shall be in writing and shall be served upon the Guarantor on or before the Expiry Date and by no

later than the close of the Business Day at the Guarantor's principal place of business set out in the Bond, on the Expiry Date.

(b) A claim submitted by authenticated tele-transmission, EDI, telex or other means of telefax facsimile or electronic transmission shall be deemed to be received on the arrival of such transmission.

(c) A claim delivered to the Guarantor's principal place of business set out in the Bond shall, subject to proof of delivery, be deemed to be served on the date of such delivery.

(d) A claim served or transmitted by post shall, subject to satisfactory proof of delivery by the Beneficiary, be deemed to be served upon actual receipt thereof by the Guarantor.

(e) The Beneficiary shall, when giving notice of any claim by telefax or other tele-transmission or EDI, also send a copy of such claim by post.

(f) Any claim shall state brief details of the Contract to identify the same, state that there has been a breach or default and set out the circumstances of such breach or default and any request for payment, performance or execution.

(g) Upon receipt of a claim from the Beneficiary, the Guarantor shall send notice in writing to the Principal of such claim as soon as reasonably practicable and before either (a) making any payment in satisfaction or partial satisfaction of the same or (b) performing the Contract or any part thereof pursuant to a Contractual Obligation.

(h) The Beneficiary shall, upon written request by the Guarantor, supply to the Guarantor such further information as the Guarantor may reasonably request to enable it to consider the claim, and shall provide copies of any correspondence or other documents relating to the Contract or the performance of any Contractual Obligations and allow the Guarantor, its employees, agents or representatives to inspect any works, goods or services carried out or supplied by the Principal.

(i) A claim shall not be honoured unless

- (i) a Default has occurred; and
- (ii) the claim has been made and served in accordance with the provisions of paragraphs *a-f* of Article 7 on or before the Expiry Date.

(j) Notwithstanding any dispute or difference between the Principal and the Beneficiary in relation to the performance of the Contract or any Contractual Obligation, a Default shall be deemed to be established for the purposes of these Rules :

- (i) upon issue of a certificate of Default by a third party (who may without limitation be an independent architect or engineer or a Pre-Arbitral referee of the

ICC) if the Bond so provides and the service of such certificate or a certified copy thereof upon the Guarantor, or

(ii) if the Bond does not provide for the issue of a certificate by a third party, upon the issue of a certificate of Default by the Guarantor, or

(iii) by the final judgment, order or award of a court or tribunal of competent jurisdiction, and the issue of a certificate of Default under paragraph (i) or (ii) shall not restrict the rights of the parties to seek or require the determination of any dispute or difference arising under the Contract or the Bond or the review of any certificate of Default or payment made pursuant thereto by a court or tribunal of competent jurisdiction.

(k) A copy of any certificate of Default issued under *j* (i) or (ii) shall be given by the Guarantor to the Principal and the Beneficiary forthwith.

(l) The Guarantor shall consider any claim expeditiously and, if such claim is rejected, shall immediately give notice thereof to the Beneficiary by authenticated tele-transmission or other telefax, facsimile transmission, telex, cable or EDI, confirming the same by letter, setting out the grounds for such refusal including any defences or other matters raised under paragraph *d* of Article 3.

Article 8

Jurisdiction and settlement of disputes

(a) The Applicable Law shall be the law of the country selected by the parties to govern the operation of the Bond and, in the absence of any express choice of law, shall be the law governing the Contract and any dispute or difference arising under these Rules in relation to a Bond shall be determined in accordance with the Applicable Law.

(b) All disputes arising between the Beneficiary, the Principal and the Guarantor or any of them in relation to a Bond governed by these Rules shall, unless otherwise agreed, be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules.

(c) If the Bond shall exclude the operation of the arbitration provisions of this Article 8, any dispute between the parties to the Bond shall be determined by the courts of the country nominated in the Bond, or, if there is no such nomination, the competent court of the Guarantor's principal place of business or, at the option of the Beneficiary, the competent court of the country in which the branch of the Guarantor which issued the Bond is situated.



V. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional: nota de la Secretaría (A/CN.9/460) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> |
|--|-----------------|
| INTRODUCCIÓN | 1-3 |
| I. RESUMEN DE LAS PROPUESTAS | 4-7 |
| II. TEMAS QUE PODRÁN SER SOMETIDOS A LA CONSIDERACIÓN DE LA COMISIÓN | 8-144 |
| A. Conciliación | 8-19 |
| B. Requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje | 20-31 |
| C. Posibilidad de someter a arbitraje | 32-34 |
| D. Inmunidad soberana | 35-50 |
| E. Acumulación de procedimientos arbitrales | 51-61 |
| F. Confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales | 62-71 |
| G. Establecimiento de reclamaciones a efectos de compensación | 72-79 |
| H. Decisiones tomadas por tribunales arbitrales incompletos | 80-91 |
| I. Responsabilidad de los árbitros | 92-100 |
| J. Facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización de daños y perjuicios en forma de intereses | 101-106 |
| K. Costas en procedimientos de arbitraje | 107-114 |
| L. Fuerza ejecutiva de las medidas provisionales de protección | 115-127 |
| M. Facultad discrecional para ejecutar un laudo que ha sido anulado en el Estado de origen | 128-144 |

INTRODUCCIÓN

1. En su 32.º período de sesiones, el 10 de junio de 1998, la Comisión celebró una jornada conmemorativa especial, el “Día de la Convención de Nueva York”, para celebrar el cuadragésimo aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958). Además de los representantes de los Estados miembros de la Comisión y de los observadores participaron en este evento 300 invitados. El Secretario General de las Naciones Unidas pronunció el discurso de apertura. Además de los discursos de antiguos participantes en la conferencia diplomática en que se adoptó la Convención, destacados expertos en arbitraje hicieron exposiciones sobre materias tales como la promoción de la Convención, su promulgación y aplicación. Se hicieron también exposiciones sobre cuestiones que iban más allá del ámbito de la Convención propiamente dicha, tales como la aplicación combinada de la Convención y otros textos jurídicos internacionales sobre arbitraje comercial internacional, y las dificultades con que se ha tropezado en la práctica pero

que no han sido tratadas en los actuales textos legislativos o no legislativos sobre arbitraje¹.

2. En esas exposiciones se hicieron diversas sugerencias sobre la forma de presentar a la Comisión algunos de los problemas identificados en la práctica a fin de que ésta pudiera considerar si sería conveniente y viable realizar cualquier labor al respecto.

3. En lo referente a los debates en el Día de la Convención de Nueva York, la Comisión estimó que sería conveniente emprender, en su 32.º período de sesiones en 1999, un estudio sobre la posible labor futura en materia de arbitraje. Solicitó a la Secretaría que preparara, para el actual período de sesiones, un informe que sirviera de base a las deliberaciones de la Comisión. La Comisión hizo observar que, además de los estudios realizados en el Día de la Convención de

¹Publicación de las Naciones Unidas: *Actas del coloquio sobre el Día de la Convención de Nueva York*, “Ejecución de laudos arbitrales según la Convención de Nueva York: experiencia y perspectivas”, mayo de 1999, ISBN 92-1-133609-0.

Nueva York, para la preparación de la nota se podrían tener en cuenta estudios realizados en otras conferencias internacionales de profesionales del arbitraje (como el Congreso del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial celebrado en París del 3 al 6 de mayo de 1998)². La presente nota se ha preparado en respuesta a esa solicitud.

I. RESUMEN DE LAS PROPUESTAS

4. En el presente documento se examinan brevemente ciertas cuestiones y problemas identificados en la práctica arbitral, con el fin de facilitar la discusión, en el seno de la Comisión, de si se debe incluir cualesquiera de estos temas en el programa de trabajo. Los temas examinados comprenden ciertos aspectos de los procedimientos de conciliación: el requisito legal de una forma escrita del acuerdo de arbitraje; posibilidad de someter a arbitraje; inmunidad soberana; acumulación de procedimientos arbitrales; confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales; establecimiento de reclamaciones en procedimientos arbitrales a efectos de compensación; decisiones tomadas por tribunales arbitrales incompletos; responsabilidad de los árbitros; facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización daños y perjuicios en forma de intereses; costas en procedimientos arbitrales; posibilidad de aplicar medidas provisionales de protección, y facultad discrecional para ejecutar un laudo que ha sido anulado en el Estado de origen. En el período de sesiones de la Comisión podrá plantearse cualquier otra cuestión relativa a la legislación de arbitraje y someterse a la consideración de la Comisión.

5. La Comisión podría desear examinar la conveniencia de preparar disposiciones uniformes sobre cualquiera de esas cuestiones, y tal vez indicar si se deben realizar ulteriores trabajos encaminados a elaborar un texto legislativo (como una disposición de una ley modelo, o un tratado) o un texto no legislativo (como una norma contractual modelo). Incluso si, en último término, no se preparara ninguna solución uniforme, un debate a fondo entre los delegados de los principales sistemas jurídicos, sociales y económicos representados en la Comisión o su Grupo de Trabajo sería útil, pues proporcionaría una valiosa información a los usuarios del arbitraje en todo el mundo sobre las dificultades con que se ha tropezado en la práctica y sus posibles soluciones.

6. Al considerar su futura labor en esta esfera, la Comisión podría desear tomar nota del hecho de que el Grupo de trabajo sobre prácticas jurídicas y comerciales internacionales de la Comisión Económica para Europa (CEPE) ha examinado diversas cuestiones relacionadas con la Convención sobre arbitraje comercial internacional (Ginebra, 1961), incluso su posible revisión. Aunque todavía no se ha decidido que la Convención deba ser revisada, ni sobre el alcance de la revisión, las ideas examinadas con carácter provisional incluyen la posibilidad de una revisión que repercutiría en una mayor utilidad de la Convención para las actuales partes signatarias y para las posibles nuevas partes signatarias. Habida cuenta del interés universal que pueden suscitar los debates en el seno del Grupo de trabajo de la CEPE y de la relación entre esos debates y toda futura labor en materia de arbitraje que

decida realizar la Comisión, ésta podrá solicitar a la Secretaría que siga de cerca las deliberaciones del Grupo de Trabajo de la CEPE e informe sobre las mismas a la Comisión o a su Grupo de Trabajo.

7. En caso de que la Comisión decida incluir en su programa de trabajo cualquiera de las cuestiones mencionadas en este documento, o cualquier cuestión planteada en el curso de su período de sesiones, podrá solicitar a la Secretaría que prepare estudios, en colaboración con las organizaciones internacionales pertinentes, y quizás que prepare propuestas provisionales iniciales que serán sometidas a la consideración de la Comisión o a su grupo de trabajo pertinente.

II. TEMAS QUE PODRÁN SER SOMETIDOS A LA CONSIDERACIÓN DE LA COMISIÓN

A. Conciliación

8. El término “conciliación” se utiliza en este documento para hacer referencia a procedimientos en los cuales una persona independiente e imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un arreglo. La conciliación se diferencia de las negociaciones entre las partes (que normalmente tienen lugar después de surgida una controversia) en que la conciliación la conduce una tercera persona independiente e imparcial, mientras que en las negociaciones entre las partes para llegar a un arreglo no interviene esa tercera persona independiente e imparcial. La conciliación se diferencia del arbitraje en que la conciliación es puramente voluntaria, ya que ambas partes sólo participan en ella mientras estén de acuerdo y en la medida en que lo estén. Así, una conciliación termina sea por un arreglo de la controversia, sea infructuosamente sin el arreglo de la controversia; en cambio, en el caso del arbitraje, si no hay arreglo el tribunal arbitral dicta una decisión que es obligatoria para las partes.

9. En varios reglamentos de instituciones de arbitraje, así como en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1980), se prevén y tratan procedimientos de conciliación en el sentido antes expresado. Estos reglamentos son ampliamente utilizados y han servido de modelo para muchos otros reglamentos de conciliación. En la práctica, estos tipos de procedimientos de conciliación suelen conocerse por diversas expresiones, entre ellas la de “mediación”.

10. La conciliación se practica cada vez con más frecuencia en diversas partes del mundo, incluso en regiones en las que hace años no se utilizaba de manera general. Esta tendencia se refleja, entre otras cosas, en el establecimiento de cierto número de organismos privados y públicos que ofrecen servicios de conciliación a las partes interesadas. Esta tendencia, y un deseo cada vez mayor, en distintas partes del mundo, de promover la conciliación como un medio de solucionar controversias, han hecho que, en los debates que se han celebrado, se hayan pedido soluciones jurídicas armonizadas en el plano internacional, destinadas a facilitar la conciliación. A continuación se recapitulan las ideas expuestas en esos debates.

1. Admisibilidad de ciertas pruebas en ulteriores procedimientos judiciales o arbitrales

11. En los procedimientos de conciliación es usual que las partes hagan sugerencias y expresen sus opiniones relativas

²Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 31.º período de sesiones (1998), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17)*, párrafo 235.

a propuestas de un posible arreglo, hagan concesiones o indiquen su disposición a aceptar un arreglo. Si, pese a esos esfuerzos, la conciliación no culmina en un arreglo y las partes inician procedimientos judiciales o arbitrales, esas sugerencias, opiniones, concesiones o indicaciones de estar en disposición de aceptar un arreglo podrían utilizarse contra la parte que las hizo. Esta posibilidad puede disuadir a las partes de esforzarse en llegar a un arreglo durante el procedimiento de conciliación, lo que podría reducir mucho la utilidad de la conciliación.

12. Para hacer frente a este problema, el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI contiene en su artículo 20 la siguiente norma:

“Las partes se comprometen a no invocar ni proponer como pruebas en un procedimiento arbitral o judicial, se relacionen o no con la controversia objeto del procedimiento conciliatorio:

“a) Opiniones expresadas o sugerencias formuladas por la otra parte respecto de una solución a la controversia;

“b) Hechos que haya reconocido la otra parte en el curso del procedimiento conciliatorio;

“c) Propuestas formuladas por el conciliador;

“d) El hecho de que la otra parte haya indicado estar dispuesta a aceptar una propuesta de solución formulada por el conciliador.”

13. Si las partes no utilizan un reglamento de conciliación o utilizan un reglamento de conciliación que no contiene una disposición como la del artículo 20 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, en muchos ordenamientos jurídicos las partes pueden ser afectadas por el problema antes descrito. Incluso si las partes han convenido en una norma como la del artículo 20, puede que no sea seguro que se dará pleno efecto al acuerdo concerniente a las pruebas. Para asistir a las partes en tales situaciones, algunas jurisdicciones han adoptado leyes destinadas a prevenir la introducción de ciertas pruebas relativas a un procedimiento conciliatorio anterior en un procedimiento judicial o arbitral ulterior.

2. Conciliador que desempeña otra función en otro procedimiento

14. Una parte puede estar renuente a llegar a un arreglo en un procedimiento conciliatorio si debe tener en cuenta la posibilidad de que, si la conciliación no tiene éxito, la otra parte podría nombrar al conciliador como su asesor, o como árbitro. El conocimiento, por parte del conciliador, de ciertos hechos acaecidos en el curso de la conciliación (por ejemplo, propuestas de arreglos y reconocimientos de hechos) podría resultar perjudicial para la parte que los hizo. Ésta es la razón por la cual se formuló el artículo 19 del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, que expresa:

“Las partes y el conciliador se comprometen a que el conciliador no actúe como árbitro, representante ni asesor de una parte en ningún procedimiento arbitral o judicial relativo a una controversia que hubiera sido objeto del procedimiento conciliatorio. Las partes se comprometen, además, a no llamar al conciliador como testigo en ninguno de tales procedimientos.”

15. Algunas jurisdicciones han incluido disposiciones similares en su legislación. En algunos casos, sin embargo, un conocimiento previo por parte del árbitro podría ser considerado por las partes como ventajoso (en particular, porque permitirá al árbitro tramitar el asunto de una manera más eficiente); en tales casos, las partes pueden inclusive preferir que se nombre al conciliador árbitro en el ulterior procedimiento arbitral. Para salir al paso a cualquier objeción que se haga por razones de prejuicios en esos casos, algunas jurisdicciones han adoptado leyes que permiten expresamente que un conciliador, previo acuerdo de las partes, actúe como árbitro.

3. Fuerza ejecutiva de los acuerdos de arreglos

16. Uno de los principales inconvenientes que puede tener la conciliación es que el tiempo y dinero requeridos por la conciliación se habrán invertido en vano si las partes no llegan a un arreglo. Muchas veces se ha dicho que la conciliación sería mucho más atractiva si el arreglo a que se llegara en un procedimiento conciliatorio tuviera fuerza ejecutiva, de manera que una parte en un procedimiento conciliatorio en que se ha llegado a un arreglo no esté obligada a litigar para obtener lo que ha sido acordado. Como es sabido, el tiempo necesario para la obtención de un título ejecutivo en un procedimiento judicial probablemente sea menor si la reclamación se basa en un arreglo que en caso de que no haya habido arreglo. No obstante, la perspectiva de tener que iniciar un litigio para ejecutar un arreglo hace que la conciliación sea menos atractiva.

17. Una forma en que las partes que han llegado a un arreglo pueden obtener un título ejecutivo sería nombrado árbitro al conciliador y limitando el procedimiento de arbitraje a consignar el arreglo en forma de un laudo arbitral en los términos convenidos (como se prevé, por ejemplo, en el artículo 34 1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976)). Sin embargo, en este planteamiento puede surgir un obstáculo en cierto número de ordenamientos jurídicos en los que, una vez que se ha llegado a un arreglo y, por consiguiente, ha desaparecido la controversia, no es posible iniciar procedimientos arbitrales.

18. A la luz de lo anteriormente expuesto, algunas jurisdicciones han adoptado leyes que establecen la fuerza ejecutiva de los acuerdos de arreglo obtenidos en procedimientos de conciliación. Tales leyes prevén, por ejemplo, que el acuerdo de arreglo en forma escrita debe tratarse, a los fines de su ejecución, como un laudo arbitral, y puede ejecutarse como tal. Otra solución podría ser que, a pesar de que la controversia haya dejado de existir, la legislación permitiera expresamente, a las partes en el arreglo, iniciar un procedimiento de arbitraje y obtener del árbitro (que podría ser el antiguo conciliador) un laudo en los términos convenidos.

4. Conclusión

19. La Comisión puede desear estudiar si, con miras a promover y facilitar la conciliación, sería conveniente considerar la preparación de disposiciones de un modelo legislativo, armonizadas, que tratarían cuestiones tales como la admisibilidad, en ulteriores procedimientos arbitrales o judiciales, de pruebas presentadas en el curso de un procedimiento con-

ciliatorio; las funciones que un conciliador pueda realizar en ulteriores procedimientos arbitrales, y las condiciones en las que un arreglo a que se ha llegado en un procedimiento conciliatorio puede tratarse como un título ejecutivo.

B. Requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje

20. El artículo II 2) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras expresa lo siguiente:

“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.”

El artículo 7 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) prevé que:

“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.”

21. En muchas ocasiones se ha considerado que los problemas que se plantean al requerirse que los acuerdos de arbitraje consten por escrito son difíciles y fuente de decepciones. Es en la fase de reconocimiento o denegación de un acuerdo de arbitraje efectivo cuando todavía se observan tensiones entre los tribunales y el proceso arbitral. También se ha dicho que se debe dar prioridad a la armonización de la interpretación del artículo II 2) de la Convención con miras a un mejor funcionamiento de la Convención. Sin embargo, antes de analizar este asunto, en esta nota se comenzará por considerar la cuestión del requisito de la “forma escrita” de un acuerdo de arbitraje y su compatibilidad con la reciente gran utilización del comercio electrónico.

1. Acuerdo de arbitraje “por escrito” y comercio electrónico

22. La cuestión de si el comercio electrónico es un medio aceptable de conclusión de acuerdos de arbitraje válidos no debería plantear más problemas que los planteados por la reciente gran utilización del télex y la fotocopia o facsímil. El artículo 7 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional antes citado valida expresamente la utilización de cualquier medio de telecomunicación “que deje constancia del acuerdo”, texto cuya redacción abarcaría las utilidades más comunes de la mensajería por medio electrónico o por intercambio electrónico de datos (EDI, *electronic data interchange*).

23. En lo que respecta a la Convención de Nueva York, generalmente se acepta que la expresión en el artículo II 2)

“contenidos en un canje de cartas o telegramas” debe ser objeto de una interpretación extensiva de modo que incluya otros medios de comunicación, en particular el télex (al que podría actualmente añadirse el facsímil). La misma interpretación teleológica³ podría ampliarse para que comprendiera el comercio electrónico. Tal ampliación estaría también en consonancia con la decisión tomada por la Comisión cuando adoptó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico junto con su Guía para la incorporación al derecho interno, en 1996⁴. Sin embargo, se podría necesitar un estudio más profundo para determinar si sería probable que la interpretación del artículo II 2) de la Convención de Nueva York por referencia a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional o a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico ganaría un amplio consenso internacional y debería ser recomendada por la Comisión como una solución viable con respecto a esta cuestión, y también para tratar las cuestiones más generales de los requisitos de forma⁵.

2. “Intercambio de cartas o telegramas” como requisito de forma

24. El problema surge de la combinación de la cuestión de la forma y de la manera en que el acuerdo de arbitraje (es decir, su formación) aparece descrito por la expresión “canje de cartas o telegramas” (o “intercambio de cartas o telegramas”) consignada en la Convención y en la Ley Modelo. Esta expresión se presta a una interpretación sumamente literal en el sentido de un mutuo intercambio de textos escritos. En principio, una aceptación tácita no bastaría en la práctica. Tampoco bastaría con un acuerdo puramente verbal.

25. Entre las situaciones de hecho que han planteado serios problemas a los efectos de la Convención y que requieren, por lo menos, una interpretación teleológica muy exten-

³Por ejemplo, el Tribunal federal suizo observó que “[el artículo II 2)] debe interpretarse a la luz de [la Ley Modelo], cuyos autores desearon adaptar el régimen jurídico de la Convención de Nueva York a las necesidades actuales, sin modificar [la propia Convención]. *Compagnie de Navigation et Transports S.A. v. MSC (Mediterranean Shipping Company) S.A.*, 16 de enero de 1995, 1a. división civil del Tribunal federal suizo; extractos pertinentes en (1995) *13 Association suisse de l'arbitrage*, Boletín, págs. 503-511, en pág. 508.

⁴La Guía para la incorporación al derecho interno (que se redactó teniendo presente la Convención de Nueva York y otros instrumentos internacionales) prevé que “la Ley Modelo [sobre comercio electrónico] puede resultar un valioso instrumento, en el ámbito internacional, para interpretar ciertos convenios y otros instrumentos internacionales existentes que impongan de hecho algunos obstáculos al empleo del comercio electrónico, al prescribir, por ejemplo, que se han de consignar por escrito ciertos documentos o cláusulas contractuales. Caso de adoptarse la Ley Modelo como regla de interpretación al respecto, los Estados partes en esos instrumentos internacionales dispondrían de un medio para reconocer la validez del comercio electrónico sin necesidad de tener que negociar un protocolo para cada uno de esos instrumentos internacionales en particular.” (Véase la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, párrafo 6).

⁵Esta cuestión suscita preocupaciones más generales en lo tocante a la compatibilidad del comercio electrónico con el régimen jurídico establecido por una serie de convenciones internacionales que prevén requisitos obligatorios para el uso de documentos escritos. La Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa preparó un inventario de tales instrumentos (Trade/R.1096/Rev.1) junto con una recomendación de que la CNUDMI emprenda trabajos para encontrar posibles soluciones a esas preocupaciones.

siva de la Ley Modelo están las siguientes: aceptación tácita o verbal de una orden de compra por escrito o de una confirmación de venta por escrito; un contrato concluido en forma verbal (por ejemplo, referencia verbal a una forma de salvamento); o ciertas notas de intermediarios, conocimientos de embarque y otros instrumentos o contratos por los que se transfieren derechos u obligaciones a terceros no firmantes (por ejemplo, terceros que no son parte en el acuerdo original). Como ejemplos de tales transferencias a terceros cabe citar: la transferencia universal de activos (sucesiones, fusiones, defusiones y adquisiciones de compañías); transferencia específica de activos (transferencia de contratos o cesión de cuentas por cobrar, o de dudas, novación, subrogación, estipulación en favor de un tercero (*stipulation pour autrui*)); o, en el caso de múltiples partes, o grupos de contratos o grupos de compañías, extensión implícita de la aplicación del acuerdo de arbitraje a personas que no eran expresamente partes del mismo⁶.

26. Los tribunales han pronunciado sentencias bastante disímiles en tales situaciones, lo que a menudo refleja su actitud general hacia el arbitraje. En la gran mayoría de los casos han podido lograr que las partes se atengan a su acuerdo. Sin embargo, en el derecho casuístico existente se ha señalado, por ejemplo, que una cláusula compromisoria en una confirmación de venta o de compra cumplirá el requisito de la forma escrita del artículo II 2) de la Convención únicamente si: a) la confirmación está firmada por ambas partes; o b) se devuelve un duplicado, firmado o no; o posiblemente c) la confirmación es ulteriormente aceptada mediante otra comunicación por escrito de la parte que recibió la confirmación a la parte que la envió. Condiciones tales como las ya descritas no son conformes con la práctica comercial internacional.

27. En la esfera legislativa pueden contemplarse diversas soluciones a los mencionados problemas. Una posible solución, con relación a la cual la Comisión podría desear que se realizara un estudio más a fondo, se basaría en la utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional como una herramienta para la interpretación de la Convención de Nueva York. Tal solución podría requerir la introducción de posibles enmiendas o adiciones al actual texto de la Ley Modelo; en el caso de que ésta fuese enmendada, podría considerarse una gama de distintos planteamientos.

28. Un posible planteamiento, en consonancia con recientes actividades legislativas realizadas en varios países, consistiría en incluir una lista de instrumentos o situaciones de hecho en las que los acuerdos de arbitraje serían validados pese a la ausencia de un intercambio de documentos. Esa lista podría incluir, por ejemplo, la utilización de conocimientos de embarque y otros instrumentos y situaciones de hecho antes mencionados.

29. Una solución más amplia sería validar los acuerdos de arbitraje que se hayan concluido sin un intercambio de documentos cuando la ley aplicable no exigía que el contrato principal cumpliera ningún requisito de forma. El idioma podría considerarse de acuerdo con las líneas de una propuesta formulada con ocasión de la preparación del artículo

7 2) de la Ley Modelo, como sigue: “Sin embargo, existirá también acuerdo de arbitraje cuando alguna de las partes de un contrato haga referencia en su oferta escrita, contraoferta o confirmación del contrato a condiciones generales que contengan una cláusula de arbitraje así como cuando utilice un contrato normalizado o formulario que contenga una tal cláusula siempre y cuando la otra parte no presente objeciones y la legislación aplicable reconozca la validez de los contratos así formulados”⁷. Esa propuesta había sido rechazada “ya que daba lugar a difíciles problemas de interpretación”⁸. Sin embargo, en apoyo de tal propuesta se ha sugerido en varias ocasiones, así como en el “Día de la Convención de Nueva York” en 1998, que el artículo 7 2) debe modificarse para ampliar la definición de escritura (por ejemplo, para que abarque situaciones en que las partes concluyen un contrato sobre la base de las condiciones normalizadas elaboradas por una parte con una cláusula compromisoria que no ha sido firmada por una parte y no hay un intercambio de documentos que pudiera situar la cláusula compromisoria dentro de la definición de escritura)⁹. Podría formularse la objeción de que puede haber motivos específicos por los cuales una parte desearía rechazar una disposición específica, en particular una estipulación tan importante como la renuncia al derecho de acudir a un tribunal. No obstante, tal objeción podría tenerse suficientemente en cuenta dando a la parte que rechaza la cláusula compromisoria la oportunidad de formular su objeción respecto de la misma. Con el fin de encontrar una regla adecuada para uso universal se necesitan un debate y un estudio más a fondo de las propuestas formuladas en el curso de la preparación de la Ley Modelo y especialmente de las diversas soluciones elaboradas en legislaciones nacionales recientes.

30. La solución más radical podría ser enmendar la Ley Modelo de modo tal que estableciera la libertad absoluta con respecto a la forma del acuerdo de arbitraje. Tal libertad podría validar incluso los acuerdos de arbitraje verbales. Sin embargo, podría formularse la objeción de que los acuerdos verbales conducirían a situaciones de incertidumbre y litigios.

31. La solución que consiste en utilizar una versión posiblemente enmendada de la Ley Modelo como herramienta para la interpretación del artículo II 2) de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (sin enmendar ni revisar dicha Convención) podría no proporcionar un nivel suficiente de certidumbre y uniformidad, en particular por lo que respecta a los acuerdos verbales que, seguramente, los tribunales estarán renuentes a aceptar en cierto número de países. Una segunda solución podría basarse en la disposición relativa a la ley más favorable del artículo VII de la Convención. Esta solución podría adoptarse solamente si el artículo II 2) ya no debiera interpretarse como una regla uniforme que establece el requisito mínimo de escritura, sino que se interpretara como una regla que establece el requisito máximo de forma. Si el artículo II 2) debiera interpretarse en el sentido de que establece una regla uniforme, una referencia al artículo VII con

⁷A/CN.9/WG.II/WP.37 (1982), proyecto de artículo 3.

⁸A/CN.9/232 (1982), párrafo 45.

⁹N. Kaplan, “Nuevos conceptos en relación con la forma escrita”, en *Actas del Coloquio sobre el Día de la Convención de Nueva York*, supra, nota 1.

⁶J.-L. Devolvé, “Los terceros y el acuerdo de arbitraje” en *Actas del Coloquio sobre el Día de la Convención de Nueva York*, supra, nota 1.

el fin de atenuar el requisito de la forma sería posible únicamente cuando la ley nacional previera un mecanismo íntegro de ejecución, pues la Convención deviene completamente inaplicable¹⁰. En ese caso, las posibles adiciones a la Ley Modelo deberían incluir disposiciones expresas sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales basados en acuerdos que cumplen los requisitos de forma menos restrictivos —una solución que habría de tratarse en el contexto más amplio de un posible capítulo sobre ejecución. La Comisión podría considerar adecuado un estudio más a fondo de las dos interpretaciones del artículo II 2).

C. Posibilidad de someter a arbitraje

32. En algunos Estados, los asuntos comerciales cuyo conocimiento está reservado a los tribunales se determinan exclusivamente por el derecho casuístico, en tanto que en otros Estados se determinan por diversas disposiciones legislativas, por ejemplo, leyes antimonopolio o contra la competencia desleal, o leyes sobre valores bursátiles o la propiedad intelectual, leyes laborales o leyes sobre las sociedades. Varios Estados han incluido en sus leyes de arbitraje una disposición general que va más allá de la fórmula tradicional de “lo que las partes pueden someter a compromiso o de lo que pueden disponer” para abarcar, por ejemplo, “toda reclamación que implique un interés económico”. La incertidumbre en cuanto a las controversias que pueden someterse a arbitraje y las diferencias entre los criterios para determinar cuáles controversias son susceptibles de resolverse por medio de arbitraje pueden dar lugar a dificultades considerables en la práctica.

33. Una forma de abordar el problema puede ser tratando de alcanzar un consenso a nivel mundial sobre una lista de cuestiones que no pueden someterse a arbitraje. Si no fuera posible establecer tal lista podría considerarse la conveniencia de llegar a un acuerdo sobre una disposición uniforme que determinara tres o cuatro cuestiones que generalmente se considera que no pueden someterse a arbitraje y pedir a los distintos Estados que agreguen a esa lista las cuestiones que cada Estado estime que no pueden someterse a arbitraje. Este método de información canalizada, seguido en el artículo 5 de la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, proporcionaría certeza y seguridad de acceso a la información sobre esas restricciones.

34. La búsqueda del mejor método que fuera viable a nivel mundial y que proporcionara el grado deseado de certidumbre y transparencia desembocaría en un dilema: cuanto más general sea la fórmula, tanto mayor será el riesgo de interpretaciones divergentes por los tribunales de diferentes Estados; cuanto más detallada sea la lista, tanto mayor será el riesgo de que no sea aceptada por los Estados y, en el caso de que la lista fuera aceptada, tanto mayor sería el riesgo de una consolidación de la situación en esta esfera, lo que impediría ulteriores desarrollos tendientes a limitar el campo de las cuestiones que no pueden ser sometidas a arbitraje. Sin embargo, parece conveniente tratar de encontrar alguna fórmula

ya que el resultado de un debate a escala mundial sería de por sí revelador y útil.

D. Inmunidad soberana

35. Cuando un particular inicia un procedimiento arbitral contra un Estado corre el riesgo de que el Estado se niegue a participar en el mismo por razones de inmunidad soberana. De la misma forma, un particular puede tratar de obtener el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral contra el Estado y encontrarse con la excepción de inmunidad soberana en esta etapa. Dado que el arbitraje tiene su origen en un acuerdo, la cuestión a dilucidar es la de si el Estado puede alegar la excepción de inmunidad soberana si previamente ha concertado un acuerdo de arbitraje con la otra parte.

1. Inmunidad soberana en procedimientos de arbitraje

a) Derecho internacional

36. Un examen de diversos instrumentos internacionales así como de la legislación nacional de muchos Estados sugiere que un Estado puede concertar un acuerdo de arbitraje vinculante o que el consentimiento de un Estado a someter controversias a arbitraje comercial internacional implica la renuncia a su inmunidad soberana.

37. Cierta número de instrumentos internacionales y regionales contienen una disposición al efecto de que los Estados están obligados a reconocer los acuerdos de someter controversias a arbitraje. Por ejemplo, en la Convención europea sobre arbitraje comercial internacional (Ginebra, 1961) se prevé que en aquellas cuestiones a las se aplica la Convención “las personas jurídicas consideradas por la ley que es aplicable a ellas como ‘personas jurídicas de derecho público’ tienen el derecho de concluir acuerdos de arbitraje válidos” (artículo II 1)).

38. Otro instrumento de este tipo es la Convención europea sobre inmunidad del Estado que en su artículo 12 1) expresa:

“Cuando un Estado contratante haya convenido por escrito en someter a arbitraje una controversia que haya surgido o pueda surgir en un asunto civil o comercial, dicho Estado no podrá invocar inmunidad con respecto a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado contratante en cuyo territorio o de acuerdo con cuya legislación ha tenido lugar o tendrá lugar el arbitraje con respecto de cualquier procedimiento relativo a:

“a) La validez o interpretación del acuerdo de arbitraje,

“b) El procedimiento de arbitraje,

“c) La anulación del laudo, a menos que el acuerdo de arbitraje prevea otra cosa¹¹.”

39. Disposiciones similares están contenidas en el Proyecto de artículos sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes elaborado por la Comisión de Derecho

¹⁰A. J. Van der Berg, “La Convención de Nueva York; sus efectos deseados; su interpretación; sus principales aspectos problemáticos”, en (1996) *Association suisse de l'arbitrage*, serie especial No. 9, págs. 25-45, en pág. 44.

¹¹Consejo de Europa, Convención europea sobre inmunidad del Estado y Protocolo adicional, Basilea, mayo de 1972.

Internacional en 1991¹² y el proyecto de Convención sobre inmunidad del Estado preparado por la Asociación de Derecho Internacional¹³.

40. Puede observarse también que en 1976 el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano (AALCC) recomendó que la CNUDMI considerara la preparación de un protocolo a la Convención de Nueva York que aclarara, entre otras cosas, que “cuando un organismo gubernamental sea parte en una transacción comercial en la cual haya suscrito un acuerdo de arbitraje, dicho organismo no podrá invocar inmunidad soberana respecto de un arbitraje sometido a tal acuerdo”¹⁴.

b) Legislaciones nacionales

41. Los primeros intentos de codificar reglas sobre inmunidad soberana en las legislaciones nacionales se realizaron en el decenio de 1970 y desde esa época varios Estados han promulgado leyes sobre la inmunidad soberana. Pocas de estas leyes contienen disposiciones similares a las de los instrumentos internacionales antes citados. En otros Estados se ha conseguido el mismo resultado disponiendo que un gobierno extranjero goce de inmunidad respecto de los tribunales del Estado que haya promulgado la ley, con ciertas excepciones; una de estas excepciones se tiene cuando el gobierno extranjero ha concertado un acuerdo de arbitraje. Se ha previsto también en legislaciones nacionales que si una de las partes en un acuerdo de arbitraje es un Estado, no podrá basarse en su propia legislación para contestar su capacidad para ser parte en un procedimiento de arbitraje, ni para contestar la posibilidad de someter a arbitraje una controversia objeto del acuerdo de arbitraje. En otros Estados, sin embargo, las reglas relativas a la inmunidad soberana han evolucionado según el derecho casuístico.

¹²Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 43.º período de sesiones (1991), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 (A/46/10)*. El artículo 17 expresa lo siguiente:

“Si un Estado concierta por escrito un convenio con una persona natural o jurídica extranjera a fin de someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, ese Estado no podrá invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo:

“a) A la validez o la interpretación del convenio arbitral;

“b) Al procedimiento de arbitraje; o

“c) A la anulación del laudo;

“a menos que el convenio arbitral disponga otra cosa.”

¹³Reproducido en (1983) 22 *International Legal Materials*, 287. El artículo III expresa lo siguiente:

“2. Puede hacerse una renuncia implícita, entre otras formas, por las siguientes:

“b) Conviene por escrito en someter una controversia que haya surgido, o que pueda surgir, a arbitraje en el Estado de la jurisdicción o en varios Estados en los que puede estar incluido el Estado de la jurisdicción. En tal caso un Estado extranjero no podrá invocar la inmunidad con respecto a procedimientos en un tribunal del Estado de la jurisdicción relacionados con:

“i) La constitución o nombramiento del tribunal arbitral, o

“ii) La validez o interpretación del acuerdo de arbitraje o del laudo, o

“iii) El procedimiento de arbitraje, o

“iv) La anulación del laudo.”

¹⁴A/CN.9/127, *Anuario de la CNUDMI*, vol. VIII: 1997, segunda parte, III, anexo, párrafo 3 c).

2. Inmunidad soberana en la ejecución de laudos arbitrales

a) Derecho internacional

42. Después de haber obtenido un laudo arbitral contra un Estado, el demandante, cuando trate de ejecutar el laudo, puede verse enfrentado a una excepción de inmunidad soberana invocada por dicho Estado.

43. En lo que respecta a la Convención de Nueva York, que prevé la obligación general de reconocer como vinculantes los acuerdos de arbitraje extranjeros, algunos comentaristas opinan que el texto y los *travaux préparatoires* apoyarían la posición de que un Estado que haya convenido someter una controversia a arbitraje está obligado a cumplir el laudo arbitral resultante y no puede invocar inmunidad.

44. En el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington, 1965), pese a la obligación por parte de los Estados de reconocer como vinculantes y ejecutar los laudos dictados de conformidad con dicho Convenio, se hace reserva expresa de la inmunidad soberana. El artículo 54 1) del Convenio expresa lo siguiente:

“1) Todo Estado contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado...”

Sin embargo, el artículo 55 expresa que:

“Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero.”

45. En opinión de algunos, si el principio aceptado generalmente es que, por el hecho de concertar un acuerdo de arbitraje, un Estado extranjero renuncia a su derecho de invocar inmunidad soberana, debe entenderse que tal renuncia es también extensiva a la ejecución del laudo arbitral. Se ha señalado que, de no ser así, tendría poco sentido aplicar el principio de la renuncia al establecimiento de un procedimiento arbitral si el Estado contra el cual se dicta el laudo puede posteriormente evitar el procedimiento de ejecución invocando aún otra excepción de inmunidad soberana. Otros sostienen que la negativa de un Estado extranjero a honrar un laudo arbitral constituye un acto distinto realizado por el Estado, por lo que la inmunidad soberana puede invocarse de nuevo, o quizás invocarse por primera vez, como una excepción al procedimiento de ejecución.

46. La mayor parte de los sistemas jurídicos distinguen entre la renuncia a la invocación de la excepción de inmunidad a los efectos de la jurisdicción y la renuncia a la invocación de la excepción de inmunidad a los efectos de la ejecución. Por consiguiente, en algunos casos, el consentimiento dado por un Estado para someter una controversia a arbitraje puede no ser suficiente para que implique conformidad con la jurisdicción del tribunal del Estado en que se intenta la ejecución, ni tampoco conformidad con la ejecución. El requisito del consentimiento expreso se consigna en los artículos 7 y 18 2) del Proyecto de artículos sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes elaborado por la

Comisión de Derecho Internacional. Lo que aclaran estas disposiciones es que se considera que se ha renunciado a la inmunidad soberana si el Estado ha dado su consentimiento a la jurisdicción y su consentimiento a la ejecución¹⁵.

47. Otra circunstancia por la cual se excluye de los procedimientos de ejecución la excepción de inmunidad soberana se tiene cuando el bien que se pretende embargar en el proceso de ejecución es utilizado por el Estado extranjero en actividades comerciales. Esta excepción se consigna en las disposiciones del artículo 18 1) del Proyecto de artículos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional que se reproduce a continuación¹⁶. El Proyecto de artículos especifica también ciertas categorías de bienes que son inembargables¹⁷.

“Artículo 18 1)

“1. No podrán adoptarse contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, medidas coercitivas, como las de embargo y ejecución, sino en los casos y dentro de los límites siguientes:

“a) Cuando el Estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas, en los términos indicados:

- “i) Por acuerdo internacional;
- “ii) Por un convenio arbitral o un contrato escrito;
- “iii) Por una declaración ante el tribunal o por una comunicación hecha por escrito después de que haya surgido un litigio entre las partes;

¹⁵El proyecto de artículo 7 expresa:

“1. Un Estado no puede invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción en un procedimiento ante un tribunal de otro Estado con relación a un asunto o caso si ha dado expresamente su consentimiento al ejercicio de la jurisdicción por el tribunal con respecto a ese asunto o caso:

“a) Por medio de un acuerdo internacional;

“b) En un contrato escrito; o

“c) Por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita en un procedimiento específico.

“2. El acuerdo por parte de un Estado de aplicar la ley de otro Estado no debe ser interpretado como consentimiento al ejercicio de jurisdicción por el tribunal de ese otro Estado.”

El proyecto de artículo 18 2) expresa:

“2. El consentimiento al ejercicio de jurisdicción de acuerdo con el artículo 7 no implica consentimiento a que se tomen medidas coercitivas de conformidad con el párrafo 1, para lo cual deberá darse consentimiento por separado.”

¹⁶Esta excepción se basa en el principio general de que una entidad gubernamental que realiza una actividad comercial, por oposición a una actividad gubernamental, no puede invocar inmunidad. Existen varios instrumentos internacionales que contienen disposiciones al efecto (por ejemplo, el artículo 7 1) de la Convención europea sobre inmunidad del Estado). Esta disposición es también usual en legislaciones nacionales y existe una jurisprudencia considerable en la que se discuten medios para diferenciar la “actividad gubernamental” de la “actividad comercial”.

¹⁷Las categorías de bienes inembargables descritas en el artículo 19 incluyen: bienes utilizados o destinados a ser utilizados para fines de las diversas misiones diplomáticas del Estado, o para fines militares; bienes del banco central o de una autoridad similar; bienes que forman parte del patrimonio cultural del Estado o que forman parte de una exhibición de interés científico, cultural o histórico.

“b) Cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso; o

“c) Cuando los bienes sean utilizados o estén destinados a ser utilizados específicamente por el Estado para fines que no sean un servicio público no comercial, se encuentren en el Estado del foro y tengan alguna relación con la demanda objeto del proceso o con el organismo o institución contra el que se haya incoado el proceso.”

b) *Legislaciones nacionales*

48. Sólo pocos Estados han promulgado disposiciones relativas, específicamente, a la ejecución de laudos arbitrales. Por ejemplo, en una ley se expresa que, cuando un Estado extranjero sea parte en un acuerdo de arbitraje, dicho Estado no gozará de inmunidad en un procedimiento para la ejecución de un laudo dictado de conformidad con el procedimiento de arbitraje. El demandante no puede, al amparo de la legislación de otro Estado, exigir la ejecución de un laudo arbitral contra un bien de un Estado extranjero a menos que este Estado haya dado su consentimiento o en caso de que el bien se utilice, o se pretenda utilizar, para fines comerciales.

49. Es más usual que la legislación trate la ejecución de sentencias de todo tipo, sin referencia específica a laudos arbitrales. El método seguido suele basarse en una de dos teorías. Una es la denominada “teoría absoluta”, que prohíbe el embargo de bienes de cualquier tipo de un Estado extranjero sin el consentimiento de ese Estado. El método más usual y moderno se basa en la denominada “teoría restrictiva”, que prohíbe el embargo en circunstancias más limitadas. Existe no obstante una variante en su aplicación. En algunas legislaciones, el término “Estado” se define restrictivamente, de manera que excluya las entidades comerciales estatales y las entidades estatales que realizan actividades comerciales. La mayor parte de las legislaciones excluyen también la inmunidad cuando el Estado ha dado su consentimiento a la ejecución o al embargo, y en algunas legislaciones tal consentimiento se interpreta de manera que abarque tanto la renuncia expresa como la tácita. Algunos Estados no permiten la ejecución de bienes de un Estado extranjero que se encuentran en el Estado en que se pide la ejecución, a menos que exista una relación jurisdiccional suficiente. Otros Estados requieren que exista un vínculo entre el bien que habrá de ser embargado y la reclamación. La mayoría de los Estados aceptan que ciertas categorías de bienes del Estado sean inembargables, siendo dichas categorías similares a las descritas en el artículo 19 del Proyecto de artículos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional antes citado.

3. Conclusión

50. Dado que el tema de la inmunidad del Estado continúa en estudio por la Comisión de Derecho Internacional, y que la Asamblea General ha decidido establecer un grupo de trabajo de la Sexta Comisión para el estudio de cuestiones esenciales que están pendientes de solución y se relacionan con el Proyecto de artículos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en su quincuagésimo cuarto período

de sesiones, que se inicia en 1999¹⁸, la Comisión podría desear solicitar a la Secretaría que siga el curso de los trabajos e informe sobre el resultado de los debates.

E. Acumulación de procedimientos arbitrales

51. Algunas veces puede ser conveniente acumular en un solo procedimiento arbitral dos o más procedimientos arbitrales que tienen su origen en acuerdos de arbitraje diferentes. A los efectos del presente análisis sólo se examinan aquellas situaciones que implican la posible acumulación de dos o más procedimientos cuando los procedimientos que habrán de ser acumulados tienen lugar o habrán de tener lugar en el mismo Estado. Aunque la acumulación puede ser también conveniente en algunos casos en que los procedimientos arbitrales tengan lugar en Estados diferentes, esas situaciones plantean, además, cuestiones de cooperación internacional entre tribunales nacionales, las cuales están fuera del ámbito del presente análisis.

52. La acumulación puede considerarse conveniente en diversas situaciones. Las más usuales son aquellas en que más de un procedimiento de arbitraje tienen su origen en un mismo conjunto de hechos, o cuando intervienen en ellos las mismas partes. Un ejemplo de estas situaciones se tiene cuando existe un acuerdo de arbitraje entre un adquirente de grandes instalaciones industriales y su contratista general, y existen otros acuerdos de arbitraje entre el contratista general y sus diversos subcontratistas, sin que en estos últimos acuerdos sea parte el adquirente de las instalaciones industriales. Un asunto que dé lugar a un procedimiento de arbitraje entre varias de esas partes a menudo provoca procedimientos de arbitraje entre las otras partes. En esta situación, una o más de las partes pueden tener interés en la acumulación de estos procedimientos arbitrales conexos.

53. Una de las ventajas de la acumulación es que evita las decisiones incoherentes. Cuando más de un tribunal arbitral deliberan sobre asuntos que surgen del mismo conjunto de hechos, es posible que cada tribunal llegue a una conclusión diferente. En el ejemplo presentado anteriormente, si las partes debieran someter a arbitraje una controversia que ha surgido con motivo de un proyecto en construcción, es concebible que un tribunal estime que el contratista general no es responsable, mientras que otro tribunal puede estimar que ninguno de los subcontratistas es responsable. Sin embargo, los hechos pueden indicar que el adquirente de las obras industriales debe tener derecho a recibir una indemnización de daños y perjuicios de, por lo menos, una de las partes. Otra posible ventaja de la acumulación es la eficacia. Si un tribunal de arbitraje puede oír a todas las partes y sus peritos, y examinar todas las pruebas, se podrían evitar duplicaciones, reducir costos y ahorrar tiempo en beneficio de todos los interesados.

54. Debe señalarse una importante diferencia entre aquellas situaciones en las que las partes se han puesto de acuerdo sobre la acumulación, ya sea en el convenio de arbitraje o en otro lugar, y aquellas situaciones en que no se han puesto de acuerdo sobre esto. En los casos en que las partes ya se

han puesto de acuerdo sobre la acumulación, pueden necesitar asistencia para aplicar el acuerdo; por ejemplo, es posible que no se hayan estipulado los términos de la acumulación, o que las partes no lleguen a un acuerdo sobre la selección del tribunal, o que se encuentren en una situación de bloqueo con respecto a otras cuestiones. Por otro lado, una o más de las partes que se encuentran en este caso pudieran no desear que las controversias conexas se ventilen en un procedimiento acumulado (por ejemplo, con el fin de mantener la confidencialidad o por otras razones de orden táctico en materia procesal). Puede, por tanto, suceder que en algunos casos las distintas partes interesadas convengan en que las diferentes controversias se ventilen en procedimientos acumulados, y que en otros casos no se acuerde esto.

55. Se ha sugerido que el objetivo de los trabajos legislativos se limite a facilitar la aplicación de acuerdos para la acumulación de procedimientos. Otros consideran que la legislación debe ir más allá y permitir que los tribunales ordinarios dispongan la acumulación cuando, a su juicio, esto parezca lo más adecuado, incluso en ausencia de acuerdo de las partes.

1. Soluciones legislativas actuales

56. Un examen de la legislación indica que las facultades de una autoridad competente para ordenar la acumulación no están cubiertas por ningún instrumento internacional relativo al arbitraje internacional. En la época en que se preparaba la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, existía el consenso de que la Ley Modelo no debía tratar los problemas de la acumulación de controversias multipartitas. Si bien se convino en que las partes estaban en libertad de concertar acuerdos de acumulación si así lo deseaban, el Grupo de Trabajo consideró que no había una necesidad real de incluir en la Ley Modelo una disposición sobre acumulación¹⁹.

a) Autoridad para ordenar la acumulación sin el acuerdo de las partes

57. En los ejemplos examinados de legislaciones nacionales que tratan de la acumulación, sólo en dos casos la legislación autoriza al tribunal a ordenar la acumulación incluso cuando no todas las partes interesadas estén de acuerdo con la acumulación. En uno de esos Estados, la facultad para imponer la acumulación se aplica solamente en el caso de arbitrajes nacionales; para que esta facultad sea aplicable a los arbitrajes internacionales, las partes tienen que haber previamente acordado por escrito que "optan por entrar" en el régimen nacional que contiene las disposiciones relativas a la acumulación ordenada por el tribunal. En otro Estado las partes pueden acordar por escrito que "optan por salir" de las mencionadas disposiciones. Después de que todas las partes y árbitros hayan tenido oportunidad de expresar su opinión sobre la petición de acumulación formulada por una parte, el tribunal puede aceptar la petición, total o parcialmente, o rechazarla. Si los procedimientos deben ser acumulados y las

¹⁸Resolución 53/98 de la Asamblea General, Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (20 de enero de 1999).

¹⁹Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su tercer período de sesiones (1982) (A/CN.9/216), *Anuario de la CNUDMI*, vol. VIII: 1982, segunda parte, III, A, párrafo 37.

partes no pueden llegar a un acuerdo sobre el tribunal arbitral o las reglas de procedimiento, el tribunal ordinario deberá tomar una decisión al respecto.

b) *Facultad para asistir a las partes en la acumulación de procedimientos por acuerdo de las partes*

58. El enfoque más usual en los países que han promulgado legislaciones sobre la acumulación, sin embargo, es el de reconocer la autonomía de las partes y asistir a las partes que ya hayan acordado acumular sus procedimientos. La mayor parte de las legislaciones exigen que tal acuerdo se haya expresado en el convenio de arbitraje o en otro lugar, o que la acumulación se efectúe con el consentimiento de todas las partes.

59. En la mayor parte de las legislaciones examinadas, la solicitud de acumulación se formula a un tribunal ordinario. En unas jurisdicciones, la solicitud de acumulación puede hacerse al tribunal o los tribunales arbitrales que intervienen. Los tribunales arbitrales ante los cuales se haya formulado la petición pueden conferenciar entre sí con miras a dictar órdenes de acumulación coherentes. Si no se dicta una orden de acumulación, o si los tribunales arbitrales que intervienen no dictan órdenes provisionales coherentes, cualquiera de las partes puede dirigirse al tribunal ordinario para que éste tome una decisión sobre la acumulación.

60. La mayor parte de las legislaciones examinadas disponen que se puede dictar una orden de acumulación cuando exista una cuestión común, de derecho o de hecho, cuando los derechos de alivio de deuda reclamados provengan de un mismo acto, o cuando una orden de acumulación sea deseable por alguna otra razón.

2. Conclusión

61. La Comisión puede tener interés en considerar si la acumulación de procedimientos arbitrales es un asunto que merece un estudio más a fondo con miras a la posibilidad de preparar disposiciones de una ley modelo. En tal caso, se podría pedir a la Secretaría que explorara, en particular, la experiencia práctica en materia de disposiciones sobre acumulación en las legislaciones nacionales, y cuestiones tales como, por ejemplo, si se requiere el reconocimiento por la ley de la fuerza ejecutiva de los acuerdos de acumulación; si los tribunales arbitrales y los tribunales ordinarios deben estar específicamente facultados para facilitar la acumulación de acuerdos de arbitraje conexos, con el consentimiento de las partes, relativos a cuestiones tales como la selección del tribunal arbitral que continuará conociendo de los procedimientos acumulados, los términos de la acumulación, y los procedimientos aplicables, y si los tribunales que intervienen deben estar específicamente facultados para conferenciar entre sí sobre estos asuntos.

F. Confidencialidad de la información en los procedimientos arbitrales

62. Un importante debate internacional sobre el asunto de la confidencialidad de los procedimientos de arbitraje en los últimos años, suscitado en parte por la decisión del Tribunal

Supremo de Australia en el caso de *Esso v. Plowman*²⁰, ha hecho pensar que las exigencias de las partes en cuanto a la confidencialidad de los procedimientos pueden no estar adecuadamente protegidas por reglamentos de arbitraje o por leyes nacionales de arbitraje. Antes de esta decisión judicial, se suponía, en general, que si la privacidad de los procedimientos de arbitraje estaba protegida, por ejemplo, por las disposiciones del derecho procesal, la confidencialidad estaría también protegida. Por esta razón, la confidencialidad no se trató específicamente en los reglamentos de arbitraje ni en las leyes nacionales de arbitraje. El reglamento de arbitraje de la CNUDMI, por ejemplo, dispone que las audiencias se celebrarán a puerta cerrada a menos que las partes acuerden lo contrario y que podrá hacerse público el laudo sólo con el consentimiento de ambas partes. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, por otro lado, no trata la cuestión de la privacidad ni la de la confidencialidad.

63. Si bien el hecho de asegurar la privacidad de los procedimientos no entraña necesariamente que se asegure la confidencialidad, la privacidad contribuye a limitar el número de personas que tienen acceso a las audiencias de arbitraje. Los reglamentos de arbitraje generalmente tratan la cuestión de la privacidad de los procedimientos. Si bien esos reglamentos también tratan, cada vez con más frecuencia, la cuestión de la confidencialidad y el derecho casuístico de un pequeño número de jurisdicciones reconoce específicamente la confidencialidad como una condición implícita del acuerdo de arbitraje, la confidencialidad no se trata en las legislaciones nacionales, salvo en muy contados casos. En las legislaciones en que la confidencialidad se protege específicamente, no existe un enfoque único sobre la amplitud de la obligación de confidencialidad en lo que respecta a la información que deberá tratarse como confidencial, las personas que deberán cumplir esta obligación, y las excepciones que pueden admitirse a las prohibiciones relativas a la revelación y comunicación de información.

1. Disposiciones actuales sobre confidencialidad

64. Un estudio de los reglamentos de arbitraje y de las pocas leyes nacionales que tratan la confidencialidad pone de manifiesto una diversidad de métodos. Un método para formular una disposición sobre confidencialidad que podría aplicarse a todas las clases de casos ha sido el de incluir una disposición general en el sentido de que el material presentado o producido en un procedimiento de arbitraje no puede ser revelado a terceras personas sin el consentimiento de la otra parte o la autorización del tribunal ordinario. En otro método se ha adoptado una disposición más detallada que trata las modalidades del deber de confidencialidad incluyendo, por ejemplo, i) el material o información que deba mantenerse confidencial; ii) las personas que deban cumplir el deber de mantener la confidencialidad y la forma de aplicación, y iii) las excepciones que puedan admitirse a las prohibiciones relativas a la revelación y comunicación de información.

²⁰(1995) *Commonwealth Law Reports* 10; véase también *Commonwealth of Australia v. Cockatoo Dockyard P/L* (1995), 36 *New South Wales Law Reports*, 662.

65. En lo que respecta al material o información que habrá de mantenerse confidencial, algunas disposiciones incluyen una descripción general de “hechos u otras informaciones relativas a la controversia o al procedimiento de arbitraje”. Otras disposiciones adoptan una descripción más concreta de la información que habrá de incluirse e incluyen diversas categorías de información a las que se dan tratamientos diferentes. Entre estas categorías están, por ejemplo, la referencia a la prueba aportada por una parte o un testigo; argumentos expuestos en forma escrita u verbal; el hecho de que el arbitraje esté en curso; la identidad de los árbitros; el contenido del laudo; las comunicaciones entre las partes, o entre las partes y sus asesores, antes o en el curso del procedimiento de arbitraje, y la información que es confidencial por su propia naturaleza, como son los secretos comerciales y la información comercial confidencial.

66. En lo que respecta a las personas que deberán cumplir el deber de confidencialidad, se incluyen distintas categorías de personas tales como los árbitros; el personal de la institución de arbitraje, cuando se trate de arbitraje institucional; las partes y sus agentes; los testigos, incluidos los expertos; los asesores y consejeros. Dado que el deber de confidencialidad puede no aplicarse de la misma forma a todas estas personas, en un método se requiere que los árbitros y los representantes de las partes, y tal vez los testigos, firmen un acuerdo de confidencialidad. Otro método en lo tocante a los testigos consiste en exigir que la parte que proponga un testigo garantice que éste observará el mismo grado de confidencialidad que el que deberá observar la parte que lo propone. Algunas disposiciones especifican también el período durante el cual tendrá efecto el deber de confidencialidad.

67. Entre las circunstancias en las que se permite la revelación de información se han indicado aquellas en que las partes consienten en la revelación; cuando la información ya sea de dominio público; cuando la revelación sea exigida por la ley o por un organismo de reglamentación; cuando haya una necesidad razonable de proteger los intereses legítimos de una parte, y cuando la protección se ofrezca en aras de la justicia o del interés público. Si bien algunas de estas excepciones y sus campos de aplicación pueden ser claramente definidos, se ha considerado generalmente que otras, como la revelación de información “en el interés público”, requieren un examen cuidadoso. Se ha sugerido, por ejemplo, que se trate de establecer un equilibrio entre un legítimo interés público en la información en cuestión y la amenaza de revelar información sensible desde el punto de vista comercial como un medio de ejercer presión sobre una parte para que acepte un arreglo.

68. Algunas disposiciones se refieren también a las condiciones especiales que van asociadas a la revelación debido al momento en que ésta se produce. Si se va a revelar información, por ejemplo, en el curso del procedimiento de arbitraje, un método consiste en exigir que dicha revelación se notifique al tribunal arbitral y a la otra parte. Cuando la revelación vaya a efectuarse después de terminado el procedimiento de arbitraje, sólo es necesario notificar a la otra parte.

69. Pese a la existencia de disposiciones tendientes a garantizar la confidencialidad del laudo arbitral, algunos reglamentos de arbitraje institucionales incluyen una disposición que permite la publicación de estadísticas totalizadas o incluso facilitar información sobre procedimientos concretos

siempre que la información revelada no permita identificar partes individuales o circunstancias específicas. Usualmente se requiere el consentimiento de la institución.

2. Conclusión

70. Partiendo de la base de que la actual protección puede no ser adecuada, se han formulado opiniones divergentes en cuanto a la forma de asegurar la confidencialidad de los procedimientos de arbitraje. En unas se indica que por la misma razón que es difícil la definición del ámbito de un deber general de confidencialidad, el tratamiento de la cuestión es igualmente difícil. En otras, entre las cuales se encuentra la del Tribunal Supremo de Australia en *Esso v. Plowman*, se indica que las partes en un procedimiento de arbitraje pueden consignar expresamente, en su acuerdo de arbitraje, los niveles absolutos o específicos de confidencialidad que habrán de aplicarse. Por otro lado, otros sugieren que las reglas de arbitraje deban incluir disposiciones sobre confidencialidad, mientras que otros opinan que podría ser necesaria una disposición de una ley modelo. En todos estos casos se ha subrayado la importancia, para el arbitraje comercial internacional, de un tratamiento uniforme y una amplia aplicación.

71. La Comisión pudiera desear considerar si la cuestión de la confidencialidad debe estudiarse más a fondo y, en particular, si pudiera necesitarse una ulterior protección en forma de una disposición de una ley modelo. En tal caso, se podría solicitar a la Secretaría que explorara las opciones existentes para la protección de la confidencialidad y, en particular, el ámbito de la protección que puede ser necesario ofrecer en términos, por ejemplo, del material o información que deba mantenerse confidencial, las personas que deban cumplir el deber de confidencialidad y la forma de aplicación, así como las excepciones que puedan admitirse a las prohibiciones relativas a la revelación y comunicación de información.

G. Establecimiento de reclamaciones a efectos de compensación

72. Suele suceder en la práctica habitual que el demandado en el procedimiento arbitral, además de responder a los puntos planteados en la demanda, establece a su vez una reclamación contra el actor en la reclamación inicial. El demandado puede establecer tal reclamación de dos formas. En la primera forma, puede establecer una reconvencción, que será tratada por el tribunal arbitral esencialmente como si fuera una demanda inicial y sobre la cual se tomará una decisión independientemente de la decisión que se tome en la demanda inicial del actor, y sin tener en cuenta su resultado. Así, por ejemplo, si la demanda del actor se deja sin efecto, el tribunal arbitral deberá, no obstante, pronunciarse sobre la reconvencción.

73. En la segunda forma, el demandado puede establecer su reclamación no como una reconvencción sino como una excepción de compensación. En tal caso, sólo se tomará una decisión sobre la excepción si la demanda establecida por el actor en la reclamación inicial se considera fundada, y únicamente en la cuantía en que ésta lo sea. Si la demanda del actor en la reclamación inicial es improcedente, no es necesari-

rio que el tribunal arbitral se pronuncie sobre la reclamación establecida como excepción de compensación.

74. Una cuestión que se plantea a menudo en la práctica es la de determinar en qué condiciones el tribunal arbitral puede tomar en consideración una reclamación establecida a efectos de compensación. Esta cuestión ha dado lugar a respuestas divergentes y el punto que se discute es si el tribunal es competente para conocer del fondo de una reclamación planteada a efectos de compensación si la reclamación no se basa en el mismo contrato de arbitraje en que se basa la reclamación principal (por ejemplo, si se funda en un acuerdo de arbitraje diferente, o no se funda en ningún acuerdo de arbitraje).

1. Soluciones actuales

75. La cuestión puede solucionarse por acuerdo de las partes. Existen reglamentos de arbitraje que permiten que el tribunal arbitral considere reclamaciones a efectos de compensación incluso si la reclamación no se basa en el mismo acuerdo de arbitraje en que se basa la reclamación principal. Por ejemplo, el artículo 27 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Zurich (1989) prevé que el tribunal arbitral es también competente para conocer de la excepción de compensación si la reclamación establecida a efectos de compensación no se basa en la cláusula compromisoria, e incluso si existe otra cláusula compromisoria o una cláusula que establezca la competencia para conocer de esa reclamación.

76. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI adopta una posición más restrictiva al disponer que el demandado puede presentar una reclamación a efectos de compensación si la reclamación surge del mismo contrato (artículo 19). El Reglamento no indica expresamente que la reclamación presentada a efectos de compensación deba basarse en el mismo acuerdo de arbitraje que la reclamación principal. Si las partes han tomado como modelo para su acuerdo de arbitraje la cláusula de arbitraje modelo que aparece en la nota de pie de página al artículo 1 del Reglamento de Arbitraje²¹ (y por esa razón han sometido a arbitraje las controversias que han surgido del contrato), ambas reclamaciones, es decir la reclamación principal y la reclamación establecida a efectos de compensación, se basarían en el mismo acuerdo de arbitraje. Si, en cambio, el acuerdo de arbitraje en que se basa la reclamación principal no es el mismo en que se basa la reclamación establecida a efectos de compensación, se planteará, también cuando se aplique el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la cuestión de determinar si el tribunal arbitral es competente para conocer de una reclamación establecida a efectos de compensación que no se base en el acuerdo de arbitraje.

77. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional no trata la cuestión expresamente. En el comentario analítico sobre el proyecto de texto de una Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, preparado por la Secretaría, se adopta la posición de que, si el deman-

dato presenta una reclamación a efectos de compensación (o en forma de reconvencción), la reclamación no podrá exceder de la cuantía del acuerdo de arbitraje. En el comentario se añade que esta restricción, aunque no se expresa en el artículo, parece evidente por el hecho de que la competencia del tribunal arbitral se basa en ese acuerdo, y viene dada dentro de los límites de ese acuerdo²².

78. Desde entonces se han expresado opiniones en el sentido de que la competencia del tribunal arbitral para conocer de reclamaciones establecidas a efectos de compensación debe, en ciertas circunstancias, extenderse más allá del contrato en que se basa la reclamación principal. Las razones que se aducen son la eficacia del procedimiento y la conveniencia de resolver las controversias entre las partes; esas razones son particularmente importantes cuando ambas partes son comerciantes, o cuando tanto la reclamación principal como la reclamación establecida a efectos de compensación se basan en contratos conexos desde el punto de vista económico.

2. Conclusión

79. La Comisión tal vez desee considerar si este tema merece un estudio más a fondo. Las cuestiones que habrían de estudiarse podrían incluir, por ejemplo, determinar si la competencia del tribunal arbitral para conocer de las reclamaciones planteadas a efectos de compensación puede ser debidamente tratada por normas de arbitraje o si sería deseable una norma legislativa adecuada.

H. Decisiones tomadas por tribunales arbitrales incompletos

80. De acuerdo con las leyes y reglamentos de arbitraje, los árbitros que hayan convenido actuar en tal capacidad tienen el derecho y el deber de participar en los procedimientos y deliberaciones del tribunal arbitral y de firmar el laudo arbitral. Este derecho y deber están también implícitos, o expresamente previstos, en el acuerdo en virtud del cual un árbitro acepta un nombramiento.

81. A veces sucede que un árbitro, en particular un árbitro designado por una parte, renuncia o se niega a participar en el procedimiento o en las deliberaciones del tribunal arbitral. La mayor parte de las leyes y reglamentos de arbitraje nacionales contienen disposiciones que tratan esta situación. Por lo general se dispone que el árbitro que no ejerza sus funciones sea sustituido por un árbitro sustituto; usualmente se prevé que las normas que rigen el nombramiento del árbitro sustituto sean las mismas aplicables al nombramiento de los árbitros sustituidos (véase, por ejemplo, el artículo 14 1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional).

82. Independientemente del motivo de la renuncia o de la inacción de un árbitro, el hecho de que un árbitro no ejerza sus funciones y la designación de un árbitro sustituto probablemente causen demoras, gastos e inconvenientes. Una importante causa de gastos y demoras adicionales considerables es la posible necesidad de repetir las audiencias que se

²¹La parte pertinente de la cláusula de arbitraje modelo expresa lo siguiente: "Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato ... se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor" [se ha añadido la bastardilla].

²²A/CN.9/264, *Anuario de la CNUDMI*, vol. XVI: 1985, segunda parte, I, B, comentario sobre el proyecto de artículo 23, párrafos 5 y 8.

habían celebrado antes del nombramiento del sustituto (véase, por ejemplo, el artículo 14 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI).

83. Particularmente problemáticos son aquellos casos en que la renuncia de un árbitro o su negativa a cooperar se produce en la fase final del procedimiento y los otros dos árbitros, o la institución arbitral que tramita el caso consideran que tal renuncia o falta de cooperación no están justificadas. Dada la posible perturbación del procedimiento arbitral, una causa especial de preocupación son los casos en que la renuncia o negativa a cooperar se produce como resultado de la colusión entre una parte y el árbitro designado por ella. Tal colusión puede ser motivada por el deseo de causar demoras, obstaculizar el procedimiento y, de esa forma, privar a la otra parte de los derechos que legítimamente le corresponden en virtud del acuerdo de arbitraje.

84. La inacción del árbitro puede dar lugar a la responsabilidad del árbitro por incumplimiento de sus obligaciones contractuales o legales. Esta responsabilidad es una cuestión entre la parte que sufre el daño y el árbitro y está fuera del ámbito de la controversia que es objeto del procedimiento de arbitraje en el que se ha cometido la falta. Si como consecuencia de esta cuestión surge una controversia, normalmente será resuelta por un tribunal ordinario, a menos que se concierte un acuerdo de arbitraje entre el árbitro y la parte que establece la reclamación contra el árbitro.

85. Abstracción hecha de tal responsabilidad del árbitro, la falta de participación del árbitro puede tratarse también en el contexto del procedimiento arbitral en que el árbitro deja de participar. Por lo general, las dificultades causadas son pocas cuando la negativa a cooperar se produce después de que el tribunal arbitral ha concluido sus deliberaciones sobre el fondo del laudo y la falta de cooperación está limitada a la negativa del árbitro a firmar el laudo. La solución generalmente aceptada en las leyes y reglamentos de arbitraje es que basta con la firma de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se exprese el motivo por el que falta cualquier firma (artículo 31 1) de la Ley Modelo de la CNUDMI; una norma similar está contenida, por ejemplo, en el artículo 32 4) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI).

86. La cuestión que en los últimos años ha dado lugar a vivos debates entre los profesionales del arbitraje es la de si, cuando un árbitro renuncia en una fase avanzada del procedimiento, quizás después de haberse presentado las pruebas y oído los argumentos, se permite que los dos árbitros restantes concluyan el procedimiento y dicten el laudo²³. Tales decisiones tomadas por los dos árbitros restantes se conocen a menudo por decisiones de tribunales incompletos (conocidos también por “tribunales truncados”).

87. En los debates de esta cuestión, un punto que se ha señalado con frecuencia es que tanto en los países cuyo ordenamiento jurídico se basa en el derecho civil como en aquellos cuyo ordenamiento jurídico se basa en el *common law*, los tribunales ordinarios respetarían los laudos dictados por tribunales incompletos si las partes habían convenido en

ello. Además, se ha indicado que las partes prudentes que desean evitar dificultades elegirán por tanto normas que permitan a dos árbitros continuar el procedimiento y dictar un laudo en ausencia del tercer árbitro, cuando la mayoría determina que tal proceder va en interés de un arbitraje justo y correcto. Se ha expresado también la opinión de que sería difícil imaginarse que, incluso en ausencia de una norma o acuerdo expresos, un tribunal moderno de un Estado que por lo demás mantenga una normativa pública de apoyo del arbitraje comercial internacional, invalidaría un laudo dictado por la mayoría de los árbitros por el hecho de que un árbitro designado por una parte, con el propósito de hacer fracasar el arbitraje, ha optado por ausentarse en la fase final del procedimiento, o se ha negado a participar en las deliberaciones o a firmar el laudo. Esta opinión se basa en el supuesto de que las leyes nacionales que hacen referencia a la participación de tres árbitros deben considerarse satisfechas cuando los tres hayan tenido, de una manera justa e igualitaria, oportunidad de participar. Se ha señalado también, como una cuestión de orden práctico, que una vez que está claro que un árbitro designado por una parte no puede lograr que se deje de dictar un laudo por el hecho de ausentarse del procedimiento o de las deliberaciones, probablemente desaparezca el problema que da lugar a esta situación²⁴. Se han expresado también opiniones divergentes por las que se recomienda que no se conceda, por ley, una autorización para que un tribunal incompleto tome decisiones en uso de facultades discrecionales. Se ha sostenido que una parte no debería ser responsable del comportamiento indebido del árbitro por ella designado, y que un derecho discrecional a continuar el procedimiento como un tribunal incompleto podría ser causa de problemas cuando, después de la renuncia de un árbitro, los dos árbitros restantes actúan indebidamente en interés de una de las partes.

1. Soluciones actuales legislativas y no legislativas

88. A la luz de estos debates, algunas instituciones arbitrales han adoptado normas que determinan las condiciones bajo las cuales un tribunal incompleto puede proceder válidamente y dictar un laudo. Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (1991) expresa en su artículo 11:

“1. Si un árbitro en un tribunal constituido por tres personas deja de participar o se niega a participar en el arbitraje, los otros dos árbitros estarán facultados, con carácter discrecional, para continuar el arbitraje y tomar cualquier decisión, resolución o dictar cualquier laudo pese a la ausencia de participación del tercer árbitro. Al determinar si se habrá de continuar el arbitraje o tomar cualquier decisión, o dictar cualquier resolución o laudo sin la participación de un árbitro, los otros dos árbitros deberán tomar en consideración la fase en que se encuentra el arbitraje, el motivo, si existe, expresado por el tercer árbitro para tal falta de participación, así como otras cuestiones que consideren apropiadas en las circunstancias del caso. Si los otros dos árbitros deciden no continuar el arbitraje sin la participación del tercer árbitro, el administrador, en base a pruebas satisfactorias, declarará vacante el cargo, y se nombrará un árbitro sustituto de acuerdo con

²³Por ejemplo, el Décimo Congreso de Arbitraje Internacional, Estocolmo, 28 a 31 de mayo de 1990. *Actas del Congreso: ICCA Serie No. 5* del Congreso, Consejo Internacional para Arbitraje Comercial, I. Prevención de la demora y perturbación del arbitraje, II. Procedimiento efectivo en casos de construcción; *editor general*: Albert Jan van den Berg, pág. 26.

²⁴Ibíd., páginas 28 y 29.

las disposiciones del artículo 6, a menos que las partes convengan otra cosa.

“2. Si se nombra un árbitro sustituto, el tribunal determinará, en uso de sus facultades discrecionales, si la totalidad o una parte de las audiencias anteriores deberán repetirse.”

89. En otros reglamentos de arbitraje internacional, como el Reglamento facultativo para arbitrar controversias entre dos partes de las cuales una es un Estado (1993) del Tribunal Permanente de Arbitraje (artículo 13 3)) y el Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (1994) (artículo 32), se han incorporado disposiciones esencialmente de la misma naturaleza.

90. Esta cuestión ha sido tratada por pocas legislaciones nacionales sobre arbitraje. Un método ha consistido en incluir en la legislación lo esencial de las soluciones antes descritas en reglamentos de arbitraje. Otro método ha sido más restrictivo: si bien en principio la ley reconoce la libertad de las partes para convenir la forma en que habrán de tratarse las decisiones tomadas por tribunales incompletos, limita la posibilidad de las partes de conceder a los árbitros restantes autorización para proceder sin la presencia del árbitro no cooperante en aquellos casos en que éste se niega a participar en el voto de una decisión. Se prevé también que las partes deben notificar por anticipado su intención de obtener un laudo en ausencia del árbitro que se niega a participar en el voto. En el caso de otras decisiones, la ley prevé que las partes sólo deben ser informadas, después de la decisión, de la negativa del árbitro a participar en el voto.

2. Conclusión

91. La Comisión podría desear examinar las posibles consecuencias perjudiciales de la retirada de mala fe de los árbitros de los procedimientos arbitrales en la práctica del arbitraje comercial internacional y, en ese contexto, podría considerar cuestiones tales como: *a)* la medida en que las partes deben poder acordar dejar claramente determinada la validez de un laudo dictado por un tribunal incompleto; *b)* determinar si sería conveniente que la Comisión formulara una solución modelo para un acuerdo de las partes sobre decisiones tomadas por tribunales incompletos, y *c)* determinar si sería conveniente que las leyes sobre arbitraje comercial internacional trataran esta cuestión y, en tal caso, si la Comisión debería preparar una solución legislativa modelo. En caso de que la Comisión decidiera que esta cuestión se estudiara más a fondo, podría solicitar a la Secretaría que preparara un estudio en el que se describirían diversas soluciones posibles para su ulterior consideración por la Comisión.

I. Responsabilidad de los árbitros

92. En el trabajo preparatorio de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional hubo acuerdo general en el sentido de que no era apropiado que en la Ley Modelo se abordase la cuestión de la responsabilidad de los árbitros²⁵.

²⁵Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su tercer período de sesiones (1982) (A/CN.9/216), *Anuario de la CNUDMI*, vol. XIII: 1982, segunda parte, III, A, párrafos 51-52.

93. En legislaciones nacionales sobre arbitraje, incluido cierto número de legislaciones que han incorporado la Ley Modelo, se han insertado disposiciones que tratan la responsabilidad de los árbitros. Estas disposiciones difieren en cuanto a que los árbitros deban o no estar exentos de responsabilidad profesional y en cuanto al alcance de las modalidades de la inmunidad. En las jurisdicciones basadas en el *common law* existe la tendencia a asimilar los árbitros a los jueces y a aplicar una inmunidad equivalente, y en las jurisdicciones basadas en el derecho civil existe la tendencia a asimilar la función contractual de los árbitros a la de expertos. No obstante, hay una diversidad considerable, incluso en los ordenamientos jurídicos del mismo tipo, y no se puede trazar una línea de demarcación clara entre los distintos planteamientos.

1. Disposiciones legislativas actuales

94. Cierta número de legislaciones nacionales sobre arbitraje, incluidas algunas que han incorporado la Ley Modelo, incluyen disposiciones relativas a la inmunidad de los árbitros, pero hay variaciones considerables en cuanto al ámbito y la amplitud de la inmunidad. Muchos de los países que han adoptado disposiciones específicas en leyes de arbitraje inspiradas en la Ley Modelo tienen su ordenamiento jurídico basado en el *common law*.

95. Algunas de las disposiciones incluidas en estas legislaciones excluyen la responsabilidad por cualquier acto u omisión relacionado con el arbitraje, salvo que se demuestre que el acto u omisión ha sido de mala fe, o la conducta haya sido deshonesto, o cuando se haya procedido indebidamente en forma consciente y deliberada. Otro método ha consistido en disponer que el árbitro no responda por negligencia incurrida en cualquier acto u omisión relacionados con el desempeño de su función de árbitro; en algunos casos se prevé una excepción cuando ha habido fraude o dolo. En una de estas legislaciones, el árbitro no responde de un error de derecho, de hecho o de procedimiento en que se haya incurrido en el curso del procedimiento arbitral o en la formulación del laudo arbitral. En otras legislaciones se adopta el método opuesto de no limitar la responsabilidad, sino especificar que un árbitro puede ser responsable de los daños causados por la demora incurrida en el cumplimiento de sus obligaciones como árbitro, o si deja de cumplirlas.

96. Hay una gran diversidad en cuanto a las personas a las que podrá aplicarse la inmunidad. En algunos casos, la inmunidad sólo es aplicable a la responsabilidad del árbitro, mientras que en otros la inmunidad se extiende a los empleados y agentes del árbitro, así como a los asesores de los árbitros y los expertos. Otras legislaciones amplían todavía más la inmunidad extendiéndola a las personas que puedan haber intervenido en el nombramiento de un tribunal arbitral y a las que hayan realizado labores administrativas en relación con el procedimiento de arbitraje, así como a sus empleados y agentes. En todas estas legislaciones, las modalidades de la inmunidad son las mismas para los árbitros y para las clases de personas a que se extiende la inmunidad.

97. En otras jurisdicciones, principalmente en las basadas en el derecho civil, se realiza la naturaleza contractual del servicio prestado por el árbitro, y éste es responsable en caso de incumplimiento de su mandato. Esto incluiría la actua-

ción sin la debida diligencia; la no formulación del laudo dentro del plazo contractual o legal; hacer correr a las partes el riesgo de que el laudo sea anulado; parcialidad; negligencia; inobservancia del secreto del procedimiento arbitral; así como todo tipo de fraude, falsedad, corrupción y culpa grave. En algunas jurisdicciones, la formulación del laudo va acompañada de una inmunidad particular debida a la naturaleza cuasi judicial de la función que se realiza. En algunos casos, la responsabilidad puede estar limitada en el contrato entre el árbitro y las partes que se someten al arbitraje, aunque esto no puede excluir la responsabilidad por culpa grave o conducta dolosa.

98. En algunas jurisdicciones inspiradas en el *common law*, los árbitros pueden gozar de un alto nivel de inmunidad más similar al que corresponde a un juez, mientras que en otros se distingue entre los actos de un árbitro que son de naturaleza decisoria, y que por tanto disfrutan de un alto grado de inmunidad, y los actos que no están relacionados con ninguna función decisoria, y que por tanto están sujetos a responsabilidad civil.

2. Conclusión

99. Existen diferencias considerables entre las leyes y reglamentos de arbitraje en lo concerniente al tratamiento de la cuestión de la responsabilidad, y la amplitud de la responsabilidad civil de los árbitros puede variar en función de cierto número de factores tales como: *a)* la elección de las normas procesales que habrán de regir el procedimiento; *b)* la ley que rige el contrato entre el árbitro y las partes; *c)* la nacionalidad de los árbitros, y *d)* el lugar en que tiene lugar el procedimiento. Habida cuenta de estos factores, todo tratamiento de la cuestión de la responsabilidad de los árbitros pudiera requerir una consideración cuidadosa.

100. Puesto que una fórmula universalmente aceptable puede ayudar al proceso de arbitraje y proporcionar una mayor certidumbre tanto a los árbitros como a las partes sometidas al arbitraje, la Comisión pudiera desear estudiar si la cuestión de la responsabilidad debe examinarse más a fondo. Al considerar la necesidad de examinar más a fondo la cuestión de la responsabilidad de los árbitros, puede ser conveniente estudiar detalladamente la forma en que este tema se trata actualmente, así como las propuestas formuladas por organizaciones, o comentaristas.

J. Facultad del tribunal arbitral para otorgar indemnización de daños y perjuicios en forma de intereses

101. La atribución de una autorización explícita al árbitro para que otorgue una indemnización de daños y perjuicios en forma de intereses no se consideró en el curso de la preparación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Desde esa época se ha observado cierta incertidumbre en algunas jurisdicciones en cuanto a las facultades de los árbitros para otorgar indemnización por daños y perjuicios —particularmente en las facultades inspiradas en el *common law*— y en cierto número de jurisdicciones que han incorporado en sus leyes, por las que se ha adoptado la Ley Modelo, disposiciones relativas a la facultad para

otorgar indemnización por daños y perjuicios en forma de intereses.

1. Soluciones legislativas actuales

102. Las disposiciones relativas a la facultad para otorgar indemnización por daños y perjuicios en forma de intereses que han sido adoptadas en las legislaciones nacionales presentan grandes variaciones en cuanto a su alcance, en particular en lo que respecta al nivel de detalle y a las cuestiones incluidas. En su forma más simple, la legislación autoriza al tribunal a otorgar indemnización de daños y perjuicios, a menos que las partes hayan acordado otra cosa.

103. Algunas jurisdicciones van más allá de la facultad básica y tratan otros asuntos. En lo que respecta a la suma que pueda dar lugar al pago de intereses, algunas leyes la limitan a la cuantía del laudo, que podría especificarse de forma que incluyera intereses y costas. Otro método consiste en disponer que el tribunal arbitral pueda decretar como indemnización el pago de intereses por la totalidad o una parte de la cuantía del laudo. En otros casos se puede distinguir, en lo que respecta a la suma que servirá de base para el cálculo de los intereses que habrán de pagarse, entre una suma de dinero otorgada por el tribunal en el procedimiento y una suma de dinero que se reclama y estaba impagada al comienzo del procedimiento pero que se paga antes de dictarse el laudo. Algunas jurisdicciones limitan la aplicación de la disposición relativa al pago de intereses y especifican, por ejemplo, que el árbitro no está autorizado a otorgar una indemnización de daños y perjuicios que consista en intereses de intereses, y que tal disposición no es aplicable a ninguna cantidad por la deba pagarse interés a que se tenga derecho en virtud de un acuerdo, o por otra causa.

104. En varias legislaciones se especifica la fecha a partir de la cual puede otorgarse indemnización en forma de intereses. Un método consiste en limitar los intereses al período que comienza en la fecha del laudo, mientras que otras legislaciones prevén que la indemnización en forma de intereses pueda otorgarse por la totalidad del período, o por una parte del período comprendido entre la fecha en que surge la causa de la acción y la fecha del laudo, existiendo también otro método en que se prevé que se pueda otorgar indemnización en forma de intereses desde la fecha del laudo hasta la fecha del pago de la suma indicada en el laudo. En algunas legislaciones se especifican también las fechas en que deberán pagarse los intereses.

105. En lo que respecta al tipo de interés, algunas legislaciones dejan a la discreción del tribunal la resolución de esta cuestión, el cual fijará una tasa de interés razonable o una tasa de interés comercial razonable. Otras legislaciones especifican que la tasa de interés debe ser la misma aplicable a una sentencia o, en algunos casos, se fija una determinada tasa de interés. Una regla más elaborada prevé que “el tipo de interés será el promedio bancario en los préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y que sea el ordinario para la moneda de la obligación en la plaza donde haya de hacerse el pago”²⁶.

²⁶UNIDROIT, Principios sobre los contratos comerciales internacionales, artículo 7.4.9.

2. Conclusión

106. La Comisión puede desear considerar si la cuestión de la facultad del tribunal arbitral para conceder indemnización por daños y perjuicios en forma de intereses debe estudiarse más a fondo con miras a preparar una disposición legislativa modelo. En ese contexto, puede también considerar si tal análisis más profundo debe comprender cualquiera de los detalles de las facultades tal como están ilustradas en las leyes que incorporan la Ley Modelo al derecho interno a que se hace referencia anteriormente, incluyendo *a)* la suma que servirá de base para el cálculo de los intereses; *b)* el período durante el cual habrán de pagarse los intereses, tanto antes como después de haberse dictado el laudo; *c)* el tipo de interés (simple o compuesto) que habrá de aplicarse, y *d)* otros detalles como, por ejemplo, la fecha en que deberán pagarse los intereses.

K. Costas en procedimientos de arbitraje

107. Durante la labor preparatoria de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional recibió un amplio apoyo la opinión de que las cuestiones relativas a los honorarios y las costas en los arbitrajes no era un aspecto del que debía ocuparse una ley modelo. Esta opinión dejaba abierta la posibilidad de que los Estados dispusieran un control judicial de los honorarios y las costas y, por ejemplo, permitieran el reajuste de honorarios a todas luces excesivos²⁷. Sin embargo, después de formulada la Ley Modelo, en varias leyes que incorporan la Ley Modelo al derecho interno se han añadido disposiciones sobre la facultad del tribunal arbitral para fijar e imponer el pago de costas y honorarios. Estas leyes a menudo difieren en el fondo, y en particular en lo tocante a los detalles de esta facultad y al ámbito de las cuestiones.

1. Disposiciones legislativas actuales

a) *Qué puede incluirse como "costas"*

108. Las legislaciones que incorporan la Ley Modelo difieren en lo que ha de entenderse por "costas". Algunas leyes adoptan una descripción general, refiriéndose simplemente a las "costas del arbitraje" y pueden incluir una referencia a los honorarios y gastos del árbitro o de los árbitros o a los gastos incurridos por las partes que son necesarios para una conducción adecuada de su reclamación o defensa. Otras legislaciones adoptan un método basado en una descripción más detallada, especificando los puntos que habrán de incluirse, tales como: *a)* honorarios del árbitro y del tribunal; *b)* gastos de alojamiento, viaje y apoyo administrativo durante el procedimiento de arbitraje; *c)* gastos de las pruebas, tanto de las pruebas de hechos como aquellas en que intervienen expertos; *d)* gastos de asesoramiento jurídico y representación, y *e)* otros gastos en que se ha incurrido con ocasión del arbitraje.

b) *Imposición de las costas y responsabilidad del pago de las costas*

109. Las leyes que incorporan la Ley Modelo prevén generalmente que el tribunal arbitral tenga la facultad de decidir cuál de las partes deberá pagar las costas del arbitraje y en qué proporción, teniendo en cuenta lo que sea razonable en las circunstancias del caso. Sin embargo, existen variantes. Algunas leyes distinguen entre honorarios y gastos del árbitro y otras costas del arbitraje, estipulando que las partes son solidaria y conjuntamente responsables del pago de los honorarios y gastos de los árbitros. Otras leyes contienen una regla supletoria en virtud de la cual, cuando el laudo no contiene una disposición relativa a las costas y no existe un laudo adicional relativo a las costas del arbitraje, cada parte deberá soportar los gastos judiciales y de otro tipo que le correspondan, y por partes iguales los honorarios y gastos del tribunal. Una ley trata directamente la situación en la que ha habido una oferta de arreglo que ha sido rechazada. Si la oferta de arreglo refleja el laudo definitivo dictado por el tribunal, el tribunal está autorizado a tener en cuenta esta circunstancia cuando decida sobre la imposición de costas y gastos.

c) *Cuestiones conexas*

110. *Revisión y asistencia por el tribunal ordinario* — Varias leyes tratan los aspectos de la revisión y asistencia por el tribunal ordinario, autorizando a los tribunales ordinarios a reajustar los honorarios y gastos de los árbitros, lo que incluye ordenar el reembolso de las cantidades pagadas en exceso, y determinar las costas exigibles incluidos los honorarios y gastos del tribunal arbitral, cuando el tribunal arbitral no las determina o cuando una parte no acepte que el tribunal arbitral las determine.

111. *Laudos incompletos* — Algunas leyes prevén que cuando el laudo no establece el pago de las costas del arbitraje, las partes pueden solicitar del tribunal arbitral o, en algunos casos, del tribunal ordinario, la determinación de las costas.

112. *Limitación de las costas exigibles* — En algunas jurisdicciones, las partes están en libertad de determinar por convenio qué costas del arbitraje son exigibles, o pueden solicitar al tribunal arbitral o a un tribunal ordinario que las determine. Además, se puede autorizar al tribunal arbitral a limitar las costas exigibles a una cantidad especificada, sujeta a posibles variaciones.

113. *Costas relativas a la interpretación o la corrección* — Varias leyes prescriben que el tribunal arbitral no puede imponer costas adicionales relativas a honorarios por interpretación, corrección o compleción de su laudo.

2. Conclusión

114. La Comisión podría desear considerar si la facultad de imponer el pago de las costas está suficientemente tratada por los reglamentos de arbitraje o las leyes nacionales, o si la conducción del arbitraje comercial internacional se facilitaría previendo una norma uniforme. En este contexto, la Comisión podría desear considerar el alcance de tal norma y si,

²⁷Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su tercer período de sesiones (1982) (A/CN.9/216), *Anuario de la CNUDMI*, vol. XIII: 1982, segunda parte, III, A, párrafo 99.

además de la facultad para imponer el pago de las costas, deben tratarse también otras cuestiones como las anteriormente indicadas.

L. Fuerza ejecutiva de las medidas provisionales de protección

115. De conformidad con muchos reglamentos de arbitraje, un tribunal arbitral puede, a petición de una de las partes, ordenar que se tomen medidas provisionales destinadas a mantener la situación actual hasta que se dicte el laudo arbitral. Estas medidas se conocen por expresiones tales como “medidas provisionales de protección”, “órdenes provisionales”, “laudos provisionales”, “medidas de conservación” o “medidas provisionales de interdicción”. Por ejemplo, el artículo 26 1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI dispone lo siguiente:

“A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes precederos.”

116. Las medidas provisionales de protección, que a menudo no están definidas en los reglamentos que prescriben su emisión, pueden ser muy diversas e incluir: órdenes para impedir que se sustraigan mercancías o activos de un lugar o de una jurisdicción; conservación de pruebas; venta de mercancías, y prestación de una garantía pecuniaria. Una medida provisional puede imponerse por toda la duración del arbitraje, o por menos tiempo, con posibilidad modificarla según las circunstancias. Esta medida provisional puede dictarse en forma de orden del tribunal arbitral o en forma de un “laudo” provisional.

117. La cuestión que suele discutirse por los profesionales del arbitraje es la fuerza ejecutiva de tales medidas, tanto en el Estado en que tiene lugar el arbitraje como en otros Estados. Los partidarios de la fuerza ejecutiva de estas medidas sostienen que un laudo definitivo puede tener poco valor para la parte que lo ha obtenido si, entretanto, acciones u omisiones de la parte que se obstina en incumplir el laudo (tendientes, por ejemplo, a disipar activos o a sustraerlos de la jurisdicción) han reducido sustancialmente la utilidad del resultado del procedimiento arbitral. Se ha señalado que, por esta razón, una orden provisional puede ser tan importante, o incluso más importante, que un laudo²⁸.

118. Sin embargo, existen también opiniones en las que se pone en tela de juicio la conveniencia de que las medidas provisionales dictadas por un tribunal arbitral tengan fuerza ejecutiva. Se ha dicho que, en la práctica, las partes están inclinadas a cumplir tales medidas de todas formas, por ejemplo, para no incurrir en la responsabilidad del pago de costas causadas por el incumplimiento de la medida provisional, o para no indisponerse con el tribunal arbitral. Además, si las medidas provisionales se tratan como títulos ejecutivos, sería necesario aplicarles disposiciones (iguales o similares a las

que rigen la anulación de laudos arbitrales) destinadas a rectificar ciertas violaciones graves del procedimiento, las que formalizarían en sumo grado el procedimiento. No obstante, se ha respondido a esto que existen muchos casos en los que una parte se niega a cumplir la medida provisional sin importarle las posibles consecuencias adversas que ello puede entrañar, como la responsabilidad por el pago de costas. Además, las disposiciones sobre la ejecución judicial de medidas de seguridad, incluidas las prerrogativas del tribunal ordinario en el proceso de ejecución, pueden reflejar la naturaleza provisional de las medidas y no tienen necesariamente que ser las mismas reglas que rigen la fuerza ejecutiva de los laudos finales.

119. Algunos proponen que las partes en un procedimiento de arbitraje que necesiten medidas provisionales las soliciten en un procedimiento judicial, lo cual es posible en muchas legislaciones nacionales. A esta propuesta se ha respondido que esto puede dar lugar a dificultades. Por ejemplo, para obtener una medida provisional puede ser necesario tramitar un largo proceso, en particular porque el tribunal ordinario puede requerir un debate sobre la cuestión, o porque su decisión puede ser apelada. Además, es posible que los tribunales ordinarios del lugar en que se tramita el procedimiento de arbitraje no sean competentes para conocer de litigios en que intervienen esas partes o sobre esos activos; dado que los procedimientos de arbitraje suelen tener lugar en un territorio “neutral” que no tiene que ver nada, o muy poco, con el objeto en litigio, es posible que no se pueda pedir a un tribunal de otra jurisdicción que considere y dicte una medida provisional. Además, en algunas jurisdicciones, una parte no puede solicitar del tribunal ordinario que dicte una medida provisional de protección, ya que ha de entenderse que las partes, por el hecho de haber concluido un acuerdo de arbitraje, han excluido a los tribunales ordinarios de intervenir en la controversia.

120. En consecuencia, se ha señalado que los recursos se utilizarían de una manera más eficaz si las partes pudieran formular sus peticiones de medidas provisionales ejecutivas directamente al tribunal arbitral, más bien que al tribunal ordinario, ya que aquél está familiarizado con el caso y por lo general conoce mejor el objeto de litigio desde el punto de vista técnico.

1. Soluciones legislativas actuales

a) *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)*

121. Algunos tribunales arbitrales dictan medidas provisionales de protección en forma de laudos provisionales. Esta posibilidad está contemplada expresamente, por ejemplo, en el artículo 26 2) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Por esta razón se plantea la cuestión de que si la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras comprende también esos laudos provisionales. Dado que la Convención no define el término “laudo”, no está claro que la Convención se aplique también a los laudos provisionales. La opinión predominante, confirmada por el derecho casuístico de varios Estados, parece ser que la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras no es aplicable a los laudos provisionales.

²⁸V. V. Veeder, “Medidas provisionales y de conservación”, *Actas del Coloquio sobre el Día de la Convención de Nueva York, supra*, nota 1.

b) *Ley Modelo de la CNUDMI*

122. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional trata expresamente en su artículo 17 la facultad del tribunal arbitral para dictar las medidas provisionales de protección que estime necesarias y también requerir a una parte para que proporcione una garantía adecuada en relación con esas medidas. Sin embargo, la Ley Modelo no trata el aspecto de la ejecución.

123. Cuando, en la fase de preparación de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo examinó el fondo del artículo 17, éste contenía la siguiente oración “Si fuera necesaria la ejecución judicial de alguna de esas medidas provisionales, el tribunal arbitral podrá pedir [a un tribunal competente] [al tribunal mencionado en el artículo V] que le preste asistencia en la ejecución”²⁹. Según una de las opiniones expuestas en el Grupo de Trabajo, la asistencia en la ejecución por los tribunales competentes se consideraba deseable y debía estar disponible. Según otra opinión expresada en el Grupo de Trabajo y que fue adoptada por éste tras su deliberación, dicha oración debía suprimirse pues trataba de manera incompleta una cuestión de derecho procesal nacional y de competencia de los tribunales, y era improbable que fuese aceptada por muchos Estados. No obstante, el Grupo de Trabajo entendió que la supresión de dicha oración no debía interpretarse como una exclusión de la asistencia en la ejecución en aquellos casos en que un Estado estaba dispuesto a prestar tal asistencia de acuerdo con su derecho procesal³⁰.

c) *Legislaciones nacionales*

124. En lo que respecta a la fuerza ejecutiva de las medidas provisionales dictadas por un tribunal arbitral, en las legislaciones se han seguido diversos métodos. En muchos Estados, la legislación no trata este punto. En otros, incluidos algunos Estados que han incorporado en su derecho interno el artículo 17 de la Ley Modelo, en virtud del cual se confiere al tribunal arbitral la facultad de dictar medidas provisionales de protección, existen disposiciones expresas para la ejecución de esas medidas provisionales. Por ejemplo, en un caso se ha añadido una cláusula de modo que el tribunal ordinario pueda, a petición de una parte, autorizar la ejecución de la medida provisional dictada por el tribunal arbitral, a menos que ya se haya solicitado una medida provisional correspondiente a un tribunal ordinario. En unos pocos Estados, la legislación prevé que las disposiciones basadas en el capítulo VIII de la Ley Modelo sobre reconocimiento y ejecución de laudos (artículos 35 y 36) se aplican también a las órdenes dictadas de conformidad con la disposición basada en el artículo 17 de la Ley Modelo.

125. En lo que respecta a las facultades conferidas al tribunal ordinario para que ejecute una medida provisional dictada por el tribunal arbitral, pueden señalarse diferentes métodos. En por lo menos un Estado se ha previsto que el tribunal ordinario pueda examinar el fondo de la medida provisional tomada por el tribunal arbitral. En algunos otros casos se ex-

presa que el tribunal ordinario deberá dar efecto preclusivo a la determinación de los hechos efectuada por el tribunal arbitral. En un país la legislación prevé que el tribunal ordinario puede reformular la medida provisional dictada por el tribunal arbitral si ello es necesario con el fin de ejecutar la medida provisional; además, el tribunal ordinario puede, a petición, rechazar o modificar su decisión de permitir la ejecución.

126. Una de las preocupaciones en lo que respecta a la ejecución, ordenada por el tribunal ordinario, de medidas provisionales dictadas por un tribunal arbitral puede ser la responsabilidad en que se incurre en el caso de abuso de derecho. Con vista de tal caso se ha previsto en una legislación nacional, por ejemplo, que si se demuestra que una medida provisional ordenada por el tribunal arbitral no está justificada desde el principio, la parte que obtuvo su ejecución está obligada a resarcir a la otra parte los daños resultantes de la ejecución de tal medida. Se dispone asimismo que esa reclamación de resarcimiento pueda formularse en el procedimiento arbitral en curso.

2. *Conclusión*

127. La Comisión podría desear considerar si la cuestión de la fuerza ejecutiva de las medidas provisionales de protección dispuestas por un tribunal arbitral debe ser estudiada más a fondo por la Secretaría. Podría solicitarse a la Secretaría que estudiara la práctica seguida en materia de arbitraje comercial internacional y la seguida en los tribunales ordinarios, y con relación a la conveniencia y viabilidad de disposiciones legislativas uniformes, presentara un primer proyecto de soluciones que se someterían a la consideración de la Comisión.

M. **Facultad discrecional para ejecutar un laudo que ha sido anulado en el Estado de origen**

128. Después de dictado un laudo arbitral, el demandante puede tratar de ejecutarlo ya sea ante los tribunales ordinarios del Estado en que se dictó el laudo (“Estado de origen”) o ante los tribunales ordinarios de otro Estado en que el deudor tiene activos (“Estado de ejecución”). Sin embargo, cuando el laudo ha sido anulado (o “dejado sin efecto”) por el tribunal competente en el Estado de origen, la ejecución del laudo en el Estado de origen no sería posible. La parte interesada en la ejecución puede entonces tratar de obtener la ejecución del laudo por un tribunal de otro Estado. La cuestión que se plantea al tribunal del Estado de ejecución es la de determinar si existen circunstancias que permitan al tribunal ejecutar el laudo, sin tener en cuenta el hecho de que el laudo ha sido anulado en el Estado de origen.

1. *Soluciones legislativas actuales*a) *Convención de Nueva York*

129. La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras enumera los motivos por los cuales se puede rechazar la ejecución de un laudo arbitral. Uno de ellos es que “la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida

²⁹Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su sexto período de sesiones (1973) (A/CN.9/245), *Anuario de la CNUDMI*, vol. XV: 1984, segunda parte, II, A, 1, párrafo 70.

³⁰Ibíd., párrafo 72.

por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia” (artículo V 1) e)).

130. Lo que ha sido objeto de discusión entre los profesionales del arbitraje y en círculos académicos es la cuestión de si tal rechazo de la ejecución basado en el artículo V 1) e) de la Convención es discrecional y hasta qué punto lo es. Los debates se han centrado en la cuestión de si el tribunal del Estado de ejecución está autorizado para tomar en consideración los motivos por los cuales se anuló el laudo original, o, si la petición de ejecución tiene necesariamente que ser denegada.

131. Algunos de los debates han girado en torno a la redacción del artículo V 1). Se ha señalado que las palabras “se podrá denegar ... la ejecución de la sentencia” implican cierta facultad discrecional por parte de la autoridad competente para denegar la ejecución. No obstante, también se ha dicho que cuando se lee conjuntamente con la palabra “sólo” (esto es, “sólo se podrá denegar ... la ejecución de la sentencia...”) se puede otorgar una interpretación diferente. En consecuencia, se ha dicho que no está claro si la ejecución debe denegarse en todos los casos en que el laudo haya sido anulado.

132. Se ha expresado que el artículo VII 1) de la Convención puede también proporcionar una vía para obtener la ejecución de un laudo sin tener que tomar en consideración la decisión por la que se anula el laudo³¹. De acuerdo con lo que se conoce por la disposición del “derecho más favorable”, una parte puede tratar de obtener la ejecución de un laudo arbitral extranjero en un Estado en base a otros tratados o a la legislación nacional de ese Estado. Sin necesidad de hacer observaciones sobre los fundamentos de la decisión de anular el laudo tomada por el tribunal del Estado de origen, el tribunal del Estado de ejecución podría determinar que, en base a su legislación nacional propia, el laudo debe ser ejecutado. Sin embargo, una de las críticas que se han hecho a este planteamiento es que si los Estados, como consecuencia de esto, son incitados a adoptar criterios individualizados para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, esto obrará en contra de los objetivos de armonización y unificación de las legislaciones nacionales.

b) Convención europea de 1961

133. La ejecución de laudos que han sido anulados se ha tratado también en la Convención europea sobre arbitraje comercial internacional (Ginebra, 1961). De acuerdo con el artículo IX 1), si un laudo ha sido anulado por un tribunal del Estado de origen, esto constituye un motivo para la denegación de la ejecución por el tribunal de otro Estado solamente si las razones para la anulación están comprendidas en las indicadas; éstas son esencialmente las mismas razones expresadas en el artículo V 1) a) a d) de la Convención de Nueva

York³². Por lo tanto, de acuerdo con la Convención europea, el tribunal del Estado de ejecución está obligado a ejecutar el laudo si su ejecución fue denegada en el Estado de origen por motivos diferentes de los previstos en el artículo IX 1) de la Convención europea. Además, el artículo IX 2) limita la aplicación del artículo V) 1) e) de la Convención de Nueva York como sigue:

“En las relaciones entre Estados contratantes, igualmente partes de la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, el párrafo 1 del presente artículo tiene por efecto limitar la aplicación del artículo V, párrafo 1 e) de la Convención de Nueva York únicamente a las causas de anulación que enumera.”

c) Ley Modelo de la CNUDMI

134. El artículo 36 1) de la Ley Modelo de la CNUDMI indica los motivos para denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral, los cuales son esencialmente los mismos de las disposiciones del artículo V 1) de la Convención de Nueva York; en particular, el artículo 36 1) v) incluye la disposición de que la ejecución del laudo puede ser denegada si el “laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo”.

135. El artículo 34 2) de la Ley Modelo indica los motivos por los cuales puede ser anulado un laudo arbitral; los cuatro primeros motivos (en el artículo 34 2) a) i) a iv)) son similares a los cuatro primeros motivos para la denegación del reconocimiento y ejecución (en el artículo 36 1) a) i) a iv), indicados en el artículo V 1) a) a d) de la Convención de Nueva York). El artículo 34 2) b) prevé también que un laudo arbitral pueda ser anulado si el tribunal comprueba que i) según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o ii) el laudo es contrario al orden público de este Estado.

³²Las disposiciones del artículo IX 1) de la Convención europea son las siguientes:

“1. La anulación en un Estado contratante de una sentencia arbitral regida por la presente Convención no constituirá una causa para negar su reconocimiento o su ejecución en otro Estado contratante, salvo que esta anulación haya sido pronunciada en el Estado en el cual o según cuya ley haya sido dictada la sentencia, y ello por una de las razones siguientes:

“a) Las partes de la convención de arbitraje estaban —en virtud de la ley que les era aplicable— afectadas de una incapacidad; o dicha convención no es válida en virtud de la ley a la cual las partes la han sometido; o, a falta de indicación a este respecto, en virtud de la ley del país donde la sentencia ha sido dictada; o

“b) La parte que demanda la anulación no ha sido debidamente informada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o le ha sido imposible hacer valer sus defensas, por cualquier otra razón; o

“c) La sentencia versa sobre un diferendo no aludido en el compromiso o que no entra en las previsiones de la cláusula compromisoria; o contiene decisiones que exceden los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria. Sin embargo, no podrán anularse las disposiciones de la sentencia que tienen relación con cuestiones sometidas al arbitraje si ellas pueden ser disociadas de las referentes a cuestiones no sometidas al mismo; o

“d) La constitución del tribunal arbitral o el procedimiento no se han conformado al acuerdo de las partes o, a falta de acuerdo, a las disposiciones del artículo IV de la presente Convención.”

³¹Las disposiciones del artículo VII 1) de la Convención son las siguientes:

“1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.”

d) *Consideraciones normativas*

136. A la luz del reciente derecho casuístico se ha analizado de una manera más general la cuestión de principio de si el hecho de que un laudo haya sido anulado en el Estado de origen debe constituir un obstáculo infranqueable para su ejecución en otro Estado. A continuación se resumen algunos de los argumentos alegados en este análisis,

137. “*El laudo ha dejado de existir*” — Según una teoría un laudo que ha sido anulado ha dejado de existir y, por lo tanto, no puede ser ejecutado en ninguna otra jurisdicción. Sin embargo, esta teoría ha sido criticada en razón de que no puede suponerse que la existencia de un laudo —como una expresión de un contrato entre las partes— sea una cuestión que deba ser determinada exclusivamente por los tribunales del Estado en que se dictó. Esta crítica se basa en el principio común a la mayor parte de las cuestiones que implican un conflicto de legislaciones: si un fuero establece debidamente una jurisdicción, un asunto puede ser tenido por válido de acuerdo con las leyes de ese fuero aunque no lo sea de acuerdo con las leyes de otro fuero.

138. “*La Convención no debe ser contorneada*” — Si la Convención se interpreta en el sentido de que un laudo que haya sido anulado por una autoridad competente en el Estado de origen no puede ser ejecutado en ninguna otra parte, algunos temen que la finalidad de la Convención sería contorneada. Se ha expresado que uno de los propósitos de la Convención es liberar el procedimiento de arbitraje internacional del dominio de la ley del lugar del arbitraje. Si la elección del lugar del arbitraje afecta el resultado final debido a ciertas razones para la anulación que son propias de ese lugar, esta finalidad no podría alcanzarse. Es posible contemplar una situación en la que se anula un laudo por razones que son inhabituales o extraordinarias. Una parte ha obtenido un laudo que haya sido ulteriormente anulado de esa forma quedaría privada de todo remedio tendiente a rectificar esta situación si dicho laudo no pudiera ejecutarse en otra parte. Algunos alegan que si el artículo V 1) e) se interpreta en el sentido de que impide absolutamente la ejecución de laudos anulados en el Estado de origen, el resultado podría ser que la ejecución de laudos extranjeros sería todavía más difícil que si no existiera la Convención.

139. “*Debe evitarse una interferencia excesiva de los tribunales ordinarios*” — Otro argumento que, sin embargo, podría ser utilizado por ambos lados en el debate es que debe evitarse una interferencia excesiva de los tribunales ordinarios en el arbitraje. Esto podría apoyar la opinión de que la decisión de anular un laudo en el Estado de origen no debe ser reexaminada por el tribunal del Estado de ejecución. Por otra parte, podría también apoyar la opinión de que, cuando ha habido una interferencia excesiva por el tribunal del Estado de origen, el tribunal del Estado de ejecución debe estar autorizado para hacer caso omiso de esa decisión y ejecutar el laudo.

140. “*Búsqueda de los foros más favorables*” — Se ha indicado que si los tribunales de jurisdicciones distintas de la correspondiente al lugar en que tiene lugar el arbitraje pueden decidir en forma discrecional si habrán de aceptar o rechazar la ejecución de un laudo anulado por el tribunal del Estado de origen, esto podría alentar a las partes a buscar aquellas jurisdicciones en las que se considerara que las probabilidades de ejecución del laudo son mayores. Esto puede

dar lugar también a una situación en la cual la parte en cuyo favor se ha dictado el laudo pueda solicitar la ejecución del laudo en tantos países cuantos estén dispuestos a declararse competentes para ejecutarlo, lo que llevaría a la otra parte a una situación en que tendría que defenderse perennemente contra la ejecución. En otras palabras, sería imposible para una parte contra la cual se haya dictado injustamente un laudo, que deba ser anulado por razones reconocidas en el plano internacional, obtener una anulación válida en todo el mundo.

141. “*Cosa juzgada: necesidad de evitar resultados incoherentes*” — El tribunal del país en que se pide la ejecución puede ser renuente a formular observaciones sobre si el laudo debió o no haber sido anulado por el tribunal del Estado de origen. Se considera que esta renuencia es conveniente pues contribuye a mantener el respeto mutuo de la autoridad del poder judicial. También se ha señalado que una interpretación de la Convención en el sentido de que permite que el tribunal del Estado de ejecución tenga la facultad discrecional de denegar la ejecución del laudo da lugar a un doble control judicial. La cuestión de la ejecución del laudo arbitral ya ha sido determinada por el tribunal del Estado de origen; permitir que un segundo tribunal vuelva sobre esta decisión significa que una cuestión que ya ha sido resuelta por un tribunal deba ser objeto de un nuevo litigio en otro fuero. Se ha sostenido que esto es contrario a los principios básicos de derecho y la ineficacia resultante va en detrimento del arbitraje comercial internacional. Algunos manifiestan la preocupación de que alentar al tribunal del Estado de ejecución a que vuelva a examinar las razones por las cuales se ha anulado el laudo puede conducir a decisiones judiciales incoherentes. Un tipo de incoherencia se produciría cuando un laudo que ha sido anulado, y que por lo tanto se considera inexistente en una jurisdicción, fuera ejecutado en otra jurisdicción. Otro tipo de incoherencia, más complejo, puede surgir cuando, después de que un laudo haya sido anulado en el Estado de origen, pero ejecutado en otro Estado, un tribunal arbitral reconstituido en el Estado de origen dictara un laudo que fuera esencialmente diferente del primero y este segundo laudo se presentara entonces para su ejecución en el Estado en que se ha ejecutado el primer laudo. En tal situación, el tribunal del Estado de ejecución se encontraría enfrentado a peticiones de ejecutar laudos opuestos. Este caso, aunque raro, ha ocurrido en la práctica.

142. “*Las expectativas de las partes no deben ser contorneadas*” — Las partes que han llegado a acuerdo sobre el Estado en que deberá tener lugar el procedimiento de arbitraje pueden suponer que, por su propia elección, han optado por someterse a las leyes de ese fuero; en consecuencia, se ha sostenido que permitir a los tribunales de otro Estado hacer caso omiso de la resolución de anulación dictada por un tribunal del Estado de origen contornearía la voluntad de las partes. Algunos han indicado inclusive que las partes pueden haber elegido deliberadamente el lugar de arbitraje en que los laudos sean susceptibles de ser anulados por razones propias de esa jurisdicción y pueden esperar que esas decisiones no sean ignoradas por los tribunales de otro Estado. Otros consideran que es más probable que las partes en un laudo arbitral no hayan previsto los motivos específicos del fuero, o extraordinarios, en los que se basó la anulación del laudo.

143. “*Redundancia del artículo V 1) e)*” — Se ha señalado que en lo tocante a los motivos para la anulación de un laudo

se debe distinguir entre aquellos que son conformes con las normas aceptadas en el plano internacional y los que no lo son. Se tiene el propósito de distinguir entre “normas internacionales” y “normas locales”³³. Las normas internacionales podrían estar constituidas por aquellas que son conformes con los incisos *a)* a *d)* del artículo V 1) de la Convención y con el artículo 34 2) *a)* de la Ley Modelo de la CNUDMI. De acuerdo con esta propuesta, las decisiones de anulación basadas en una norma internacional podrían constituir motivos para la denegación de la ejecución de laudos arbitrales extranjeros; la anulación basada en cualquier otro motivo no impediría la ejecución del laudo en otra jurisdicción. Se ha sostenido que este planteamiento salvaguarda el propósito de la Convención al permitir que un laudo arbitral se ejecute en cualquier lugar, a menos que haya sido legalmente anula-

³³Jan Paulsson, “Enforcing Arbitral Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA)”, *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 9, No. 1 (mayo de 1998).

do por razones reconocidas en el plano internacional. En respuesta a esto se ha señalado que si los únicos motivos para la denegación de la ejecución de un laudo que ha sido anulado es que el laudo haya sido anulado por razones que están aceptadas en el plano internacional, el inciso *e)* es redundante. Se ha sostenido que, puesto que este resultado no podría estar respaldado por el propósito de la Convención, el inciso *e)* debe proporcionar, por separado, a los tribunales del Estado de ejecución, un motivo para denegar la petición de ejecución de un laudo que ya ha sido anulado.

2. Conclusión

144. La Comisión podría desear estudiar si el arbitraje comercial internacional se facilitaría si se tratara de aclarar las circunstancias, si existen, en las que un laudo arbitral que ha sido anulado por un tribunal del Estado de origen puede ser ejecutado en cualquier otro Estado.



VI. LEY DE INSOLVENCIA

Posible labor futura en materia de derecho de insolvencia: propuesta de Australia

(A/CN.9/462/Add.1) [Original: inglés]

INTRODUCCIÓN

1. Australia propone a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) que establezca un grupo de trabajo para elaborar una ley modelo sobre la insolvencia de empresas, a fin de fomentar y alentar la adopción de regímenes nacionales eficaces en esa materia.

2. Considerando las crisis financieras regionales, es evidente que existe una necesidad grave y urgente de fortalecer los regímenes nacionales de insolvencia, no sólo como medio de evitar las crisis sino también para hacerles frente. A este respecto, el Grupo de Acción sobre la reforma financiera internacional del Primer Ministro de Australia¹ ha señalado que es esencial disponer de regímenes de insolvencia firmes y eficaces para hacer frente a las dificultades financieras de las empresas muy endeudadas, antes de que sus dificultades acumuladas produzcan una crisis económica general.

3. Australia estima que la valiosa labor realizada ya por la CNUDMI en materia de insolvencia mediante la elaboración de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, debe proseguir e intensificarse, con carácter de alta prioridad, iniciando los trabajos sobre una ley modelo sobre la insolvencia de empresas.

4. La mayoría de los países reconocen y aceptan en general las ventajas de disponer de leyes eficaces sobre la insolvencia. Las leyes y los procedimientos eficaces sobre la insolvencia son uno de los medios principales para mantener la disciplina financiera y lograr una distribución eficaz de los recursos de una economía. Ofrecen un procedimiento jurídico previsible para tratar las dificultades financieras de las empresas afectadas, antes de que la acumulación de esas dificultades lleve a una crisis general de pagos de toda la economía, y contribuyen así a evitar las crisis. También ofrecen el marco necesario para la reestructuración eficaz o la liquidación debida de las empresas en dificultades. Disminuyen las pérdidas acumuladas de los acreedores como consecuencia del incumplimiento por los prestatarios al fomentar la cooperación entre los acreedores y prestatarios en dificultades financieras. Tratan de equilibrar los derechos e intereses de las partes afectadas, repartiendo la carga de la insolvencia de forma compatible con los objetivos económicos y sociales del país (como el mantenimiento de las oportunidades de empleo y la protección de quienes integran la fuerza de trabajo). Las leyes de insolvencia fomentan también la gestión

y la moralidad de las empresas. Normalmente, permiten a los acreedores privados sustituir a la dirección de las empresas en dificultades, creando de esa forma incentivos poderosos para una conducta empresarial prudente. Permiten examinar las circunstancias que hayan dado lugar a la insolvencia y la actuación del personal de una empresa en quiebra, revelando quizá la conducta culpable de los responsables, así como las enajenaciones improcedentes de bienes y propiedades, que pueden ser reversibles.

5. La eficacia de las leyes y prácticas de insolvencia ha sido tema habitual y preocupación importante en los foros internacionales durante todo el decenio de 1990. La crisis financiera de Asia y de otras partes del mundo ha puesto de relieve las debilidades de los regímenes de insolvencia y de las leyes que regulan las relaciones entre deudores y acreedores en los países afectados, así como de la estructura del sistema financiero internacional. Cada vez más, las instituciones internacionales y sus miembros consideran los regímenes eficaces de insolvencia como elemento integrante de la prevención de las crisis y mecanismo esencial para reaccionar ante ellas.

6. La economía mundial ha cambiado en los últimos 30 años hasta hacerse irreconocible. El crecimiento y la integración de los mercados mundiales de capital han creado enormes oportunidades pero también nuevos riesgos. El proceso de mundialización y de cambio tecnológico ha llevado a un crecimiento sin par de las corrientes monetarias internacionales, una expansión sin precedentes de la inversión y del comercio, el aumento y la diversidad de acreedores y prestatarios, y el crecimiento de la interdependencia económica. La mundialización da a todos los países mayores oportunidades de mejorar su nivel de vida. Sin embargo, puede producir también nuevos riesgos de inestabilidad que exigen que todos los países apliquen prácticas económicas y reformas estructurales plausibles. La solidez y la credibilidad de las leyes y prácticas de insolvencia son esenciales para los esfuerzos de los gobiernos y las instituciones reguladoras por mejorar el funcionamiento del sistema financiero mundial. Unas leyes prácticas de insolvencia ineficaces, anticuadas o mal concebidas y cuyos resultados son inciertos, caprichosos, injustos o de estrechas miras ponen en peligro las ventajas de la mundialización y pueden impedir gravemente la liberalización del comercio y desalentar las corrientes internacionales de capital.

PREOCUPACIONES POR EL SISTEMA FINANCIERO INTERNACIONAL

7. La utilidad de regímenes de insolvencia nacionales sólidos se ha puesto de relieve en una serie de informes recientes, entre ellos, por ejemplo, el *Report of the Working Group*

¹El 22 de octubre de 1998, el Primer Ministro encargó a un Grupo de Acción presidido por el Tesorero de Australia que asesorara sobre la forma en que Australia podría contribuir a la reforma financiera internacional. El Grupo de Acción estaba compuesto por representantes de categoría superior de la banca y el sector financiero australianos, jefes de algunos departamentos gubernamentales y el Gobernador del Banco de Reserva. El Grupo de Acción terminó su informe en diciembre de 1998.

on *International Financial Crises*, preparado por el Grupo de los 22, compuesto por representantes de 22 economías importantes desde el punto de vista sistémico, que se reunió en Washington en abril de 1998 para examinar cuestiones relacionadas con el fortalecimiento de la arquitectura financiera internacional. En el informe se examinaba la necesidad de reforzar el sistema financiero internacional en tres esferas: mejorar la transparencia y la responsabilidad, reforzar los sistemas financieros nacionales y hacer frente a las crisis financieras internacionales. Se llegaba a la conclusión de que unos regímenes firmes de insolvencia y de relaciones entre acreedores y deudores eran un medio importante para evitar o limitar las crisis financieras y facilitaban la reestructuración rápida y ordenada de un endeudamiento excesivo. Esos regímenes eran esenciales para resolver debidamente las crisis de pagos, en especial cuando el endeudamiento de las empresas constituía una fuente importante de tensiones para la estabilidad macroeconómica de un país. El informe decía que los regímenes nacionales eficaces de insolvencia contribuían a impedir las crisis al ofrecer el marco jurídico previsible necesario para hacer frente a las dificultades financieras de las empresas afectadas antes de que la acumulación de esas dificultades del sector empresarial redundara en una crisis de pagos de toda la economía. Además, en el informe se añade que ese marco previsible es también esencial para resolver debidamente las dificultades financieras de las empresas, y constituye un elemento esencial de cualquier régimen para hacer frente a las crisis de una forma ordenada y cooperativa. El informe asumía ocho principios y rasgos esenciales de los regímenes de insolvencia, formulados en consulta con la Federación Internacional de Profesionales en Materia de Insolvencia (INSOL International).

HACIA UNA LEY MODELO DE INSOLVENCIA

8. En el *Report of the Working Group on International Financial Crises* no se hacían recomendaciones concretas sobre la forma de lograr la aprobación de regímenes de insolvencia compatibles con los principios y características asumidos. El Grupo de Trabajo preveía en cambio que la intensificación del proceso de vigilancia internacional que se examinaba en cierto número de foros llevaría a examinar los regímenes nacionales de insolvencia, y que la asistencia técnica del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, unida al examen minucioso de los mercados de capital, ayudaría a fomentar las mejoras. Sin embargo, el Grupo de Trabajo instaba a que se examinara en los foros competentes la creación de medios e incentivos adicionales para alentar la aprobación de regímenes eficaces.

9. Los esfuerzos realizados hasta la fecha para abordar las leyes y políticas de insolvencia en los foros internacionales a un nivel mundial e incluso regional han producido resultados de diversa índole. La armonización de las leyes de insolvencia resulta problemática por distintas razones. Esas leyes están relacionadas a menudo con otras leyes y políticas nacionales. La aplicación de leyes de insolvencia guarda estrecha relación con otras normas jurídicas y disposiciones legales de un país que rigen la propiedad, los contratos, las empresas, las asociaciones, las hipotecas y las garantías. En algunos ordenamientos constituyen una parte esencial de otros marcos de políticas, como la protección de los depositantes en instituciones financieras, la recaudación de impuestos, la

preferencia dada a ciertas categorías de acreedores (como los empleados) sobre otras, etc. Además, para ser eficaces, las leyes de insolvencia deben estar apoyadas por un marco institucional apropiado y eficaz para su aplicación y ejecución (jueces y tribunales, profesionales en materia de insolvencia competentes e íntegros, e instituciones reguladoras). Tienen que estar en armonía con los marcos jurídico, comercial y cultural pertinentes en el contexto local.

10. Australia reconoce que hay diferencias importantes en las funciones, los fines nacionales y los objetivos de políticas públicas de las leyes de insolvencia. En los ordenamientos jurídicos nacionales hay diferencias en cuanto a la validez, protección y prioridad de los intereses de seguridad. No es posible racionalizar, unificar o salvar las diferencias entre ordenamientos jurídicos diferentes, ni adoptar, sin modificaciones, un régimen legislativo de insolvencia que sea eficaz en una jurisdicción y suponer que lo será también en otra.

11. No obstante, debería ser posible hacer que cristalizaran principios esenciales básicos procedentes de regímenes de insolvencia satisfactorios que se reflejaran en las leyes de insolvencia de un país. Australia cree que es posible avanzar y determinar las características especiales para alcanzar mejor los objetivos de políticas públicas e internacionales que los países tratan de lograr mediante esas leyes. La elaboración de una ley modelo sobre la insolvencia que fuera de aplicación flexible podría ser un útil complemento de otras fuerzas que llevan a los países a realizar reformas en esa materia.

CARACTERÍSTICAS DE LA LEY MODELO PROPUESTA

12. Una ley o marco modelo no trataría de armonizar las leyes de insolvencia de los distintos países ni de establecer métodos uniformes ni un conjunto de disposiciones “fijo”. En lugar de ello, contendría una lista de medidas legislativas sobre diversas cuestiones (como liquidaciones, transacciones y reorganizaciones) que los países podrían elegir y modificar para adaptarlas a sus circunstancias particulares. Punto de partida para la elaboración de una ley modelo podrían ser los principios y características esenciales de los regímenes de insolvencia eficaces determinados en el *Report of the Working Group on International Financial Crises* del Grupo de los 22. El objetivo del Grupo de Trabajo de la CNUDMI que se propone sería “rellenar” esos principios y características, elaborando opciones concretas de medidas legislativas y de otra índole que, si se adoptaran, contribuirían probablemente a la creación de un régimen eficaz de insolvencia.

13. Se prevé que la ley modelo trataría sólo de la insolvencia de las empresas comerciales. No se ampliaría a las normas y acuerdos especiales que rigen la insolvencia de las instituciones financieras. Hay consideraciones de política importantes que se aplican a la insolvencia de esas empresas que reclaman un trato especial.

FUNCIÓN DE LA CNUDMI EN LA ELABORACIÓN DE UNA LEY MODELO DE INSOLVENCIA

14. Australia estima que la CNUDMI es sumamente idónea para elaborar un proyecto de esa complejidad y amplia importancia, y que tiene un historial reconocido en una esfe-

ra conexas. En mayo de 1997, después de menos de dos años de elaboración (un período relativamente corto para semejante tarea), la CNUDMI aprobó la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza.

15. Durante el período de elaboración de dicha Ley Modelo, la CNUDMI estableció relaciones con otros participantes esenciales en el marco de la insolvencia. La CNUDMI consultó intensamente con expertos y organizó coloquios conjuntos con jueces y funcionarios públicos. Los participantes representaban una amplia sección transversal de países de diferentes culturas y ordenamientos jurídicos. Por consiguiente, la Secretaría y los miembros de la CNUDMI conocen ya muchas de las cuestiones de política nacionales relacionadas con la insolvencia. Esos factores tenderían a apoyar la utilización de la CNUDMI como foro para elaborar un marco de leyes nacionales de insolvencia.

16. Un Grupo de Trabajo de la CNUDMI para elaborar una ley modelo no serviría sólo para progresar en el acuerdo

sobre el contenido técnico de los enfoques nacionales de los sistemas de insolvencia. La existencia misma de un grupo de trabajo, y el producto resultante, intensificaría también la conciencia nacional de las economías en desarrollo de la importancia del tema. Podría aumentar la prioridad nacional dada a la realización de reformas de las leyes de insolvencia. También daría importancia internacional a un enfoque de las leyes de insolvencia que se convirtiera en referencia para la presentación de informes y la vigilancia de la transparencia multilateral. De esa forma podría ayudar a la introducción internacional de mejores prácticas en materia de insolvencia.

17. Por ello, en conclusión, Australia insta a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional a que establezca un Grupo de Trabajo para que elabore una ley modelo sobre la insolvencia de las empresas, a fin de fomentar y alentar la adopción de regímenes nacionales eficaces de insolvencia de las empresas.



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

1. La secretaría de la CNUDMI continúa publicando los fallos judiciales y los laudos arbitrales relacionados con la interpretación o aplicación de los textos elaborados por la CNUDMI. La serie CLOUT (jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI) se describe en la Guía del usuario (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1), publicada en 1993.

2. Los resúmenes correspondientes (A/ACN.9/SER.C/ABSTRACTS) pueden obtenerse solicitándolos a la secretaría de la CNUDMI. Las solicitudes deben enviarse a:

Secretaría de la CNUDMI
P. O. Box 500
Centro Internacional de Viena
A-1400 Viena
Austria
Teléfono: (43-1) 26060-4060 ó 4061
Télex: 135612 uno a
Fax: (43-1) 26060 5813
Correo electrónico: uncitral@uncitral.org

3. Estos documentos también pueden consultarse en la página de presentación de la CNUDMI en Internet: <http://www.uncitral.org>

4. Asimismo, pueden solicitarse a la secretaría los textos completos en el idioma original de los fallos judiciales y laudos arbitrales comentados en los resúmenes de la serie CLOUT, que se enviarán a las personas interesadas contra reembolso de los gastos de reproducción y expedición.



VIII. SITUACIÓN DE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI

Situación de las convenciones: nota de la Secretaría

(A/CN.9/462) [Original: inglés]

[Documento no reproducido. La lista actualizada puede solicitarse a la secretaría de la CNUDMI o consultarse en su página de presentación en Internet (<http://www.uncitral.org>).]



IX. FORMACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA

Nota de la Secretaría (A/CN.9/461) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Párrafos</i> |
|--|-----------------|
| INTRODUCCIÓN | 1-2 |
| I. TEXTOS DE LA CNUDMI | 3-4 |
| II. PREPARACIÓN Y APLICACIÓN DE NORMAS LEGALES | 5-8 |
| III. SEMINARIOS Y MISIONES DE INFORMACIÓN DE LA CNUDMI | 9-12 |
| IV. PARTICIPACIÓN EN OTRAS ACTIVIDADES | 13-14 |
| V. PROGRAMA DE PASANTÍAS | 15-16 |
| VI. ACTIVIDADES FUTURAS | 17-18 |
| VII. RECURSOS FINANCIEROS | 19-25 |

INTRODUCCIÓN

1. De conformidad con la decisión adoptada en el 20.º período de sesiones de la Comisión (1987), las actividades de formación y asistencia figuran entre las principales prioridades de la CNUDMI¹. El programa de formación y asistencia técnica llevado a cabo por la secretaría en virtud del mandato confiado por la Comisión, especialmente en países en desarrollo y países con economías en transición, abarca dos principales Campos de actividad: *a)* actividades de información encaminadas a mejorar el conocimiento y la interpretación de los convenios y convenciones, las leyes modelo y otros textos jurídicos del derecho mercantil internacional, y *b)* labor de asistencia a los Estados Miembros en la reforma de su derecho mercantil y en la adopción de los textos de la CNUDMI.

2. En la presente nota se reseñan las actividades llevadas a cabo por la secretaría desde la publicación de la nota anterior presentada al 31.º período de sesiones de la Comisión (1.º a 12 de junio de 1998) y se señalan posibles actividades futuras de formación y asistencia técnica, habida cuenta de las solicitudes recibidas de servicios de esa índole de la secretaría.

I. TEXTOS DE LA CNUDMI

3. Los gobiernos, el mundo de los negocios nacional e internacional y los organismos de ayuda multilateral y bilateral

otorgan cada vez más importancia al perfeccionamiento del marco jurídico del comercio y las inversiones internacionales, tan necesario en la presente era de mundialización del mercado. La CNUDMI desempeña una importante función en este proceso, porque ha producido instrumentos jurídicos, cuya utilización fomenta, en muchos ámbitos fundamentales del derecho mercantil, los cuales representan normas y soluciones convenidas internacionalmente, aceptables para diferentes ordenamientos jurídicos. Entre estos instrumentos cabe citar los siguientes:

a) En materia de ventas, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías;

b) En materia de solución de controversias, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (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, el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y las Notas de la CNUDMI sobre Organización del Proceso Arbitral;

c) En materia de contratación pública, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios;

d) En materia de banca, pagos, e insolvencia, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito y la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza; y

¹Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 20.º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/42/17)*, párr. 335.

e) En materia de transportes, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Reglas de Hamburgo) y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional; y

f) En materia de comercio electrónico e intercambio electrónico de datos, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

4. El impulso de la reforma del derecho mercantil brinda una notable y crucial oportunidad para que la CNUDMI fomente decisivamente los objetivos de coordinación y aceleración sustanciales del proceso de armonización y unificación del derecho mercantil internacional, con arreglo a lo previsto en la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966.

II. PREPARACIÓN Y APLICACIÓN DE NORMAS LEGALES

5. Se presta asistencia técnica a los Estados que preparan legislación basada en textos de la CNUDMI. Esta asistencia reviste varias formas: por ejemplo, la revisión de los proyectos de legislación desde el punto de vista de los textos de la CNUDMI, el asesoramiento técnico y ayuda para preparar legislación basada en textos jurídicos de la Comisión, la preparación de reglamentos para la aplicación de dicha legislación, las observaciones sobre los informes de las comisiones encargadas de la reforma legislativa y las sesiones de información para legisladores, jueces, árbitros, funcionarios encargados de la contratación pública y otros usuarios de los textos de la CNUDMI incorporados en la legislación nacional. Otra forma de asistencia técnica de la secretaría consiste en asesorar acerca del establecimiento de acuerdos institucionales en materia de arbitraje mercantil internacional, incluida la celebración de seminarios de formación de árbitros, jueces y peritos en la práctica del arbitraje.

6. A fin de que los países receptores obtengan el máximo beneficio de la asistencia técnica de la CNUDMI, la secretaría ha adoptado medidas para aumentar la cooperación y coordinación con los organismos de asistencia para el desarrollo. Gracias a la cooperación y coordinación entre entidades que proporcionan asistencia técnica jurídica se garantiza que cuando entidades del sistema de las Naciones Unidas o de fuera de él faciliten asistencia de esta clase, procederán en la práctica a examinar y utilizar los textos jurídicos formulados por la Comisión cuyo examen recomienda la Asamblea General. La secretaría prosigue su labor a este respecto.

7. Desde el punto de vista de los Estados receptores, la asistencia técnica de la CNUDMI es beneficiosa, habida cuenta de la experiencia acumulada por la secretaría en la preparación de los textos de la Comisión. Dicha asistencia contribuye a establecer sistemas jurídicos que no sólo son coherentes internamente sino que además utilizan convenios o convenciones, leyes modelo y otros textos jurídicos de derecho mercantil internacionalmente concertados. La armonización jurídica resultante incrementa al máximo la capacidad de los medios comerciales de los diversos países para planificar y realizar con éxito operaciones comerciales, fomentando así la confianza de los inversionistas.

8. Los países que están revisando o reformando su legislación mercantil desearán, tal vez, dirigirse a la secretaría de la CNUDMI para obtener asistencia técnica y asesoramiento.

III. SEMINARIOS Y MISIONES DE INFORMACIÓN DE LA CNUDMI

9. Las actividades de información de la CNUDMI suelen llevarse a cabo mediante seminarios y misiones de información destinados a funcionarios de los ministerios interesados (por ejemplo, de Comercio, Relaciones Exteriores, Justicia y Transportes), jueces, árbitros, abogados en ejercicio, representantes de la comunidad comercial, personal académico y otras personas interesadas. Los seminarios y las misiones de información tienen por finalidad explicar las características más destacadas y la utilidad de los instrumentos de derecho mercantil internacional de la CNUDMI. También se proporciona información sobre algunos textos jurídicos importantes de otras organizaciones (por ejemplo, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios y las cláusulas comerciales INCOTERMS (Cámara de Comercio Internacional), y la Convención sobre el Facturaje (*Factoring Convention*) del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

10. En los seminarios de la CNUDMI, la exposición de los temas suele estar a cargo de uno o dos funcionarios de la secretaría, de expertos de los países anfitriones y, ocasionalmente, de consultores externos. Finalizado el seminario, la secretaría sigue en contacto con los participantes a fin de ofrecer a los países anfitriones el máximo apoyo posible durante el proceso de aprobación e introducción de textos de la CNUDMI.

11. Desde el anterior período de sesiones, la Secretaría organizó seminarios en cierto número de países. Los seminarios y las misiones de información siguientes se financiaron con recursos del Fondo Fiduciario para los simposios de la CNUDMI:

Lusaka (Zambia) (20 a 22 de abril de 1998), seminario celebrado en colaboración con el Mercado Común del África Meridional y Oriental (COMESA); asistieron unos 25 participantes;

Yaundé (Camerún) (27 de abril de 1998), misión de información para 40 funcionarios de países miembros de la Organización para la Armonización del Derecho Comercial en África (OHADA);

Douala (Camerún) (28 a 30 de abril de 1998), seminario celebrado en colaboración con el Instituto Internacional de Derecho del Desarrollo; asistieron unos 50 participantes;

Manama (Bahrein) (12 y 13 de mayo de 1998), seminario celebrado en colaboración con el Centro de Arbitraje Comercial del Consejo de Cooperación del Golfo (CCG); asistieron unos 100 participantes;

La Paz (Bolivia) (18 de mayo de 1998), seminario celebrado en colaboración con el Ministerio de Relaciones Exteriores; asistieron unos 60 participantes;

Cochabamba (Bolivia) (20 de mayo de 1998), seminario celebrado en colaboración con la Cámara de Comercio; asistieron unos 50 participantes;

Santa Cruz (Bolivia) (22 de mayo de 1998), seminario celebrado en colaboración con el Instituto Boliviano de Comercio Exterior; asistieron unos 60 participantes;

Lima (Perú) (25 a 29 de mayo de 1998), seminario celebrado durante la XXXIV Conferencia de la Asociación Interamericana de Colegios de Abogados; asistieron unos 80 participantes;

Baku (Azerbaiján) (24 y 25 de septiembre de 1998), seminario celebrado en colaboración con el Ministerio de Comercio; asistieron unos 50 participantes;

Ulaanbaatar (Mongolia) (21 a 23 de octubre de 1998), seminario celebrado en colaboración con la Cámara de Comercio e Industria de Mongolia; asistieron unos 60 participantes;

Beijing (China) (26 a 30 de octubre de 1998), seminario celebrado en colaboración con el Ministerio de Comercio y Cooperación Económica Exterior, Comisión Legislativa del Congreso Popular Nacional, Comisión China de Arbitraje Comercial y Económico Internacional y Colegio de la Judicatura de China; asistieron unos 130 participantes;

Bucarest (Rumania) (29 y 30 de octubre de 1998), seminario celebrado en colaboración con el Ministerio de Relaciones Exteriores; asistieron unos 30 participantes;

Sofía (Bulgaria) (2 y 3 de noviembre de 1998), seminario celebrado en colaboración con el Ministerio de Comercio y Turismo; asistieron unos 30 participantes;

Shanghai (China) (4 a 6 de noviembre de 1998), misión de información impartida a unos 120 participantes en el Segundo Seminario de la Asociación Internacional de Abogados sobre derecho financiero para países de Asia;

Sao Paulo (Brasil) (16 de noviembre de 1998), seminario celebrado en colaboración con la Asociación de Derecho Internacional; asistieron unos 60 participantes;

Brasilia (Brasil) (19 y 20 de noviembre de 1998), seminario celebrado en colaboración con el Ministerio de Relaciones Exteriores; asistieron unos 100 participantes;

Caracas (Venezuela) (24 a 27 de noviembre de 1998), seminario celebrado en colaboración con el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Asociación Civil para la integración de las Naciones (ACIN); asistieron unos 40 participantes;

Ciudad de Guatemala (Guatemala) (11 y 12 de marzo de 1999), seminario celebrado en colaboración con el Ministerio de Economía; asistieron unos 100 participantes;

Ciudad de México (México) (15 a 17 de marzo de 1999), seminario celebrado en colaboración con el Ministerio de Relaciones Exteriores; asistieron unos 270 participantes;

Monterrey, Nuevo León (México) (20 de marzo de 1999), seminario celebrado en colaboración con el Centro Jurídico para el Comercio Interamericano; asistieron unos 100 participantes.

12. El siguiente seminario fue financiado por la entidad organizadora o por alguna otra entidad:

Buenos Aires (Argentina) (30 de noviembre y 1.º de diciembre de 1998), seminario celebrado en colaboración con la revista jurídica *La Ley*; asistieron unos 100 participantes;

IV. PARTICIPACIÓN EN OTRAS ACTIVIDADES

13. Funcionarios de la secretaría de la CNUDMI han participado en calidad de oradores en diversos seminarios, conferencias y cursos en los que se presentaban textos de la CNUDMI para su examen con miras a una adopción o utilización eventual de los mismos. La participación de funcionarios de la secretaría en los seminarios, conferencias y cursos que se indican a continuación fue financiada por la entidad organizadora o por alguna otra entidad:

Seminario sobre propiedad intelectual, prácticas de licencia y solución de controversias, patrocinado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (El Cairo (Egipto), 9 y 10 de marzo de 1998);

Reunión sobre la función potencial de la cesión de créditos futuros en la financiación de productos básicos, patrocinada por la International Business Conferences (IBC) (Ginebra (Suiza), 3 y 4 de abril de 1998);

Reunión sobre la nueva legislación alemana en materia de arbitraje y el reglamento de arbitraje DIS (*DIS-Arbitration Rules*) patrocinada por la Institución Alemana para el Arbitraje (Leipzig (Alemania), 21 y 22 de abril de 1998);

Simpósio sobre vías alternativas para la resolución de controversias comerciales transnacionales, patrocinado por la Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (CEAP) (Bangkok (Tailandia), 27 y 28 de abril de 1998);

Curso de derecho mercantil internacional para licenciados en derecho, patrocinado por el Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y por el Instituto Universitario de Estudios Europeos (Turín (Italia), 20 de mayo de 1998);

Sesión de apertura y Conferencia del Centro de Derecho Transnacional (Munster (Alemania), 25 de mayo de 1998);

Debate en mesa redonda sobre el régimen jurídico del comercio electrónico, organizado bajo el patrocinio de la Oficina de Arbitraje del Ministerio de Justicia de Tailandia (Bangkok, 28 a 29 de mayo de 1998);

Conferencia Internacional *Communic Asia 98 / Network Asia 98* patrocinada por el Servicio de Exposiciones de Singapur (Singapur, 1.º a 4 de junio de 1998);

Curso práctico para asesores jurídicos de alto rango de los bancos centrales sobre el tema de las insolvencias bancarias internacionales, organizado por el Banco de Pagos Internacionales (Thun (Suiza), 25 y 26 de junio de 1998);

Grupo de expertos jurídicos sobre el estudio *Business Environment Study of Trusted Services (BESTS)* patrocinado por Coopers and Lybrand (Amsterdam (Países Bajos), 15 y 16 de julio de 1998);

Reunión anual de la Asociación Suiza de Arbitraje (Basilea (Suiza), 4 de septiembre de 1998);

Conferencia Interamericana sobre Derecho Bancario patrocinada por el National Law Center for Inter-American Free Trade y la Federación Latinoamericana de Bancos (FELEBAN) (Ciudad de México (México), 23 a 26 de septiembre de 1998);

Foro del Banco Mundial sobre la contratación pública (Baltimore, Maryland (Estados Unidos de América), 16 a 18 de septiembre de 1998);

Reunión sobre la financiación mediante la cesión internacional de créditos, patrocinada por el Instituto Max-Planck de Derecho Internacional y de Derecho Público Comparado y por el Instituto de Derecho Financiero Internacional de la Universidad de Mainz (Hamburgo (Alemania), 18 a 20 de septiembre de 1998);

Seminario *Train for Trade* de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) sobre el Comercio Electrónico (Túnez (Túnez), 26 y 27 de octubre de 1998);

Reunión Anual del Instituto de Derecho Mercantil Mundial de la Cámara de Comercio Internacional (París, 29 de octubre de 1998);

Seminario del Foro Internacional de Arbitraje/Asociación Irlandesa de Colegios de Abogados sobre la Ley Irlandesa de Arbitraje (Dublín (Irlanda), 8 de noviembre de 1998);

Freshfields Arbitration Lecture (Londres, 10 de noviembre de 1998);

Coloquio sobre redes y tecnologías de telecomunicación y reforma del derecho aplicable, patrocinado por los Gobiernos de Francia y del Viet Nam (Hanoi (Viet Nam), 23 a 26 de noviembre de 1998);

Seminario del Colegio de Abogados de Milán sobre comercio internacional y comercio electrónico (Milán (Italia), 9 de enero de 1999);

Curso internacional de iniciación en prácticas de arbitraje y Curso especial para becarios, patrocinados por el Chartered Institute of Arbitrators y por el Centro Regional de El Cairo de Arbitraje Comercial Internacional (El Cairo y Alejandría (Egipto), 30 de enero a 6 de febrero de 1999);

Seminario sobre el arbitraje patrocinado por el Centro de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Austríaca (Hernstein (Austria), 11 de febrero de 1999);

Seminario sobre comercio electrónico y desarrollo patrocinado por el Comité de Comercio y Desarrollo de la Organización Mundial de Comercio (Ginebra, 19 de febrero de 1999);

New Zealand Law Conference (Rotorua (Nueva Zelanda), 6 a 9 de abril de 1999);

Meeting of Steering Group on Electronic Commerce (Wellington (Nueva Zelanda), 11 de abril de 1999);

Reunión del Instituto Neozelandés de Arbitraje y Mediación (Wellington (Nueva Zelanda), 13 de abril de 1999);

Conferencia semestral de la Business Law Section de la American Bar Association (San Francisco, 15 a 17 de abril de 1999);

Simposio sobre el Arbitraje celebrado con ocasión del Día Nacional para el Arbitraje, patrocinado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de Túnez (Túnez (Túnez), 26 y 27 de abril de 1999);

Seminario de capacitación organizado por el Instituto Internacional de Derecho del Desarrollo (Roma (Italia), 26 y 27 de abril de 1999); y

Curso de derecho mercantil internacional para licenciados en derecho, patrocinado por el Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y por el Instituto Universitario de Estudios Europeos (Turín (Italia), 27 de abril de 1999).

14. La participación, en calidad de conferenciantes, de funcionarios de la secretaría de la CNUDMI en las reuniones enunciadas a continuación fue sufragada con cargo a recursos para viajes de funcionarios del presupuesto ordinario de las Naciones Unidas:

Curso práctico y simposio sobre el arbitraje patrocinado por el Institute of Transnational Arbitration of the Southwestern Legal Foundation (Dallas (Texas), 18 y 19 de junio de 1998);

Reunión de la Comisión de Técnica y Práctica Bancaria, patrocinada por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) (París, 6 y 7 de abril de 1998);

XLII Congreso de la Union Internationale des Avocats (UIA) (Niza (Francia), 28 de agosto a 1.º de septiembre de 1998);

Curso sobre contratos internacionales para licenciados en derecho: Nuevo examen de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CIM), patrocinado por el Centro Interuniversitario de Dubrovnik (Dubrovnik (Croacia), 2 a 4 de septiembre de 1998);

Conferencia bienal de la Asociación Internacional de Abogados (Vancouver (Canadá), 13 a 18 de septiembre de 1998);

18.º Congreso anual de la Asociación Europea de Letrados Especializados en la Insolvencia (EIPA) (Oslo (Noruega), 17 a 20 de septiembre de 1998);

Reunión anual del Instituto de la Cámara de Comercio Internacional: Afianzando la confianza en el comercio electrónico: derecho y solución de las controversias (Ginebra, 23 a 25 de septiembre de 1998);

Comisión Bancaria de la Cámara de Comercio Internacional (Marco Island (Florida), 8 y 9 de octubre de 1998);

Reunión anual de la Sociedad Eslovena de Derecho (Portoroz (Eslovenia), 15 a 17 de octubre de 1998);

Reunión de los Asociados para el Desarrollo, patrocinada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) (Lyon (Francia), 9 a 12 de noviembre de 1998); y

Reunión sobre un proyecto de comercio electrónico, patrocinada por la Cámara de Comercio Internacional (París, 29 y 30 de abril de 1999).

V. PROGRAMA DE PASANTÍAS

15. El programa de pasantías tiene por finalidad proporcionar a jóvenes abogados la oportunidad de conocer la labor de la CNUDMI y aumentar sus conocimientos sobre aspectos concretos del derecho mercantil internacional. El año pasado la secretaría recibió a siete pasantes, procedentes de Alemania, Austria, los Estados Unidos de América, Italia,

los Países Bajos, Polonia y Suecia. A los pasantes se les asignan tareas como, por ejemplo, la realización de investigaciones básicas o avanzadas, y la reunión y sistematización de información y documentación, o la colaboración en la preparación de documentos básicos. La experiencia de la CNUDMI en lo que respecta al programa de pasantías ha sido positiva. Habida cuenta de que la secretaría no dispone de fondos para ayudarlos a sufragar sus gastos de viaje o de otra índole, dichos pasantes suelen estar patrocinados por alguna organización, universidad u organismo oficial, o costear sus gastos por sus propios medios. A este respecto, la Comisión quizá desee invitar a los Estados Miembros, universidades y otras organizaciones, además de los que ya lo hagan, a que estudien la posibilidad de patrocinar la participación de jóvenes abogados en el programa de pasantías de la CNUDMI.

16. Además, la secretaría acepta a veces solicitudes de personal académico y abogados en ejercicio que desean realizar, durante un corto período, investigaciones en la Subdivisión y en la biblioteca jurídica de la CNUDMI.

VI. ACTIVIDADES FUTURAS

17. Para el resto de 1999 se han previsto seminarios y misiones de información sobre asistencia jurídica en África, América Latina, Asia, el Caribe y Europa oriental. Habida cuenta de que el presupuesto ordinario no sufraga los gastos de las actividades de formación y asistencia técnica, la capacidad de la secretaría para llevar a cabo estos planes depende de que reciba fondos suficientes en forma de aportaciones al Fondo Fiduciario para simposios de la CNUDMI.

18. Al igual que se ha hecho en los últimos años, la secretaría ha convenido en copatrocinar el próximo curso trimestral de derecho mercantil internacional para licenciados en derecho que organizará el Instituto Universitario de Estudios Europeos y el Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo en Turín. Normalmente, la mitad aproximadamente de los participantes procederán de Italia, y una gran parte de países en desarrollo. La contribución de este año de la secretaría de la CNUDMI se centrará en las cuestiones de armonización del derecho mercantil internacional desde la perspectiva de la CNUDMI, incluida su labor pasada y presente.

VII. RECURSOS FINANCIEROS

19. La secretaría prosigue sus esfuerzos por trazar un programa de formación y asistencia técnica más amplio a fin de atender la demanda considerablemente mayor de los Estados que precisan formación y asistencia, y en respuesta al llamamiento hecho por la Comisión en su 20.º período de sesiones (1987) para que se hiciera mayor hincapié tanto en la formación y en la asistencia como en la promoción de los textos jurídicos preparados por la Comisión. No obstante, habida cuenta de que en el presupuesto ordinario no se prevé sufragar los seminarios de la CNUDMI, los gastos para las actividades de formación y asistencia técnica de la Comisión (excepto los sufragados por organismos de financiación como

el Banco Mundial) tienen que atenderse con cargo a contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario para simposios de la CNUDMI.

20. Habida cuenta de la importancia de la financiación extrapresupuestaria para la ejecución del componente de formación y asistencia técnica del programa de trabajo de la CNUDMI, la Comisión quizá desee hacer un nuevo llamamiento a todos los Estados, organizaciones internacionales y otras entidades interesadas para que consideren la posibilidad de aportar contribuciones al Fondo Fiduciario para simposios de la CNUDMI, en especial en forma de contribuciones multianuales, con el fin de facilitar la planificación y permitir que la secretaría atienda las crecientes demandas de formación y asistencia percibidas de los países en desarrollo y de los Estados con economías en transición. Se ruega pedir información a la secretaría acerca de la forma en que pueden aportarse contribuciones.

21. Durante el período que se examina se recibieron contribuciones de Finlandia, Grecia y Suiza. La Comisión quizá desee expresar su agradecimiento a los Estados y entidades que han contribuido al programa de formación y asistencia de la Comisión mediante la aportación de fondos o de personal, o acogiendo la celebración de seminarios.

22. A ese respecto, tal vez la Comisión desee recordar que de conformidad con la resolución 48/32 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1993, se pidió al Secretario General que estableciera un fondo fiduciario para conceder asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. El fondo fiduciario establecido conforme a lo solicitado está abierto al aporte de contribuciones financieras voluntarias de los Estados, organizaciones intergubernamentales, organizaciones regionales de integración económica, instituciones nacionales y organizaciones no gubernamentales, así como personas físicas y jurídicas.

23. En su 31.º período de sesiones, la Comisión tomó nota con satisfacción de que la Asamblea General, en el párrafo 10 de su resolución 52/157, exhortó a los gobiernos, a los órganos pertinentes de las Naciones Unidas y a organizaciones, instituciones y particulares a que, con objeto de garantizar la plena participación de todos los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la Comisión y de sus grupos de trabajo, hicieran contribuciones voluntarias al fondo fiduciario para la concesión de asistencia para gastos de viaje a países en desarrollo que son miembros de la Comisión, a petición de éstos y en consulta con el Secretario General.

24. Desde el establecimiento de este fondo fiduciario, se han recibido contribuciones de Camboya, Kenya y Singapur.

25. Cabe recordar que, en el párrafo 11 de la parte dispositiva de la resolución 51/161, de 16 de diciembre de 1996, la Asamblea General decidió incluir los fondos fiduciarios para simposios y para la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo miembros de la CNUDMI en la lista de fondos y programas que se presenta al examen de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Promesas de Contribuciones para las Actividades de Desarrollo.



Tercera parte

ANEXOS



I. BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS RECIENTEMENTE PUBLICADAS RELATIVAS A LA LABOR DE LA CNUDMI¹

Nota de la Secretaría
(A/CN.9/481) [Original: inglés]

ÍNDICE

| | <i>Página</i> |
|--|---------------|
| I. CUESTIONES GENERALES | 425 |
| II. COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS | 426 |
| III. ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN COMERCIALES INTERNACIONALES . | 428 |
| IV. TRANSPORTE INTERNACIONAL | 430 |
| V. PAGOS INTERNACIONALES | 430 |
| VI. COMERCIO ELECTRÓNICO..... | 430 |
| VII. GARANTÍAS INDEPENDIENTES Y CARTAS DE CRÉDITO CONTINGENTE | 431 |
| VIII. CONTRATACIÓN PÚBLICA | 431 |
| IX. INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA | 431 |
| X. FINANCIACIÓN POR CESIÓN DE CRÉDITOS | 432 |
| XI. CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN..... | 432 |
| XII. PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA CON FINANCIACIÓN PRIVADA | 432 |
| <i>Anexo.</i> Textos jurídicos de la CNUDMI | 433 |

I. Cuestiones generales

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI. [Viena: Naciones Unidas], 1993- (A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/1-). Documento más reciente: A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/28 de 3 de marzo de 2000.

Los documentos de la serie se publican en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas: árabe, chino, español, francés, inglés y ruso.

Cada documento contiene resúmenes de fallos judiciales y laudos arbitrales preparados por corresponsales nacionales, con referencias bibliográficas a las fuentes principales y comentarios doctrinales.

Actualmente, la serie abarca: la Convención sobre la Prescripción (1974/1980), la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980), la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI (1985) y las Reglas de Hamburgo (1978).

Las sentencias y los laudos arbitrales están disponibles en su idioma original en la secretaría de la CNUDMI (y pueden

solicitarse ejemplares) contra reembolso de los gastos de reproducción y envío.

En subseries se han publicado los siguientes documentos: 1. Guía del usuario (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.1), de 4 de febrero de 2000.— 2. Índice analítico de la CNUDMI relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980) (A/CN.9/SER.C/INDEX/1), de 19 de septiembre de 1995.— 3. Índice de la CNUDMI relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980) (A/CN.9/SER.C/INDEX/2/Rev.2), de 26 de abril de 1999.

Diesse, F. *Travaux des organisations internationales : droit du commerce international. Revue de droit des affaires internationales : Forum européen de la communication* (París).

En dos entregas:

I en 6:684-696, 1999.

II en 8:927-937, 1999.

Otros títulos en el documento: *Conventions internationales : international conventions.*

Continuación de una serie de informes sobre las actividades de organizaciones internacionales (aquí: la CNUDMI) en el ámbito de la unificación del derecho internacional privado; véanse las anteriores bibliografías de obras recientemente pu-

¹La jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI (CLOUT) y las referencias bibliográficas al respecto figuran en la serie de documentos A/CN.9/SER.C/...

blicadas relativas a la labor de la CNUDMI (A/CN.9/...) donde figuran los anteriores informes.

Título paralelo de la revista: *International business law journal*.

Dion, N. Travaux des organisations internationales : droit du commerce international. *Revue de droit des affaires internationales* : Forum européen de la communication (París), 3:345-350, 1999.

Otros títulos en el documento: Conventions internationales : international conventions.

Continuación de una serie de informes sobre las actividades de organizaciones internacionales (aquí: la CNUDMI) en el ámbito de la unificación del derecho internacional privado; véanse las anteriores bibliografías de obras recientemente publicadas relativas a la labor de la CNUDMI (A/CN.9/...) donde figuran los anteriores informes.

Título paralelo de la revista: *International business law journal*.

Legal aspects of international trade / preparado por la secretaría de la UNCTAD, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 1999, vi, 61 págs. Informe preparado por: C. Moreno; con colaboraciones de: M. Faghfour.

Incluye resumen oficial, pág. iii.

Doc. No.: UNCTAD/SDTE/BFB/2; No. de venta E.99.II.D.6.

Nota sobre los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, preparada por la Mesa permanente = Note sur les travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) / établie par le Bureau Permanent. *En Proceedings of the Eighteenth Session 30 September to 19 October 1996*. Tome I, Miscellaneous matters / editado por: la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Privado Internacional. La Haya: SDU Publishers, 1999, págs. 94 a 97.

Título paralelo en francés: Actes et documents de la Dix-huitième session 30 septembre au 19 octobre 1996. Tome I, Matières diverses / editado por la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

En inglés y francés en páginas alternas.

Pelichet, M. The centenary of the Hague Conference: an occasion to examine certain new techniques for carrying out the Conference's work? = Le centenaire de la Conférence de La Haye: l'occasion d'examiner de nouvelles orientations dans les méthodes de travail de l'organisation? *En Proceedings of the Eighteenth Session 30 September to 19 October 1996*. Tome I, Miscellaneous matters / editado por la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. La Haya: SDU Publishers, 1999, págs. 200-205.

Título paralelo en francés: Actes et documents de la Dix-huitième session 30 septembre au 19 octobre 1996. Tome I, Matières diverses / editado por la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

En inglés y francés en páginas alternas.

Towards a European civil code / editores: Arthur Hartkamp ... [et al.]; autores: C. von Bar, F. Barrière, H. Beale... [et al.]. 2a. revisión y adición ampliada. La Haya: Kluwer Law International, 1998, xiii, 652 págs.

Incluye lo siguiente: Cuadro de casos.— Cuadro de tratados, leyes y otros textos normativos, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compra-venta (1980), los Principios del UNIDROIT y los Principios europeos sobre contratos (primera parte, 1995).— Obsérvese que cuando se publicó este libro, en abril de 1998, la segunda parte de los Principios europeos aún no se había hecho pública.

Winship, P. International commercial transactions: 1998. *Business lawyer*: American Bar Association (Chicago, III.), 54:4:2001-2015, 1999.

Zacher, M. W. The United Nations and global commerce. Nueva York: Naciones Unidas, 1999, 78 págs.

Contenido referente a la labor de la CNUDMI: normalización y armonización de reglas para las transacciones comerciales internacionales, págs. 27 a 30.

Libro concebido y publicado por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Sección de Programas de Derechos Humanos y Desarrollo. El apéndice incluye una lista de productos más destacados de la labor de la CNUDMI, por temas. No. de venta del documento: E.99.I.18.

II. Compraventa internacional de mercaderías

Bailey, J. E. Facing the truth: seeing the convention on contracts for the international sale of goods as an obstacle to a uniform law of international sales. *Cornell international law journal*: Cornell Law School (Ithaca, N.Y.), 32:273-317, 1999.

Contratación internacional / coordinador: C. Esplugues [Mota]; [autores:] S. Barona Vilar, C. Esplugues Mota, J. Hernández Martí. 2a. ed. València: Tirant lo Blanch, 1999, 1.094 págs. (Tirant lo Blanch tratados).

Otros títulos de la portada: Doctrina, jurisprudencia, formularios y legislación.

Contenido referente a la labor de la CNUDMI: 1. La Convención de Viena de 1980 sobre la Compra-venta Internacional de Mercaderías, págs. 269 a 352.— 2. Convenio de las Naciones Unidas de 31 de marzo de 1978 (Reglas de Hamburgo), págs. 673-681.

Incluye bibliografías y diversos anexos con textos jurídicos internacionales y formularios contractuales.

Texto de la Convención de las Naciones Unidas (1980) en español, págs. 370 a 391.

Boele-Woelki, K. The limitation of rights and actions in the international sale of goods. *Uniform law review*: UNIDROIT (Roma), 4:3:621-650, 1999 (Nueva serie).

Título paralelo de la revista: *Revue de droit uniforme* : Institut international pour l'unification du droit privé.

Bridge, M. G. The Vienna Sales Convention and English law: curing defective performance by the seller. *En Festschrift til O. Lando*: den 2. september 1997. Copenhagen: Gad Jura, 1997, págs. 83 a 108.

Bueno Barrera, M. Cuatro casos relacionados con la Convención de Viena sobre compraventas internacionales de 1980. México: Universidad Panamericana, 1996, vi, 278 págs.

Tesis (master), Universidad Panamericana, 1996.

Canada. Department of Justice.

[Collection of laws, etc. implementing the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980).] Lois canadiennes de mise en oeuvre de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. [Ottawa, Ont.: The Dept., 1999?] Various pagings.

Título extraído de la portada.

Contenido: leyes de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compra-venta (1980) a nivel federal y de todas las provincias. También un estudio sobre la viabilidad de la adhesión a la Convención y al Protocolo sobre la Prescripción.

Castellet, L. The application of the Vienna Convention in the United States (CISG) = L'application de la Convention de Vienne aux Etats-Unis (CVIM). *Revue de droit des affaires internationales* : Forum européen de la communication (París), 5:582-595, 1999.

Otros títulos del documento: Conventions internationales : international conventions.

En inglés y francés en columnas contiguas.

Título paralelo de la revista: *International business law journal*.

Corvaglia, S. Das einheitliche UN-Kaufrecht: CISG. Bern: Stämpfli Verlag, 1998, ix, 219 págs.: ill.

En el anexo se reproducen los textos en inglés de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980) y de su traducción no oficial al alemán publicada en la *Gaceta Federal de Leyes* de Alemania (*Bundesgesetzblatt*); vol. 2 (1989), págs. 588 y siguientes.

DiMatteo, P. An international contract law formula: the informality of international business transactions plus the internationalization of contract law equals unexpected contractual liability. *Syracuse journal of international law and commerce*: Syracuse University College of Law (Syracuse, N.Y.), 23:67-11, 1997.

Droit uniforme de la vente internationale de marchandises / par une équipe de recherche des Universités de la Sarre et de Strasbourg sous la direction de C. Witz. *Recueil Dalloz Sirey: sommaires commentés* (París).

Entregas recientes.

I en 35:315-317, 8 de octubre de 1999.

II en 40:355-362, 11 de noviembre de 1999.

III en 41:363-370, 18 de noviembre de 1999.

Miembros del equipo: J. Niessen, M.-F. Papandréou-Deterville, W. Rosch, N. Spiegel, C. Witz. Incluye bibliografía de textos de juristas y direcciones de Internet para consultar decisiones judiciales.

Contiene referencias a casos y comentario.

Eiselen, S. Adoption of the Vienna Convention for the International Sale of Goods (the CISG) in South Africa, *South African law journal* (Kenwyn), 116:2:323-370, 1999.

_____. Electronic commerce and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1980. *EDI law review: legal aspects of paperless communication* (Dordrecht, Países Bajos), 6:1:21-46, 1999.

Incluye resumen en inglés.

Escher, A. UN-Kaufrecht: stillschweigender Verzicht auf Einwand einer verspäteten Mängelrüge: zugleich Anmerkung zu BGH, RIW 1999, 385 f. *Recht der internationalen Wirtschaft — Betriebs-Berater International* (Heidelberg), 45:7:495-502, julio de 1999.

Nota sobre una sentencia del Tribunal Federal alemán referente a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980), de la que se publicaron extractos en esta revista; 45:5:385-386, mayo de 1999.

Espinosa Calabuig, R. En torno a la regulación del *countertrade* en el comercio internacional. *Revista general de derecho* (Valencia), 50:81-99, 1994.

Incluye referencias a la Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional (1992).

Ferrari, F. Tasso degli interessi ed applicazione uniforme della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale. *Rivista di diritto civile* (Padova), 41:II:277-291, 1995.

Fisher, G. E. Formation of contract under the International Sales Convention. *En Australasian Law Teachers' Association Conference 1999, 4-7 July 1999*, Faculty of Law, Victoria University of Wellington. *Proceedings*, volume one, 36 págs.

_____. Remedies for breach of contract under the International Sales Convention. *Macarthur law review*: University of Western Sydney (Campbelltown, N.S.W., Australia), 1:2:236-257, 1997.

Artículo basado en un documento presentado en la 52a. Conferencia Anual de la Australasian Law Teachers' Association, Sydney, 2 a 5 octubre 1997. Nota de pie de página, pág. 236.

Frignani, A. Il contratto internazionale. Padova: CEDAM, 1990. xxviii, 529 págs.

Título del trabajo de varios volúmenes: Trattato di diritto commerciale et di diritto pubblico dell'economia, volume dodicesimo.

Contenido referente a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980) y la Convención sobre la Prescripción (1974/1980): La Convenzione di Vienna del 1980, págs. 305 a 323.— La Convenzione di New York sulla prescrizione, págs. 323 a 326.

Frisch, D. Commercial common law, the United Nations Convention on the International Sale of Goods, and the inertia of habit. *Tulane law review*: Tulane Law School (Nueva Orleans, EE. UU.), 74:2:495-559, diciembre de 1999.

Gabriel, H. D. How international is the sales law of the United States? Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1999, 37 págs. (Saggi, conferenze e seminari / Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero; 34).

Gillette, C. P. y S. D. Walt. Sales law: domestic and international. Nueva York, N. Y.: Foundation Press, 1999, xiii, 430 págs. (Concepts and insights series).

Descripción y análisis de la ley estadounidense sobre la compraventa a la luz del código de comercio uniforme y de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980).— Prefacio.

Incluye cuadro de casos e índice temático.

Honnold, J. O. Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention. 3a. ed. La Haya: Kluwer Law International, c1999, xxix, 608 págs.

Uno de los comentarios de más autoridad (artículo por artículo) sobre las disposiciones de la Convención. Cabe destacar un libro complementario del mismo autor, *Documentary history of the Uniform Law for International Sales*.— Deventer, Neth.: Kluwer, 1989, en el que se reproducen los trabajos preparatorios.

Hugo, C. The United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods: its scope of application from a South African perspective. *SA mercantile law journal* (Kenwyn), 11:1:1-27, 1999.

Título paralelo de la revista: *SA tydskrif vir handelsreg*.

Kemppainen, M. y E. Näätänen. CISG: n soveltamisalasta ja myyjän olennaisesta sopimusrikkomuksesta sopimuksen purkuperusteena. *Defensor legis*: Organ för Finlands advokatförbund (Helsinki), 81:130-139, 2000.

En finlandés.

Kim, J.-Y. Transfer of risk for international sales contracts. *Arbitration journal*: Korean Commercial Arbitration Board (Seúl), 295:81-95, 2000.

En coreano, con un breve resumen en inglés.

Traducción del título extraída del índice en inglés.

Klotz, J. M. y J. A. Barrett, Jr. International sales agreements: an annotated drafting and negotiating guide. Edición internacional. La Haya: Kluwer Law International, c1998, xxvi, 386 págs.

El artículo 1.I contiene una presentación general de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980). El resto del libro es un acuerdo internacional de compraventa anotado y no referido a ningún país concreto, con comentarios sobre cada disposición. Las cláusulas específicas se examinan en función de la aplicabilidad de la Convención a las transacciones.— Introducción, pág. xxvi.

- Mo, J. S. The Code of contract law of the People's Republic of China and the Vienna Sales Convention. *American University international law review*: Washington College of Law, American University (Washington, D.C.), 15:209, 1999.
- Philippe, D. Vienna Convention on the International Sale of Goods. *Comparative law yearbook of international business* (La Haya), 21:441-493, 1999.
- Piltz, B. Entscheidungen des BGH zum CISG. *Internationales Handelsrecht: Mitteilungen für die wirtschaftliche Praxis* (Hamburg) 2:13-28, 1999 (suplemento de la revista *Transportrecht*, 22:5, mayo de 1999).
- Gestaltung von Exportverträgen. *Recht der internationalen Wirtschaft — Betriebs-Berater International* (Heidelberg), 897-902, diciembre de 1999.
- Rathjen, P. Haftungsentlastung des Verkäufers oder Käufers nach Art. 79, 80 CISG. *Recht der internationalen Wirtschaft — Betriebs-Berater International* (Heidelberg), 45:8:561-565, agosto de 1999.
- Schilf, S. Writing in confirmation: valid evidence of a sales contract? Reflections in a Danish case regarding usages, CISG and the UNIDROIT Principles. *Uniform law review*: UNIDROIT (Roma), 4:4:1004-1009, 1999.
- Título paralelo de la revista: *Revue de droit uniforme*: Institut international pour l'unification du droit privé.
- Schlosser, P. Rechtszersplitterung durch internationales Einheitsrecht?: Eine Studie zu kaufmännischen Bestätigungsschreiben und Rechnungsaufdrucken nach deutschem materiellem Recht, nach Para. 1031 ZPO, nach Art. 17 EuGVÜ, nach Art. 9 Abs. 2 CISG und Nr. 2.12 UNIDROIT-Grundsätzen. *En Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag / editado por von Volker Beuthien, ... [et al.]*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 1999, págs. 543 y 554.
- Tallon, D. Les obstacles à l'unification du droit: comment les surmonter? *En Festschrift til Ole Lando: den 2. september 1997*. Copenhague: Gad Jura, 1997, págs. 317-323.
- Tiene en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980), los Principios del UNIDROIT (1994) y los Principios europeos sobre contratos (primera parte, 1a. versión, 1995). Reflexiones testimoniales sobre ambas series de principios.
- Thiele, C. Interest on damages and rate of interest under article 78 of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*: Willem C. Vis Alumni Moot Association, 2:3-35, 1998.
- Cita paralela: Instituto de Derecho Mercantil Internacional — Bibliografía sobre la Convención de la Compraventa y los Principios del UNIDROIT, disponible en Internet: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/thiele.html> (sitio visitado el 3 de abril de 2000).
- Ensayo presentado por la Pace University School of Law.
- Timoteo, M. Overview of Chinese court decisions on CISG = Aperçu des décisions des tribunaux chinois sur la CVIM. *Revue de droit des affaires internationales*: Forum européen de la communication (París), 4:471-479, 1999.
- Otro título en el documento: Conventions internationales. En inglés y francés en columnas contiguas.
- Título paralelo de la revista: *International business law journal*.
- Ziegel, J. Canada's first decision on the International Sales Convention. *Canadian business law journal*: Canada Law Book (Toronto), 32:2:313-325, 1999.
- Título paralelo de la revista: *Revue canadienne du droit de commerce*.
- ### III. Arbitraje y conciliación comerciales internacionales
- Aboul-Enein, M. I. M. The development of international commercial arbitration laws in the Arab world. *Arbitration: journal of the Chartered Institute of Arbitrators* (Londres), 65:4:314-320, noviembre de 1999.
- Administrative Council of the Permanent Court of Arbitration. Designation of appointing authorities by the Secretary-General [of the Permanent Court of Arbitration]. *Permanent Court of Arbitration annual report*: Mesa Internacional de la Corte Permanente de Arbitraje (La Haya), 98:13-17, 1998.
- Título paralelo del informe: *Cour Permanente d'Arbitrage rapport annuel*.
- Alvarez, H. Canada: Applying the UNCITRAL Model Law. *Arbitration and ADR*: International Bar Association, Section on Business Law, Committee D (Londres), 4:2:5-7, septiembre de 1999.
- Annan, K. The 1958 New York Convention as a model for subsequent legislative texts on arbitration. *Arbitration international*: journal of the London Court of International Arbitration (Londres), 15:3:319-321, 1999.
- Se reproduce el texto del discurso inaugural pronunciado por el Secretario General, Kofi Annan, el Día de la Convención de Nueva York (10 de junio de 1998).
- También reproducido en *Enforcing arbitration awards under the New York Convention: experiences and prospects*. Nueva York: Naciones Unidas 1999, 51 págs.
- Ashman, V. M. Evolving issues in international commercial arbitration: UNCITRAL's current project. *ADR currents*: American Arbitration Association (Nueva York), 11 a 15 de diciembre de 1999.
- Versión editada de un artículo publicado en el *New York law journal*.
- UNCITRAL: evolving issues in international commercial arbitration. *New York law journal* (Nueva York, N.Y.), 222:48:1-4, 7 de septiembre de 1999.
- Bernstein, R. ...[et al.]. Handbook of arbitration practice. 3a. edición. Sweet & Maxwell conjuntamente con The Chartered Institute of Arbitrators, 1998, 1.009 págs.
- Binder, P. M. The UNCITRAL model law on international commercial arbitration: A commentary and international comparison of its adoption. Peter M. Binder (Salzburgo): [s.n.], 1999, 284 págs.
- Tesis (doctoral) — Universidad de Salzburgo, 1999.
- Incluye diagramas de comparación de artículos adoptados por 44 países; lista de documentos de fondo de la CNUDMI (trabajos preparatorios).
- Bunni, N. G. Ireland's Arbitration (International Commercial) Act 1998 = Loi Irlandaise de 1998 sur l'Arbitrage (International Commercial). *Revue de droit des affaires internationales*: Forum européen de la communication (París), 4:482-493, 1999.
- Título paralelo de la revista: *International business law journal*.
- En inglés y francés en columnas contiguas.
- Chang, B.-H. Internationalization of the arbitral proceedings in view of the UNCITRAL arbitration rules and model law. *Arbitration journal*: Korean Commercial Arbitration Board (Seúl), 293:41-55, 1999.

- En coreano, con breve resumen en inglés. Traducción del título extraída del índice en inglés.
- Donovan, D. F. Powers of the arbitrators to issue procedural orders, including interim measures of protection, and the obligation of parties to abide by such orders. *ICC International Court of Arbitration bulletin*: Cámara de Comercio Internacional (París), 10:1:57-71, primavera de 1999.
- Dražozal, C. R. Commercial norms, commercial codes, and international commercial arbitration. *Vanderbilt journal of transnational law*: Vanderbilt University School of Law (Nashville, Tenn.), 33:79-146, 2000.
- Incluye apéndice I, en que se cita reglamento internacional sobre el arbitraje en relación con los usos comerciales, y apéndice II, en que se cita legislación de arbitraje en relación con los usos comerciales.
- Enforcing arbitration awards under the New York Convention: experience and prospects. Título de la versión en francés: L' exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York: expérience et perspectives. Título de la versión en español: La ejecución de las sentencias arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York: experiencias y perspectivas. *Naciones Unidas (Nueva York)*, 51:1999.
- Documentos presentados en el "Día de la Convención de Nueva York", celebrado en la Sede de las Naciones Unidas el 10 de junio de 1998 con motivo de la conmemoración del 40.º aniversario de la Convención de Nueva York.
- Números de venta de los documentos: E./F./S.99.V.2.
- Fina, A. A. de. The party appointed arbitrator in international arbitrations—role and selection. *Arbitration international*: London Court of International Arbitration (Londres), 15:4:381-392, 1999.
- Hass, D. y V. Triebel. Germany: provisional measures in arbitration law. *Arbitration and ADR*: International Bar Association, Section on Business Law, Committee D (Londres), 4:2:9-10, septiembre de 1999.
- Hacking, D. Arbitration law reform in Europe. *Arbitration: journal of the Chartered Institute of Arbitrators (Londres)*, 65:3:180-185, agosto de 1999.
- Incluye citas de revisiones de leyes de arbitraje en Europa.
- Heger, S. Internationale Schiedsgerichtbarkeit in Osteuropa. *Recht der internationalen Wirtschaft — Betriebs-Berater international (Heidelberg)*, 45:7:481-487, 1999.
- Herrmann, G. Does the world need additional uniform legislation on arbitration?: The 1998 Freshfields lecture. *Arbitration international*: London Court of International Arbitration (Londres), 15:3:211-226, 1999.
- Holtzmann, H. M. Centripetal and centrifugal forces in modern arbitration. *Arbitration: journal of the Chartered Institute of Arbitrators (Londres)*, 65:4:302-307, noviembre de 1999.
- Huleatt-James, M. y N. Gould. International commercial arbitration: a handbook. 2a. edición. Londres: Lloyd's of London Press, 1999, 145 págs.
- Kaplan, N. y A. Evans. Introduction to the millennium journal. *Arbitration: journal of the Chartered Institute of Arbitrators (Londres)*, 65:4:241-243, noviembre de 1999.
- Karrer, P. A. Freedom of an arbitral tribunal to conduct proceedings. *ICC International Court of Arbitration bulletin*: Cámara de Comercio Internacional (París), 10:1:14-26, primavera 1999.
- KCAB's [Korean Commercial Arbitration Board] Administrative Rules for Arbitration under UNCITRAL Arbitration Rules. *En Arbitration practice in Korea '99*. Seúl: Korean Commercial Arbitration Board, 1999, págs. 36 a 39.
- Kim, S.-H. The arbitral administration under the UNCITRAL rules and application of national law. *Arbitration journal*: Korean Commercial Arbitration Board (Seúl), 294:46-57, invierno de 1999.
- En coreano, con un breve resumen en inglés.
- Traducción del título extraída del índice en inglés.
- Kolkey, D. M. It's time to adopt the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. *Transnational law & contemporary problems*: University of Iowa College of Law (Iowa City, Iowa), 8:1:3-17, primavera de 1998.
- Kuckenbug, J. Developments in arbitration in Germany in 1998. *Arbitration and ADR*: International Bar Association, Section on Business Law, Committee D (Londres), 4:1:19-21, mayo de 1999.
- Lee, S.-W. Reports on the 5th IFCAI [International Federation of Commercial Arbitration Institutions] General Assembly and the 32nd UNCITRAL General Assembly. *Arbitration journal*: Korean Commercial Arbitration Board (Seúl).
- En coreano.
- Traducción del título extraída del índice en inglés.
- En dos entregas:
- I en 293:4-17, 1999;
- II en 294:96-113, 2000.
- Lourens, M. The issue of "arbitrability" in the context of international commercial arbitration. *SA mercantile law journal (Kenwyn)*.
- Tesis (*Master of Laws*), Universidad de Stellenbosch, 1998.
- En dos entregas:
- I en 11:2:363-383, 1999;
- II en 11:3:439-462, 1999.
- Título paralelo de la revista: *SA Tydskrif vir handelsreg*.
- Model arbitration law quarterly reports. London: Simmonds & Hill Publishing Ltd., 1995-.
- En papel y en CD-ROM.
- El CD-ROM incluye índice.
- Montoya Alberti, U. Peru [a country report on commercial arbitration, both domestic and international] *En International handbook on commercial arbitration / editores generales*: P. Sanders y A. J. van den Berg, con la asistencia de la Mesa Internacional de la Corte Permanente de Arbitraje. La Haya: Kluwer, 1990-. Supl. 27, 28 págs. + anexo I, diciembre de 1998.
- En el anexo se reproduce la traducción al inglés del texto de la Ley General de Arbitraje No. 26572, en vigor desde el 6 de enero de 1996, 30 págs.
- Morán Bovio, D. Sixth Willem C. Vis international commercial arbitration moot; una experiencia para ser contada. *Derecho de los negocios (Madrid)*, 19:106-107:91-95, julio-agosto 1999.
- Okekeifere, A. I. Appointment and challenge of arbitrators under the UNCITRAL Model Law. *International arbitration law review (Londres)*.
- En dos entregas:
- I en 2:5 y 6:167-174, 1999;
- II en 3:1:13-18, 2000.
- International commercial arbitration and the UNCITRAL Model Law under written federal constitutions: necessity versus constitutionality in the Nigerian legal framework. *Journal of international arbitration (Londres)*, 16:2:49-71, 1999.
- Public policy and arbitrability under the UNCITRAL model law. *International arbitration law review (Londres)*, 2:2:70-77, 1999.

- Pepper, R. A. Why arbitrate?: Ontario's recent experience with commercial arbitration. *Osgoode Hall law journal*: Osgoode Hall Law School, York University (North York, Ontario), 36:4:807-845, 1998.
- Rajiski, J. Arbitration in Central and Eastern Europe. *International arbitration law review* (Londres), 2:2:47-52, 1999.
- Ramaswamy, P. Interim measures of protection under the Indian Arbitration and Conciliation Act 1996. *Arbitration international*: London Court of International Arbitration (Londres), 15:4:399-404, 1999.
- Sanders, P. What may still be done in the world of arbitration? *Arbitration*: journal of the Chartered Institute of Arbitrators (Londres), 65:4:260-265, noviembre de 1999.
- Schaefer, J. Borrowing and cross-fertilising arbitration laws: a comparative overview of the development of Hong Kong and Singapore legislation for international commercial arbitration. *Journal of international arbitration* (Londres), 16:4:41-99, 1999.
- Smit, R. H. The Center for Public Resources rules for Non-administered Arbitration of International Disputes: a critical and comparative commentary. *American review of international arbitration*: Parker School of Foreign and Comparative Law (Nueva York).
- En dos partes:
I en 2:4:411-454, 1991;
II en 8:3:4, 275-326, 1997.
En las páginas 442 a 454 del apéndice I se reproduce el Reglamento.
- Sousa Silva, A. Some innovative and controversial aspects of the new Brazilian Arbitration Act. *International arbitration report* (King of Prussia, Pa.), 14:7:28-54, julio de 1999.
- UNCITRAL working group to study specific international commercial arbitration issues. *International arbitration report* (King of Prussia, Pa.), 14:10:16, octubre de 1999.
- IV. Transporte internacional**
- Barona Vilar, S. Convenio de las Naciones Unidas de 31 de marzo de 1978 (Reglas de Hamburgo) / S. Barona Vilar, C. Esplugues Mota, J. Hernández Martí. *En Contratación internacional / coordinador: C. Esplugues [Mota]*. Segunda edición, València: Tirant lo Blanch, 1999, págs. 673 a 681.
- V. Pagos internacionales**
- * * *
- VI. Comercio electrónico**
- Axelrud de Lendner, R. M. Informe sobre el Proyecto de Régimen Uniforme para el uso de la firma electrónica (ONU, 25 de febrero de 1999) = Rapport relatif au projet de Régime Uniforme pour l'emploi de la signature électronique (ONU, le 25 février 1999). *Revista internacional del notariado*: Unión Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires), 98:93-97, 1999.
- En español y francés en columnas contiguas.
- Bernstorff, C. Graf von. Ausgewählte Rechtsprobleme im Electronic Commerce. *Recht der internationalen Wirtschaft — Betriebs-Berater International* (Heidelberg), 46:1:14-20, enero de 2000.
- Clift, J. Electronic commerce: the UNCITRAL Model Law and electronic equivalents to traditional bills of lading. *International business lawyer*: journal of the Section on Business Law of the International Bar Association (Londres), 27:7:311-317, julio-agosto 1999.
- Eiselen, S. Electronic commerce and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1980. *EDI law review: legal aspects of paperless communication* (Dordrecht, Países Bajos), 6:1:21-46, 1999.
- Incluye resumen en inglés.
- Flint, D. United Kingdom electronic commerce consultation: too little, too late? *Business law review* (Londres), 20:5:125-132, mayo de 1999.
- Gregory, J. D. The authentication of digital legal records. *EDI law review: legal aspects of paperless communication* (Dordrecht, Países Bajos), 6:1:47-63, 1999.
- . Solving legal issues in electronic commerce. *Canadian business law journal* (Agincourt, Ont.), 32:1:84-131, julio de 1999.
- Título de la revista: *Revue canadienne du droit de commerce*.
- Herrmann, G. Establishing a legal framework for electronic commerce: the work of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *World trade and arbitration materials*: Kluwer (La Haya), 11:6:45-57, 1999.
- Texto de presentación de G. Hermann, Secretario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), ante la Conferencia Internacional sobre Comercio Electrónico y Propiedad Intelectual, de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Ginebra, 14 a 16 de septiembre de 1999. Documento de la OMPI: WIPO/EC/CONF/99/SPK/24-C (septiembre de 1999).
- . Global imperative ... and the pitfalls of regionalism. *e-Business world*: Cámara de Comercio Internacional (París), 1:4:8-10, enero-febrero 2000.
- Maradiaga M., J. R. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y Proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas. M.s.l.: INFOP, 1999, 71 págs., port.
- En la cabecera del título: Instituto Nacional de Formación Profesional; INFOP.
- Se reproducen los textos en español de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996), págs. 33 a 71, y del proyecto de régimen uniforme de la CNUDMI para las firmas electrónicas (1998), acompañados de una breve presentación de estos textos, págs. 5 a 32.
- Mazilu, D. Contributia Comisiei Natiunilor Unite pentru Drept Comercial International la promovarea unor reguli uniforme in domeniul comerului electronic. *Revista de drept comercial* (Bucarest), 9:4:91-106, 1999 (Nueva serie).
- Traducción del título: Contribución de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional a la promoción de un régimen uniforme en el ámbito del comercio electrónico.
- . Dreptul comerului international. Partea generala (Curs). Bucarest: Editura Lumina Lex, 1999, 511 págs.
- En rumano.
- Traducción del título del libro: El derecho del comercio internacional. Parte general (manual de cursos).
- Contenido relacionado con la labor de la CNUDMI: Título IV, Dezvoltarea progresiva a dreptului comerului international = Desarrollo progresivo del derecho mercantil internacional, págs. 235 a 277 [Capítulo I sobre el comercio electrónico, págs. 238 a 257.— Capítulo 2 sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada y los proyectos de construcción, explotación y traspaso, págs. 258 a 277].
- Incluye bibliografía, págs. 458 a 487.
- Al final figuran también conclusiones en inglés, págs. 488 a 496.

Nicoll, C. C. Electronic commerce: a New Zealand perspective. *EDI law review: legal aspects of paperless communication* (Dordrecht, Países Bajos), 6:1:5-20, 1999.

Overby, A. B. Will cyberlaw be uniform?: an introduction to the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. *Tulane journal of international and comparative law*, Tulane Law School (Nueva Orleans, La.), 7:219-310, primavera de 1999.

Texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) págs. 237 a 250.— Guía para la incorporación al derecho interno, págs. 251 a 310.

Pejovic, C. Main legal issues in the implementation of Electronic Data Interchange (EDI) to bills of lading. *European transport law: journal of law and economics* (Amberes), 34:2:183-185, 1999.

Se examina la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

Piaggi, A. I. Reflexiones sobre la contratación electrónica. *La Ley* (Buenos Aires), 63:24:1-3, jueves 4 de febrero de 1999.

Sorieul, R. Brief overview of international initiatives for an electronic commerce uniform legal network = Aperçu de quelques initiatives internationales pour un droit uniforme du commerce électronique. *Uniform law review: UNIDROIT* (Roma), 4:4:908-926, 1999.

En inglés y francés en columnas contiguas.

Título paralelo de la revista: *Revue de droit uniforme*: Institut international pour l'unification du droit privé.

Stoll, P.-T. y B. Goller. Electronic commerce and the internet. *German yearbook of international law* (Berlín), 41:128-169, 1998.

Contenido relacionado con la labor de la CNUDMI: comunicaciones y transacciones de comercio electrónico, págs. 150 a 166.

Trata en parte de la Ley Modelo de la CNUDMI para las firmas electrónicas (1998).

Título paralelo de la revista: *Jahrbuch für internationale Recht*.

UNCITRAL and electronic signatures. *Documentary credits Insight*: Cámara de Comercio Internacional (París), 5:2:24, primavera de 1999.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno (1996): con inclusión del artículo 5 bis aprobado en 1998. Nueva York: Naciones Unidas, 1999, vii, 78 págs.

Contenido: 1. Resolución 51/162 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1996, sobre el informe de la Sexta Comisión (A/51/628).— 2. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.— 3. Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno.

Actualmente disponible en todos los idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

VII. Garantías independientes y cartas de crédito contingente

Gerold Herrmann on why ICC rules and international conventions are both necessary. *Documentary credits Insight*: Cámara de Comercio Internacional (París), 5:2:6-8, primavera de 1999.

Título complementario: The Insight interview.

Herrmann, G. UNCITRAL Secretary Gerold Herrmann speaks on the UN convention. *Documentary credit world* (Montgomery Village, Md.), 3:12:31-37, diciembre de 1999.

ICC endorsement of the UNCITRAL Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit. París: Cámara de Comercio Internacional, 21 de junio de 1999.

Documento de la CCI No. 470/864 Rev2.

International developments — UNCITRAL: report of the working group on international contract practices. *Commonwealth law bulletin*: Commonwealth Secretariat (Londres), 25:556-559, 1999.

Ly, P. de. The United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit.

International lawyer: American Bar Association (Chicago, Ill.), 33:3:831-846, otoño de 1999.

VIII. Contratación pública

IX. Insolvencia transfronteriza

Barrett, J. A. y J. S. Ziegel. The continuing challenges of international insolvencies: UNCITRAL. *En Private investments abroad: problems and solutions in international business in 1998*. Nueva York: Bender, 1999, párr. 2.03[4].

Cronin, M. UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: procedural approach to a substantive problem, *Journal of corporation law*: University of Iowa (Iowa City, Iowa), 24:709-726, primavera de 1999.

Esplugues Mota, C. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, de 30 de mayo de 1997: ¿de la hambruna al exceso? *Cuadernos de derecho y comercio*: Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio (Madrid), 27:45-80, 1998.

Fletcher, I. F. Update on INSOL: Model Law [on Cross-Border Insolvency (1997)]. *INSOL world: the newsletter of INSOL International* (Londres), 9, julio de 1999.

— Insolvency in private international law: national and international approaches. Oxford: Clarendon Press, 1999, lxvii, 465 págs. (Oxford monographs in private international law).

Cap. 8: A global initiative: UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, págs. 323 a 363.

En el apéndice IV se reproduce la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997), págs. 432 a 441.

Leonard, E. B. The accelerating changes in international insolvency and restructuring. *En Euromoney Legal Group guide to the world's leading insolvency and restructuring lawyers. International financial law review special supplements* (Londres), 3 a 5, mayo de 1999.

Suplemento especial del número de *International financial law review* correspondiente a mayo de 1999.

New Zealand. Law Commission. Cross-border insolvency: should New Zealand adopt the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency? Wellington, Nueva Zelanda: la Comisión, febrero de 1999, xvi, 152 págs. (NZLC; R52).

Incluye resumen oficial (págs. xi-xiv), bibliografía e índice temático.

Número de documento también publicado como Documento Parlamentario E31AM.

New Zealand: cross-border insolvency. *Commonwealth law bulletin*: Commonwealth Secretariat (Londres), 25:357-366, primavera de 1999.

Obank, R. Outlining insolvency practice in Europe—ensuring maximum recovery from European insolvent companies. *Butterworths journal of international banking and financial law* (Londres), 14:10:437-444, noviembre de 1999.

Orderly and effective insolvency procedures: key issues / Departamento Jurídico, Fondo Monetario Internacional. Washington, D.C.: The Fund, 1999, ix, 93 págs.

Contenido (extractos): Cap. 6, Cuestiones de insolvencia transfronteriza, págs. 81 y 82.— Apéndice, Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (nota informativa preparada por la secretaría de la CNUDMI), págs. 83 a 93.

Principal conclusión enunciada en el capítulo 6: la adopción de la Ley Modelo de 1997 por los países resultaría eficaz para facilitar el reconocimiento de los procesos extranjeros y la cooperación entre tribunales y administradores de distintos países.

Schlosser, P. Recent developments in transit-border insolvency. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1999, 29 págs. (Saggi, conferenze e seminari / Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero; 35).

Smith, A. D. y D. A. Ailola. Cross-border insolvencies: an overview of some recent legal developments. *SA mercantile law journal* (Kenwyn), 11:2:192-209, 1999.

Extracto relativo a la labor de la CNUDMI: 5, La Ley Modelo de la CNUDMI y el proyecto de ley de Sudáfrica sobre la insolvencia transfronteriza, págs. 202 a 209.

X. Financiación por cesión de créditos

Bazinas, S.V. Le projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créances à des fins de financement : ses objectifs et ses effets sur les autres lois. *Revue de droit bancaire et de la bourse* (París), 75:171-182, septiembre-octubre de 1999.

Reproduce el texto del documento A/CN.9/466 de la CNUDMI.

Brink, U. Die UNCITRAL Konvention über Internationale Forderungsabtretung: ein Besuch im UNCITRAL Vergnügungspark / Mainz: octubre de 1999, 17, 10 págs.

El anexo reproduce el texto en inglés del proyecto de convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación, basado en el documento A/CN.9/WG.II/WP.104, de 16 de julio de 1999.— Nota 1.

Carsella, M.B. UNCITRAL update. *Secured lender: magazine of the asset-based financial services industry* (Nueva York, N.Y.), 8 a 13 de junio de 1999.

Die Forderungsabtretung insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen / editado por Hadding W. y Uwe Schneider. Berlín: Duncker & Humblot, 868 págs.

Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen: Abt. B, Rechtswissenschaft: Schriften des Instituts für deutsches und internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz; Bd. 120.

Janzen, D. Der UNCITRAL-Konventionsentwurf zum Recht der internationalen Finanzierungsabtretung: Symposium in Hamburg am 18 und 19 September 1998. *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Tübingen), 63:2:368-377, 1999.

Mattout, J.-P. Cessions internationales de créances projet CNUDCI : état des lieux: les besoins de la pratique. *Revue de droit bancaire et de la bourse* (París), 75:165-168, septiembre-octubre de 1999.

caire et de la bourse (París), 75:165-168, septiembre-octubre de 1999.

Pelichet, M. Note on the law applicable to assignment in receivables financing = Note sur la loi applicable à la cession de créances. *En Proceedings of the Eighteenth Session 30 September to 19 October 1996*. Tome I, Miscellaneous matters / editado por la mesa permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. La Haya: SDU Publishers, 1999, págs. 196 a 201.

Título paralelo en francés: Actes et documents de la Dix-huitième session 30 septembre au 19 octobre 1996. Tome I, Matières diverses / editado por la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

En inglés y francés en páginas alternas.

Schneider, U. H. Pflichten und Haftung der erstbeauftragten Kreditinstitute bei grenzüberschreitenden

Ueberweisungen — auf dem Weg zu einem Sonderrecht für Kettenverträge. *Wertpapier-Mitteilungen (Teil 4): Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* (Frankfurt am Main), 53:44: 2189-2198, 6, noviembre de 1999.

Schwarcz, S. Towards a centralized perfection system for cross-border receivables financing. *University of Pennsylvania journal of international economic law*: University of Pennsylvania Law School (Philadelphia, Pa.), 20:455-476, 1999.

Stoufflet, J. Les contraintes juridiques actuelles. *Revue de droit bancaire et de la bourse* (París), 75:169-170, septiembre-octubre de 1999.

XI. Contratos internacionales de construcción

XII. Proyectos de infraestructura con financiación privada

Mazilu, D. Dreptul comertului international. Partea generala (Curs). Bucarest: Editura Lumina Lex, 1999, 511 págs.

En rumano.

Traducción del título del libro: El derecho del comercio internacional. Parte general (manual de cursos).

Contenido relacionado con la labor de la CNUDMI: Título IV, Dezvoltarea progresiva a dreptului comertului international = Desarrollo progresivo del derecho mercantil internacional, págs. 235 a 277.

[Capítulo I sobre el comercio electrónico, págs. 238 a 257.— Capítulo 2 sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada y los proyectos de construcción, explotación y traspaso, págs. 258 a 277.]

Incluye bibliografía, págs. 458 a 487.

Al final figuran también conclusiones en inglés, págs. 488 a 496.

Finantarea privata a proiectelor de infrastructura, in dezbaterea Comisiei O.N.U. pentru Drept Comercial International. *Revista de drept comercial* (Bucarest) 9:2:115-126, 1999 (Nueva serie).

Traducción del título: Situación de los debates sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Wallace, D. Issues in privately financed infrastructure. *En Private investments abroad: problems and solutions in international business in 1998*. Nueva York: Bender, 1999, párr. 5.

ANEXO

TEXTOS JURÍDICOS DE LA CNUDMI

| <i>Título abreviado</i> | <i>Título completo</i> |
|---|--|
| Convención de la Letra y el Pagaré (1988) | Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales (1988) ^a |
| Convención sobre la Prescripción (1974/1980) | Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, 1974 (Nueva York) ^b , y Protocolo de modificación de la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, 1980 (Viena) ^c |
| Convención sobre la Compraventa (1980) | Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) ^d |
| Convención sobre Garantías y Cartas de Crédito Contingente (1995) | Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (1995) ^e |
| Convenio sobre los Empresarios de Terminales (1991) | Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Transporte en el Comercio Internacional (1991) ^f |
| Guía para los Contratos de Construcción (1987) | Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales (1987) ^g |
| Guía sobre Transferencias Electrónicas de Fondos (1986) | Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Transferencias Electrónicas de Fondos ^h |
| Guía sobre Comercio Compensatorio Internacional (1992) | Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional (1992) ⁱ |
| Ley sobre Comercio Electrónico (1996) | Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) ^j |
| Ley sobre Transferencias de Crédito (1992) | Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito (1992) ^k |
| Ley Modelo del Arbitraje (1985) | Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) ^l |
| Ley Modelo sobre Insolvencia (1997) | Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997) ^m |
| Ley Modelo de la Contratación Pública (1994) | Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (1994) ⁿ |
| Notas sobre el Proceso Arbitral (1996) | Notas de la CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral (1996) ^o |
| Reglamento de Arbitraje (1976) | Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) ^p |
| Reglamento de Conciliación (1980) | Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980) ^q |
| Reglas de Hamburgo (1978) | Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo) ^r |

^a*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/42/17), anexo I; véase también el anexo de la resolución 43/165 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1988.*

^b*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, No. de venta S.74.V.8), parte I.*

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

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

^eAnexo de la resolución 50/48 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1995.

^f*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, No. de venta S.93.XI.3), parte I, documento A/CONF.152/13, anexo.

^gPublicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.87.V.10.

^hPublicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.87.V.9.

ⁱPublicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.93.V.7.

^j*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17)*, anexo I; véase también el anexo de la resolución 51/162 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1996.

^k*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/47/17)*, anexo I.

^l*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/40/17)*, anexo I.

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

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

^o*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17)*, parte II.

^p*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/31/17)*, párr. 57.

^q*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/35/17)*, párr. 106.

^r*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercaderías, Hamburgo, 6 a 31 de marzo de 1978* (publicación de las Naciones Unidas, No. de venta S.80.VIII.I), documento A/CONF.89/13, anexo I.

II. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI

| <i>Signatura del documento</i> | <i>Título o descripción</i> | <i>Ubicación en el presente volumen</i> |
|--|--|---|
| A. Lista de documentos presentados a la Comisión en su 32.º período de sesiones | | |
| 1. Serie de distribución general | | |
| A/CN.9/453 | Programa provisional con anotaciones y calendario de sesiones del 32.º período de sesiones | No reproducido |
| A/CN.9/454 | Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor de su 33.º período de sesiones | Segunda parte, II, A |
| A/CN.9/455 | Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales relativo a la labor realizada en su 29.º período de sesiones | Segunda parte, I, A |
| A/CN.9/456 | Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su 30.º período de sesiones | Segunda parte, I, E |
| A/CN.9/457 | Informe del Grupo de Trabajo sobre comercio electrónico acerca de la labor de su 34.º período de sesiones | Segunda parte, II, D |
| A/CN.9/458 | Proyectos de infraestructura con financiación privada: proyectos de capítulo de una guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada | Segunda parte, III |
| A/CN.9/458/Add.1 | Introducción e información de antecedentes sobre proyectos de infraestructura con financiación privada | Segunda parte, III |
| A/CN.9/458/Add.2 | Capítulo I. Consideraciones generales sobre la legislación | Segunda parte, III |
| A/CN.9/458/Add.3 | Capítulo II. Riesgos del proyecto y respaldo público | Segunda parte, III |
| A/CN.9/458/Add.4 | Capítulo III. Selección del concesionario | Segunda parte, III |
| A/CN.9/458/Add.5 | Capítulo IV. El acuerdo de proyecto | Segunda parte, III |
| A/CN.9/458/Add.6 | Capítulo V. Desarrollo y explotación de infraestructura | Segunda parte, III |
| A/CN.9/458/Add.7 | Capítulo VI. Cumplimiento del plazo del proyecto, prórroga y rescisión | Segunda parte, III |
| A/CN.9/458/Add.8 | Capítulo VII. Ley aplicable | Segunda parte, III |
| A/CN.9/458/Add.9 | Capítulo VIII. Solución de controversias | Segunda parte, III |
| A/CN.9/459 | Prácticas internacionales de cartas de crédito contingente (ISP98) | Segunda parte, IV, A |
| A/CN.9/458/Add.1 | Reglas uniformes para los documentos de caución de un contrato o "Contract Bonds" (RUCB) | Segunda parte, IV, B |
| A/CN.9/460 | Arbitraje comercial internacional: posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional | Segunda parte, V |
| A/CN.9/461 | Formación y asistencia técnica | Segunda parte, IX |
| A/CN.9/462 | Situación de las convenciones y leyes modelo | Segunda parte, VIII |
| A/CN.9/462/Add.1 | Posible labor futura en materia de derecho de insolvencia: propuesta de Australia | Segunda parte, VI |

| <i>Signatura del documento</i> | <i>Título o descripción</i> | <i>Ubicación en el presente volumen</i> |
|---|---|--|
| A/CN.9/463 | Bibliografía de obras recientemente publicadas relativas a la labor de la CNUDMI | Volumen XXIX: 1998 del <i>Anuario</i> , tercera parte, III |
| 2. Serie de distribución reservada | | |
| A/CN.9/XXII/CRP.1 y Add. 1 a 23 | Proyecto de informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 32.º período de sesiones | No reproducido |
| A/CN.9/XXXII/CRP.2 | Propuesta de la República de Corea | No reproducido |
| A/CN.9/XXXII/CRP.3 | Adiciones propuestas por la delegación de los Estados Unidos de América al texto del capítulo II | No reproducido |
| 3. Serie informativa | | |
| A/CN.9/XXXII/INF.1 | Lista de participantes | No reproducido |

B. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 29.º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

| | | |
|---------------------|--|---------------------|
| A/CN.9/WG.II/WP.97 | Programa provisional | No reproducido |
| A/CN.9/WG.II/WP.98 | Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 26.º período de sesiones: artículos revisados del proyecto de Convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación: observaciones y sugerencias: nota de la secretaría | Segunda parte, I, B |
| A/CN.9/WG.II/WP.99 | Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 29.º período de sesiones: financiación por cesión de créditos: informe del grupo de expertos preparado por la Mesa Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: nota de la secretaría | Segunda parte, I, C |
| A/CN.9/WG.II/WP.100 | Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 29.º período de sesiones: propuesta de los Estados Unidos de América | Segunda parte, I, D |

2. Serie de distribución reservada

| | | |
|--------------------------------------|--|----------------|
| A/CN.9/WG.II/XXIX/CRP.1 y Add.1 a 10 | Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor de su 29.º período de sesiones | No reproducido |
| A/CN.9/WG.II/XXIX/CRP.2 y Add.1 a 5 | Informe del grupo de redacción | No reproducido |

3. Serie informativa

| | | |
|---------------------------------|------------------------|----------------|
| A/CN.9/WG.II/XXIX/INF.1 y Rev.1 | Lista de participantes | No reproducido |
|---------------------------------|------------------------|----------------|

| <i>Signatura del documento</i> | <i>Título o descripción</i> | <i>Ubicación en el presente volumen</i> |
|--------------------------------|-----------------------------|---|
|--------------------------------|-----------------------------|---|

C. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 30.º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

| | | |
|---------------------|--|---------------------|
| A/CN.9/WG.II/WP.101 | Programa provisional | No reproducido |
| A/CN.9/WG.II/WP.102 | Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 30.º período de sesiones: artículos revisados del proyecto de Convención sobre la cesión de créditos con fines de financiación: observaciones y sugerencias: nota de la secretaría | Segunda parte, I, F |

2. Serie de distribución reservada

| | | |
|--------------------------------------|--|----------------|
| A/CN.9/WG.II/XXX/CRP.1 y Add. 1 a 12 | Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor de su 30.º período de sesiones | No reproducido |
| A/CN.9/WG.II/XXX/CRP.2 y Add.1 a 6 | Informe del grupo de redacción | No reproducido |

3. Serie informativa

| | | |
|------------------------|------------------------|----------------|
| A/CN.9/WG.II/XXX/INF.1 | Lista de participantes | No reproducido |
|------------------------|------------------------|----------------|

D. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 33.º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

| | | |
|---------------|---|---------------------|
| A/CN.9/WG.IV/ | Programa provisional Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 33.º período de sesiones: proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas: nota de la secretaría Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 33.º período de sesiones: propuesta de los Estados Unidos de América: nota de la secretaría | Segunda parte, II C |
|---------------|---|---------------------|

2. Serie de distribución reservada

| | | |
|--|---|----------------|
| A/CN.9/WG.IV/XXXIII/CRP.1 y Add.1 a 13 | Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor de su 33.º período de sesiones | No reproducido |
|--|---|----------------|

3. Serie informativa

| | | |
|---------------------------|------------------------|----------------|
| A/CN.9/WG.IV/XXXIII/INF.1 | Lista de participantes | No reproducido |
|---------------------------|------------------------|----------------|

E. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 34.º período de sesiones

1. Documentos de trabajo

| | | |
|--------------------|----------------------|----------------|
| A/CN.9/WG.IV/WP.78 | Programa provisional | No reproducido |
|--------------------|----------------------|----------------|

| <i>Signatura del documento</i> | <i>Título o descripción</i> | <i>Ubicación en el presente volumen</i> |
|--------------------------------------|---|---|
| A/CN.9/WG.IV/WP.79 | Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 34.º período de sesiones: proyecto de Régimen Uniforme para las firmas electrónicas: nota de la secretaría | Segunda parte, II, E |
| A/CN.9/WG.IV/WP.80 | Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en su 34.º período de sesiones: firmas electrónicas: nota de la secretaría | Segunda parte, II, F |
| A/CN.9/WG.IV/XXXIV/CRP.1 y Add.1 a 8 | Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor de su 34.º período de sesiones | No reproducido |
| 3. Serie informativa | | |
| A/CN.9/WG.IV/XXXIV/INF.1 | Lista de participantes | No reproducido |

III. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI REPRODUCIDOS EN VOLÚMENES ANTERIORES DEL ANUARIO

En la presente lista se especifica el año, la parte, el capítulo y la página de los volúmenes anteriores del *Anuario* en que se han reproducido documentos relacionados con la labor de la Comisión; los documentos no incluidos en la lista no fueron reproducidos en el *Anuario*. Los documentos están clasificados con arreglo a las siguientes categorías:

1. Informes de la Comisión sobre sus períodos de sesiones anuales.
2. Resoluciones de la Asamblea General.
3. Informes de la Sexta Comisión.
4. Pasajes de los informes de la Junta de Comercio y Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.
5. Documentos presentados a la Comisión (incluidos los informes de las reuniones de los Grupos de Trabajo).
6. Documentos presentados a los Grupos de Trabajo:
 - a) Grupo de Trabajo I: Los plazos y la prescripción (1969 a 1974);
 - b) Grupo de Trabajo II: Compraventa internacional de mercaderías (1968 a 1977); prácticas contractuales internacionales (desde 1979);
 - c) Grupo de Trabajo III: Reglamentación internacional del transporte marítimo (1968 a 1978);
 - d) Grupo de Trabajo IV: Títulos negociables internacionales (1974 a 1987); pagos internacionales (1988 a 1992); intercambio electrónico de datos (1993 a 1996); comercio electrónico (desde 1997);
 - e) Grupo de Trabajo V: Nuevo orden económico internacional; insolvencia transfronteriza (1995 a 1997).
7. Actas resumidas de los debates en la Comisión.
8. Textos aprobados por Conferencias de Plenipotenciarios.
9. Bibliografías de obras relativas a la labor realizada por la Comisión.

| <i>Signatura del documento</i> | <i>Volumen, año</i> | <i>Parte, capítulo</i> | <i>Página</i> |
|--|----------------------|------------------------|---------------|
| 1. Informes de la Comisión sobre sus períodos de sesiones | | | |
| A/7216 (primer período de sesiones) | Volumen I: 1968-1970 | Segunda parte, I, A | 75 |
| A/7618 (segundo período de sesiones) | Volumen I: 1968-1970 | Segunda parte, II, A | 99 |
| A/8017 (tercer período de sesiones) | Volumen I: 1968-1970 | Segunda parte, III, A | 137 |
| A/8417 (cuarto período de sesiones) | Volumen II: 1971 | Primera parte, II, A | 13 |
| A/8717 (quinto período de sesiones) | Volumen III: 1972 | Primera parte, II, A | 11 |
| A/9017 (sexto período de sesiones) | Volumen IV: 1973 | Primera parte, II, A | 11 |
| A/9617 (séptimo período de sesiones) | Volumen V: 1974 | Primera parte, II, A | 13 |
| A/10017 (octavo período de sesiones) | Volumen VI: 1975 | Primera parte, II, A | 9 |
| A/31/17 (noveno período de sesiones) | Volumen VII: 1976 | Primera parte, II, A | 11 |
| A/32/17 (décimo período de sesiones) | Volumen VIII: 1977 | Primera parte, II, A | 13 |
| A/33/17 (11.º período de sesiones) | Volumen IX: 1978 | Primera parte, II, A | 11 |

| <i>Signatura del documento</i> | <i>Volumen, año</i> | <i>Parte, capítulo</i> | <i>Página</i> |
|---|----------------------|------------------------|---------------|
| A/34/17 (12.º período de sesiones) | Volumen X: 1979 | Primera parte, II, A | 11 |
| A/35/17 (13.º período de sesiones) | Volumen XI: 1980 | Primera parte, II, A | 7 |
| A/36/17 (14.º período de sesiones) | Volumen XII: 1981 | Primera parte, A | 3 |
| A/37/17 y Corr.1 (15.º período de sesiones) | Volumen XIII: 1982 | Primera parte, A | 3 |
| A/38/17 (16.º período de sesiones) | Volumen XIV: 1983 | Primera parte, A | 3 |
| A/39/17 (17.º período de sesiones) | Volumen XV: 1984 | Primera parte, A | 3 |
| A/40/17 (18.º período de sesiones) | Volumen XVI: 1985 | Primera parte, A | 3 |
| A/41/17 (19.º período de sesiones) | Volumen XVII: 1986 | Primera parte, A | 3 |
| A/42/17 (20.º período de sesiones) | Volumen XVIII: 1987 | Primera parte, A | 3 |
| A/43/17 (21.º período de sesiones) | Volumen XIX: 1988 | Primera parte, A | 3 |
| A/44/17 (22.º período de sesiones) | Volumen XX: 1989 | Primera parte, A | 3 |
| A/45/17 (23.º período de sesiones) | Volumen XXI: 1990 | Primera parte, A | 3 |
| A/46/17 (24.º período de sesiones) | Volumen XXII: 1991 | Primera parte, A | 3 |
| A/47/17 (25.º período de sesiones) | Volumen XXIII: 1992 | Primera parte, A | 3 |
| A/48/17 (26.º período de sesiones) | Volumen XXIV: 1993 | Primera parte, A | 3 |
| A/49/17 (27.º período de sesiones) | Volumen XXV: 1994 | Primera parte, A | 3 |
| A/50/17 (28.º período de sesiones) | Volumen XXVI: 1995 | Primera parte, A | 3 |
| A/51/17 (29.º período de sesiones) | Volumen XXVII: 1996 | Primera parte, A | 3 |
| A/52/17 (30.º período de sesiones) | Volumen XXVIII: 1997 | Primera parte, A | 3 |
| A/53/17 (31.º período de sesiones) | Volumen XXIX: 1998 | Primera parte, A | 3 |

2. Resoluciones de la Asamblea General

| | | | |
|---------------|----------------------|-------------------------|-----|
| 2102 (XX) | Volumen I: 1968-1970 | Primera parte, II, A | 19 |
| 2205 (XXI) | Volumen I: 1968-1970 | Primera parte, II, E | 68 |
| 2421 (XXIII) | Volumen I: 1968-1970 | Segunda parte, I, B, 3 | 96 |
| 2502 (XXIV) | Volumen I: 1968-1970 | Segunda parte, II, B, 3 | 133 |
| 2635 (XXV) | Volumen II: 1971 | Primera parte, I, C | 10 |
| 2766 (XXVI) | Volumen III: 1972 | Primera parte, I, C | 8 |
| 2928 (XXVII) | Volumen IV: 1973 | Primera parte, I, C | 8 |
| 2929 (XXVII) | Volumen IV: 1973 | Primera parte, I, C | 8 |
| 3104 (XXVIII) | Volumen V: 1974 | Primera parte, I, C | 11 |
| 3108 (XXVIII) | Volumen V: 1974 | Primera parte, I, C | 11 |
| 3316 (XXIX) | Volumen VI: 1975 | Primera parte, I, C | 7 |
| 3317 (XXIX) | Volumen VI: 1975 | Tercera parte, I, B | 325 |
| 3494 (XXX) | Volumen VII: 1976 | Primera parte, I, C | 9 |
| 31/98 | Volumen VIII: 1977 | Primera parte, I, C | 8 |
| 31/99 | Volumen VIII: 1977 | Primera parte, I, C | 8 |
| 31/100 | Volumen XIII: 1977 | Primera parte, I, C | 8 |
| 32/145 | Volumen IX: 1978 | Primera parte, I, C | 9 |
| 32/438 | Volumen IX: 1978 | Primera parte, I, C | 9 |
| 33/92 | Volumen X: 1979 | Primera parte, I, B | 8 |
| 33/93 | Volumen X: 1979 | Primera parte, I, C | 8 |
| 34/142 | Volumen XI: 1980 | Primera parte, I, C | 4 |

| <i>Signatura del documento</i> | <i>Volumen, año</i> | <i>Parte, capítulo</i> | <i>Página</i> |
|--------------------------------|----------------------|------------------------|---------------|
| 34/143 | Volumen XI: 1980 | Primera parte, I, C | 4 |
| 34/150 | Volumen XI: 1980 | Tercera parte, III | 177 |
| 35/166 | Volumen XI: 1980 | Tercera parte, III | 177 |
| 35/51 | Volumen XI: 1980 | Primera parte, II, D | 32 |
| 35/52 | Volumen XI: 1980 | Primera parte, II, D | 32 |
| 36/32 | Volumen XII: 1981 | Primera parte, D | 19 |
| 36/107 | Volumen XII: 1981 | Tercera parte, I | 265 |
| 36/111 | Volumen XII: 1981 | Tercera parte, II | 266 |
| 37/103 | Volumen XIII: 1982 | Tercera parte, III | 431 |
| 37/106 | Volumen XIII: 1982 | Primera parte, D | 22 |
| 37/107 | Volumen XIII: 1982 | Primera parte, D | 22 |
| 38/128 | Volumen XIV: 1983 | Tercera parte, III | 290 |
| 38/134 | Volumen XIV: 1983 | Primera parte, D | 22 |
| 38/135 | Volumen XIV: 1983 | Primera parte, D | 22 |
| 39/82 | Volumen XV: 1984 | Primera parte, D | 24 |
| 40/71 | Volumen XVI: 1985 | Primera parte, D | 50 |
| 40/72 | Volumen XVI: 1985 | Primera parte, D | 50 |
| 41/77 | Volumen XVII: 1986 | Primera parte, D | 39 |
| 42/152 | Volumen XVIII: 1987 | Primera parte, D | 44 |
| 42/153 | Volumen XVIII: 1987 | Primera parte, E | 46 |
| 43/165 y anexo | Volumen XIX: 1988 | Primera parte, D | 20 |
| 43/166 | Volumen XIX: 1988 | Primera parte, E | 21 |
| 44/33 | Volumen XX: 1989 | Primera parte, E | 39 |
| 45/42 | Volumen XXI: 1990 | Primera parte, D | 19 |
| 46/56 | Volumen XXII: 1991 | Primera parte, D | 49 |
| 47/34 | Volumen XXIII: 1992 | Primera parte, D | 26 |
| 48/32 | Volumen XXIV: 1993 | Primera parte, D | 41 |
| 48/33 | Volumen XXIV: 1993 | Primera parte, D | 43 |
| 48/34 | Volumen XXIV: 1993 | Primera parte, D | 43 |
| 49/54 | Volumen XXV: 1994 | Primera parte, D | 34 |
| 49/55 | Volumen XXV: 1994 | Primera parte, D | 35 |
| 50/47 | Volumen XXVI: 1995 | Primera parte, D | 59 |
| 51/161 | Volumen XXVII: 1996 | Primera parte, D | 41 |
| 51/162 | Volumen XXVII: 1996 | Primera parte, D | 43 |
| 52/157 | Volumen XXVIII: 1997 | Primera parte, D | 43 |
| 52/158 | Volumen XXVIII: 1997 | Primera parte, D | 45 |
| 53/103 | Volumen XXIX: 1998 | Primera parte, D | 33 |

3. Informe de la Sexta Comisión

| | | | |
|----------|----------------------|-------------------------|-----|
| A/5728 | Volumen I: 1968-1970 | Primera parte, I, A | 5 |
| A/6396 | Volumen I: 1968-1970 | Primera parte, II, B | 19 |
| A/6594 | Volumen I: 1968-1970 | Primera parte, II, D | 61 |
| A/7408 | Volumen I: 1968-1970 | Segunda parte, I, B, 2 | 92 |
| A/7747 | Volumen I: 1968-1970 | Segunda parte, II, B, 2 | 127 |
| A/8146 | Volumen II: 1971 | Primera parte, I, B | 6 |
| A/8506 | Volumen III: 1972 | Primera parte, I, B | 4 |
| A/8896 | Volumen IV: 1973 | Primera parte, I, B | 3 |
| A/9408 | Volumen V: 1974 | Primera parte, I, B | 4 |
| A/9920 | Volumen VI: 1975 | Primera parte, I, B | 3 |
| A/9711 | Volumen VI: 1975 | Tercera parte, I, A | 325 |
| A/10420 | Volumen VII: 1976 | Primera parte, I, B | 5 |
| A/31/390 | Volumen VIII: 1977 | Primera parte, I, B | 3 |
| A/32/402 | Volumen IX: 1978 | Primera parte, I, B | 3 |
| A/33/349 | Volumen X: 1979 | Primera parte, I, B | 3 |
| A/34/780 | Volumen XI: 1980 | Primera parte, I, B | 4 |
| A/35/627 | Volumen XI: 1980 | Primera parte, II, C | 32 |
| A/36/669 | Volumen XII: 1981 | Primera parte, C | 19 |
| A/37/620 | Volumen XIII: 1982 | Primera parte, C | 22 |
| A/38/667 | Volumen XIV: 1983 | Primera parte, C | 22 |
| A/39/698 | Volumen XV: 1984 | Primera parte, C | 24 |

| <i>Signatura del documento</i> | <i>Volumen, año</i> | <i>Parte, capítulo</i> | <i>Página</i> |
|--------------------------------|----------------------|------------------------|---------------|
| A/40/935 | Volumen XVI: 1985 | Primera parte, C | 49 |
| A/41/861 | Volumen XVII: 1986 | Primera parte, C | 38 |
| A/42/836 | Volumen XVIII: 1987 | Primera parte, C | 42 |
| A/43/820 | Volumen XIX: 1988 | Primera parte, C | 19 |
| A/C.6/43/L.2 | Volumen XIX: 1988 | Tercera parte, II, A | 197 |
| A/43/405 y Add. 1-3 | Volumen XIX: 1988 | Tercera parte, II, B | 198 |
| A/44/453 y Add.1 | Volumen XX: 1989 | Primera parte, C | 36 |
| A/44/723 | Volumen XX: 1989 | Primera parte, D | 39 |
| A/45/736 | Volumen XXI: 1990 | Primera parte, C | 19 |
| A/46/688 | Volumen XXII: 1991 | Primera parte, C | 48 |
| A/47/586 | Volumen XXIII: 1992 | Primera parte, C | 26 |
| A/48/613 | Volumen XXIV: 1993 | Primera parte, C | 40 |
| A/49/739 | Volumen XXV: 1994 | Primera parte, C | 33 |
| A/50/640 y Corr.1 | Volumen XXVI: 1995 | Primera parte, C | 61 |
| A/51/628 | Volumen XXVII: 1996 | Primera parte, C | 40 |
| A/52/649 | Volumen XXVIII: 1997 | Primera parte, C | 42 |
| A/53/632 | Volumen XXIX: 1998 | Primera parte, C | 32 |

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 | 91 |
| A/7616 | Volumen I: 1968-970 | Segunda parte, II, B, 1 | 127 |
| A/8015/Rev.1 | Volumen II: 1971 | Primera parte, I, A | 5 |
| TD/B/C.4/86, anexo I | Volumen II: 1971 | Segunda parte, IV | 149 |
| A/8415/Rev.1 | Volumen III: 1972 | Primera parte, I, A | 3 |
| A/8715/Rev.1 | Volumen IV: 1973 | Primera parte, I, A | 3 |
| A/9015/Rev.1 | Volumen V: 1974 | Primera parte, I, A | 3 |
| A/9615/Rev.1 | Volumen VI: 1975 | Primera parte, I, A | 3 |
| A/10015/Rev.1 | Volumen VII: 1976 | Primera parte, I, A | 5 |
| TD/B/617 | Volumen VIII: 1977 | Primera parte, I, A | 3 |
| TD/B/664 | Volumen IX: 1978 | Primera parte, I, A | 3 |
| A/33/15 (vol. II) | Volumen X: 1979 | Primera parte, I, A | 3 |
| A/34/15 (vol. II) | Volumen XI: 1980 | Primera parte, I, A | 3 |
| A/35/15 (vol. II) | Volumen XI: 1980 | Primera parte, II, B | 31 |
| A/36/15 (vol. II) | Volumen XII: 1981 | Primera parte, B | 19 |
| TD/B/930 | Volumen XIII: 1982 | Primera parte, B | 21 |
| TD/B/973 | Volumen XIV: 1983 | Primera parte, B | 21 |
| TD/B/1026 | Volumen XV: 1984 | Primera parte, B | 24 |
| TD/B/1077 | Volumen XVI: 1985 | Primera parte, B | 49 |
| TD/B/L.810/Add.9 | Volumen XVII: 1986 | Primera parte, B | 38 |
| A/42/15 | Volumen XVIII: 1987 | Primera parte, B | 42 |
| TD/B/1193 | Volumen XIX: 1988 | Primera parte, B | 19 |
| TD/B/1234 (vol. II) | Volumen XX: 1989 | Primera parte, B | 35 |
| TD/B/1277 (vol. II) | Volumen XXI: 1990 | Primera parte, B | 19 |
| TD/B/1309 (vol. II) | Volumen XXII: 1991 | Primera parte, B | 48 |
| TD/B/39(1)/15 | Volumen XXIII: 1992 | Primera parte, B | 25 |
| TD/B/40(1)/14 (vol. I) | Volumen XXIV: 1993 | Primera parte, B | 40 |
| TD/B/41(1)/14 (vol. I) | Volumen XXV: 1994 | Primera parte, B | 33 |
| TD/B/42(1)/19 (vol. I) | Volumen XXVI: 1995 | Primera parte, B | 61 |
| TD/B/43/12 (vol. I) | Volumen XXVII: 1996 | Primera parte, B | 40 |
| TD/B/44/19 (vol. I) | Volumen XXVIII: 1997 | Primera parte, B | 42 |
| TD/B/45/13 (vol. I) | Volumen XXIX: 1998 | Primera parte, B | 32 |

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 | 6 |
| A/C.6/L.572 | Volumen I: 1968-1970 | Primera parte, I, C | 13 |
| A/CN.9/15 y Add.1 | Volumen I: 1968-1970 | Tercera parte, III, B | 268 |
| A/CN.9/18 | Volumen I: 1968-1970 | Tercera parte, I, C, 1 | 218 |

| <i>Signatura del documento</i> | <i>Volumen, año</i> | <i>Parte, capítulo</i> | <i>Página</i> |
|--------------------------------|----------------------|---------------------------|---------------|
| A/CN.9/19 | Volumen I: 1968-1970 | Tercera parte, III, A, 1 | 251 |
| A/CN.9/21 y Corr.1 | Volumen I: 1968-1970 | Tercera parte, IV, A | 273 |
| A/CN.9/30 | Volumen I: 1968-1970 | Tercera parte, I, D | 228 |
| A/CN.9/31 | Volumen I: 1968-1970 | Tercera parte, I, A, 1 | 167 |
| A/CN.9/33 | Volumen I: 1968-1970 | Tercera parte, I, B | 212 |
| A/CN.9/34 | Volumen I: 1968-1970 | Tercera parte, I, C, 2 | 227 |
| A/CN.9/35 | Volumen I: 1968-1970 | Tercera parte, II, A, 2 | 185 |
| A/CN.9/38 | Volumen I: 1968-1970 | Tercera parte | 255 |
| A/CN.9/L.19 | Volumen I: 1968-1970 | Tercera parte, V, A | 299 |
| A/CN.9/38/Add.1 | Volumen II: 1971 | Segunda parte, II, 1 | 125 |
| A/CN.9/41 | Volumen I: 1968-1970 | Tercera parte, II, A | 245 |
| A/CN.9/48 | Volumen II: 1971 | Segunda parte, II, 2 | 126 |
| A/CN.9/50 y anexos I a IV | Volumen II: 1971 | Segunda parte, I, C, 2 | 97 |
| A/CN.9/52 | Volumen II: 1971 | Segunda parte, I, A, 2 | 56 |
| A/CN.9/54 | Volumen II: 1971 | Segunda parte, I, B, 1 | 74 |
| A/CN.9/55 | Volumen II: 1971 | Segunda parte, III | 145 |
| A/CN.9/60 | Volumen II: 1971 | Segunda parte, IV | 151 |
| A/CN.9/62 y Add.1 y 2 | Volumen III: 1972 | Segunda parte, I, A,5 | 88 |
| A/CN.9/63 y Add.1 | Volumen III: 1972 | Segunda parte, IV | 281 |
| A/CN.9/64 | Volumen III: 1972 | Segunda parte, III | 217 |
| A/CN.9/67 | Volumen III: 1972 | Segunda parte, II, 1 | 165 |
| A/CN.9/70 y Add.2 | Volumen III: 1972 | Segunda parte, I, B, 1 | 109 |
| A/CN.9/73 | Volumen III: 1972 | Segunda parte, I, B, 3 | 130 |
| A/CN.9/74 y Add.1 | Volumen IV: 1973 | Segunda parte, IV, 1 | 141 |
| A/CN.9/75 | Volumen IV: 1973 | Segunda parte, I, A, 3 | 63 |
| A/CN.9/76 y anexo I | Volumen IV: 1973 | Segunda parte, IV, 4 y 5 | 165, 207 |
| A/CN.9/77 | Volumen IV: 1973 | Segunda parte, II, 1 | 105 |
| A/CN.9/78 | Volumen IV: 1973 | Segunda parte, I, B | 82 |
| A/CN.9/79 | Volumen IV: 1973 | Segunda parte, III, 1 | 133 |
| A/CN.9/82 | Volumen IV: 1973 | Segunda parte, V | 223 |
| A/CN.9/86 | Volumen V: 1974 | Segunda parte, II, 1 | 102 |
| A/CN.9/87 | Volumen V: 1974 | Segunda parte, I, 1 | 31 |
| A/CN.9/87 y anexos I a IV | Volumen V: 1974 | Segunda parte, I, 2-5 | 54 |
| A/CN.9/88 y Add.1 | Volumen V: 1974 | Segunda parte, III, 1 y 2 | 118 |
| A/CN.9/91 | Volumen V: 1974 | Segunda parte, IV | 202 |
| A/CN.9/94 y Add. 1 y 2 | Volumen V: 1974 | Segunda parte, V | 206 |
| A/CN.9/96 y Add.1 | Volumen VI: 1975 | Segunda parte, IV, 1 y 2 | 205 |
| A/CN.9/97 y Add.1 a 4 | Volumen VI: 1975 | Segunda parte, III | 179 |
| A/CN.9/98 | Volumen VI: 1975 | Segunda parte, I, 6 | 125 |
| A/CN.9/99 | Volumen VI: 1975 | Segunda parte, II, 1 | 133 |
| A/CN.9/100 y anexos I a IV | Volumen VI: 1975 | Segunda parte, I, 1-5 | 51 |
| A/CN.9/101 y Add.1 | Volumen VI: 1975 | Segunda parte, II, 3 y 4 | 150 |
| A/CN.9/102 | Volumen VI: 1975 | Segunda parte, II, 5 | 175 |
| A/CN.9/103 | Volumen VI: 1975 | Segunda parte, V | 281 |
| A/CN.9/104 | Volumen VI: 1975 | Segunda parte, VI | 301 |
| A/CN.9/105 | Volumen VI: 1975 | Segunda parte, IV, 3 | 245 |
| A/CN.9/105 y anexo | Volumen VI: 1975 | Segunda parte, IV, 4 | 270 |
| A/CN.9/106 | Volumen VI: 1975 | Segunda parte, VIII | 311 |
| A/CN.9/107 | Volumen VI: 1975 | Segunda parte, VII | 307 |
| A/CN.9/109 y Add.1 y 2 | Volumen VII: 1976 | Segunda parte, IV, 1-3 | 213 |
| A/CN.9/110 | Volumen VII: 1976 | Segunda parte, IV, 4 | 292 |
| A/CN.9/112 y Add.1 | Volumen VII: 1976 | Segunda parte, III, 1 y 2 | 175 |
| A/CN.9/113 | Volumen VII: 1976 | Segunda parte, III, 3 | 202 |
| A/CN.9/114 | Volumen VII: 1976 | Segunda parte, III, 4 | 211 |
| A/CN.9/115 | Volumen VII: 1976 | Segunda parte, IV, 5 | 333 |
| A/CN.9/116 y anexos I y II | Volumen VII: 1976 | Segunda parte, I, 1-3 | 97 |
| A/CN.9/117 | Volumen VII: 1976 | Segunda parte, II, 1 | 161 |
| A/CN.9/119 | Volumen VII: 1976 | Segunda parte, VI | 339 |
| A/CN.9/121 | Volumen VII: 1976 | Segunda parte, V | 337 |
| A/CN.9/125 y Add.1-3 | Volumen VIII: 1977 | Segunda parte, I, D | 124 |
| A/CN.9/126 | Volumen VIII: 1977 | Segunda parte, I, E | 160 |

| <i>Signatura del documento</i> | <i>Volumen, año</i> | <i>Parte, capítulo</i> | <i>Página</i> |
|--------------------------------|---------------------|---------------------------|---------------|
| A/CN.9/127 | Volumen VIII: 1977 | Segunda parte, III | 261 |
| A/CN.9/128 y anexos I y II | Volumen VIII: 1977 | Segunda parte, I, A-C | 83 |
| A/CN.9/129 y Add.1 | Volumen VIII: 1977 | Segunda parte, VI, A y B | 329 |
| A/CN.9/131 | Volumen VIII: 1977 | Segunda parte, II, A | 191 |
| A/CN.9/132 | Volumen VIII: 1977 | Segunda parte, II, B | 249 |
| A/CN.9/133 | Volumen VIII: 1977 | Segunda parte, IV, A | 263 |
| A/CN.9/135 | Volumen VIII: 1977 | Segunda parte, I, F | 184 |
| A/CN.9/137 | Volumen VIII: 1977 | Segunda parte, V | 325 |
| A/CN.9/139 | Volumen VIII: 1977 | Segunda parte, IV, B | 304 |
| A/CN.9/141 | Volumen IX: 1978 | Segunda parte, II, A | 160 |
| A/CN.9/142 | Volumen IX: 1978 | Segunda parte, I, A | 67 |
| A/CN.9/143 | Volumen IX: 1978 | Segunda parte, I, C | 115 |
| A/CN.9/144 | Volumen IX: 1978 | Segunda parte, I, D | 117 |
| A/CN.9/145 | Volumen IX: 1978 | Segunda parte, I, E | 130 |
| A/CN.9/146 y Add.1-4 | Volumen IX: 1978 | Segunda parte, I, F | 137 |
| A/CN.9/147 | Volumen IX: 1978 | Segunda parte, II, B | 174 |
| A/CN.9/148 | Volumen IX: 1978 | Segunda parte, III | 194 |
| A/CN.9/149 y Corr.1 y 2 | Volumen IX: 1978 | Segunda parte, IV, A | 196 |
| A/CN.9/151 | Volumen IX: 1978 | Segunda parte, V | 215 |
| A/CN.9/155 | Volumen IX: 1978 | Segunda parte, IV, B | 213 |
| A/CN.9/156 | Volumen IX: 1978 | Segunda parte, IV, C | 214 |
| A/CN.9/157 | Volumen X: 1979 | Segunda parte, II, A | 63 |
| A/CN.9/159 | Volumen X: 1979 | Segunda parte, I, A | 37 |
| A/CN.9/160 | Volumen X: 1979 | Segunda parte, I, B | 39 |
| A/CN.9/161 | Volumen X: 1979 | Segunda parte, I, C | 40 |
| A/CN.9/163 | Volumen X: 1979 | Segunda parte, II, B | 80 |
| A/CN.9/164 | Volumen X: 1979 | Segunda parte, I, D | 49 |
| A/CN.9/165 | Volumen X: 1979 | Segunda parte, II, C | 82 |
| A/CN.9/166 | Volumen X: 1979 | Segunda parte, III, A | 89 |
| A/CN.9/167 | Volumen X: 1979 | Segunda parte, III, B | 92 |
| A/CN.9/168 | Volumen X: 1979 | Segunda parte, III, C | 101 |
| A/CN.9/169 | Volumen X: 1979 | Segunda parte, III, D | 109 |
| A/CN.9/170 | Volumen X: 1979 | Segunda parte, III, E | 110 |
| A/CN.9/171 | Volumen X: 1979 | Segunda parte, IV | 113 |
| A/CN.9/172 | Volumen X: 1979 | Segunda parte, V | 123 |
| A/CN.9/175 | Volumen X: 1979 | Segunda parte, VI | 131 |
| A/CN.9/176 | Volumen XI: 1980 | Segunda parte, V, A | 123 |
| A/CN.9/177 | Volumen XI: 1980 | Segunda parte, II | 39 |
| A/CN.9/178 | Volumen XI: 1980 | Segunda parte, III, A | 45 |
| A/CN.9/179 | Volumen XI: 1980 | Segunda parte, IV, A | 101 |
| A/CN.9/180 | Volumen XI: 1980 | Segunda parte, IV, B | 104 |
| A/CN.9/181 y anexo | Volumen XI: 1980 | Segunda parte, III, B y C | 56 |
| A/CN.9/183 | Volumen XI: 1980 | Segunda parte, I | 37 |
| A/CN.9/186 | Volumen XI: 1980 | Segunda parte, III, D | 93 |
| A/CN.9/187 y Add.1-3 | Volumen XI: 1980 | Segunda parte, IV, C | 114 |
| A/CN.9/189 | Volumen XI: 1980 | Segunda parte, IV, D | 119 |
| A/CN.9/191 | Volumen XI: 1980 | Segunda parte, V, B | 128 |
| A/CN.9/192 y Add.1 y 2 | Volumen XI: 1980 | Segunda parte, VI | 145 |
| A/CN.9/193 | Volumen XI: 1980 | Segunda parte, V, C | 142 |
| A/CN.9/194 | Volumen XI: 1980 | Segunda parte, V, D | 144 |
| A/CN.9/196 | Volumen XII: 1981 | Segunda parte, II, A | 49 |
| A/CN.9/197 | Volumen XII: 1981 | Segunda parte, I, A | 25 |
| A/CN.9/198 | Volumen XII: 1981 | Segunda parte, IV, A | 91 |
| A/CN.9/199 | Volumen XII: 1981 | Segunda parte, II, B | 69 |
| A/CN.9/200 | Volumen XII: 1981 | Segunda parte, II, C | 70 |
| A/CN.9/201 | Volumen XII: 1981 | Segunda parte, I, C | 47 |
| A/CN.9/202 y Add.1 a 4 | Volumen XII: 1981 | Segunda parte, V, A | 187 |
| A/CN.9/203 | Volumen XII: 1981 | Segunda parte, V, B | 233 |
| A/CN.9/204 | Volumen XII: 1981 | Segunda parte, VIII | 259 |
| A/CN.9/205/Rev.1 | Volumen XII: 1981 | Segunda parte, VI | 253 |
| A/CN.9/206 | Volumen XII: 1981 | Segunda parte, VII | 255 |
| A/CN.9/207 | Volumen XII: 1981 | Segunda parte, III | 73 |

| <i>Signatura del documento</i> | <i>Volumen, año</i> | <i>Parte, capítulo</i> | <i>Página</i> |
|----------------------------------|---------------------|-----------------------------|---------------|
| A/CN.9/208 | Volumen XII: 1981 | Segunda parte, V, C | 250 |
| A/CN.9/210 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, II, A, 1 | 43 |
| A/CN.9/211 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, II, A, 3 | 108 |
| A/CN.9/212 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, II, A, 5 | 185 |
| A/CN.9/213 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, II, A, 4 | 121 |
| A/CN.9/214 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, II, A, 6 | 195 |
| A/CN.9/215 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, II, B, 1 | 251 |
| A/CN.9/216 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, III, A | 286 |
| A/CN.9/217 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, IV, A | 315 |
| A/CN.9/218 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, I, A | 27 |
| A/CN.9/219 y Add.1 (F-corr.1) | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, I, B | 35 |
| A/CN.9/220 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, II, B, 3 | 270 |
| A/CN.9/221 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, II, C | 271 |
| A/CN.9/222 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, III, C | 310 |
| A/CN.9/223 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, II, A, 7 | 249 |
| A/CN.9/224 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, V | 397 |
| A/CN.9/225 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, VI, B | 405 |
| A/CN.9/226 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, VI, A | 403 |
| A/CN.9/227 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, VII | 419 |
| A/CN.9/228 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, VIII | 421 |
| A/CN.9/229 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, VI, C | 416 |
| A/CN.9/232 | Volumen XIV: 1983 | Segunda parte, III, A | 33 |
| A/CN.9/233 | Volumen XIV: 1983 | Segunda parte, III, C | 60 |
| A/CN.9/234 | Volumen XIV: 1983 | Segunda parte, IV, A | 97 |
| A/CN.9/235 | Volumen XIV: 1983 | Segunda parte, I | 27 |
| A/CN.9/236 | Volumen XIV: 1983 | Segunda parte, V, C | 177 |
| A/CN.9/237 y Add.1-3 | Volumen XIV: 1983 | Segunda parte, V, B | 140 |
| A/CN.9/238 | Volumen XIV: 1983 | Segunda parte, V, D | 184 |
| A/CN.9/239 | Volumen XIV: 1983 | Segunda parte, V, A | 138 |
| A/CN.9/240 | Volumen XIV: 1983 | Segunda parte, VII | 202 |
| A/CN.9/241 | Volumen XIV: 1983 | Segunda parte, VI | 199 |
| A/CN.9/242 | Volumen XIV: 1983 | Segunda parte, II | 32 |
| A/CN.9/245 | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, II, A, 1 | 165 |
| A/CN.9/246 y anexo | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, II, B, 1 y 2 | 201 |
| A/CN.9/247 | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, III, A | 249 |
| A/CN.9/248 | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, I, A, 1 | 29 |
| A/CN.9/249 y Add.1 | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, I, A, 2 | 111 |
| A/CN.9/250 y Add.1 a 4 | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, I, B | 121 |
| A/CN.9/251 | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, V, B | 333 |
| A/CN.9/252 y anexos I y II | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, IV, A y B | 304 |
| A/CN.9/253 | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, V, C | 343 |
| A/CN.9/254 | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, V, D | 348 |
| A/CN.9/255 | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, V, A | 331 |
| A/CN.9/256 | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, VII | 354 |
| A/CN.9/257 | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, VI | 352 |
| A/CN.9/259 | Volumen XVI: 1985 | Segunda parte, III, A, 1 | 213 |
| A/CN.9/260 | Volumen XVI: 1985 | Segunda parte, IV, A | 347 |
| A/CN.9/261 | Volumen XVI: 1985 | Segunda parte, II, A | 151 |
| A/CN.9/262 | Volumen XVI: 1985 | Segunda parte, III, B, 1 | 265 |
| A/CN.9/263 y Add.1 a 3 | Volumen XVI: 1985 | Segunda parte, I, A | 55 |
| A/CN.9/264 | Volumen XVI: 1985 | Segunda parte, I, B | 109 |
| A/CN.9/265 | Volumen XVI: 1985 | Segunda parte, V | 373 |
| A/CN.9/266 y Add.1 y 2 | Volumen XVI: 1985 | Segunda parte, II, B | 161 |
| A/CN.9/267 | Volumen XVI: 1985 | Segunda parte, IX | 411 |
| A/CN.9/268 | Volumen XVI: 1985 | Segunda parte, III, C | 345 |
| A/CN.9/269 | Volumen XVI: 1985 | Segunda parte, VI | 391 |
| A/CN.9/270 | Volumen XVI: 1985 | Segunda parte, VIII | 409 |
| A/CN.9/271 | Volumen XVI: 1985 | Segunda parte, VII | 405 |
| A/CN.9/273 | Volumen XVII: 1986 | Segunda parte, I, A, 1 | 43 |
| A/CN.9/274 | Volumen XVII: 1986 | Segunda parte, I, A, 2 | 61 |
| A/CN.9/275 | Volumen XVII: 1986 | Segunda parte, III, A | 187 |

| <i>Signatura del documento</i> | <i>Volumen, año</i> | <i>Parte, capítulo</i> | <i>Página</i> |
|--------------------------------|---------------------|-------------------------|---------------|
| A/CN.9/276 | Volumen XVII: 1986 | Segunda parte, II, A | 89 |
| A/CN.9/277 | Volumen XVII: 1986 | Segunda parte, II, C | 173 |
| A/CN.9/278 | Volumen XVII: 1986 | Segunda parte, I, B | 84 |
| A/CN.9/279 | Volumen XVII: 1986 | Segunda parte, V | 247 |
| A/CN.9/280 | Volumen XVII: 1986 | Segunda parte, IV | 231 |
| A/CN.9/281 | Volumen XVII: 1986 | Segunda parte, VI | 261 |
| A/CN.9/282 | Volumen XVII: 1986 | Segunda parte, VIII | 307 |
| A/CN.9/283 | Volumen XVII: 1986 | Segunda parte, VII | 301 |
| A/CN.9/285 | Volumen XVII: 1986 | Segunda parte, I, A, 4 | 81 |
| A/CN.9/287 | Volumen XVIII: 1987 | Segunda parte, III, A | 117 |
| A/CN.9/288 | Volumen XVIII: 1987 | Segunda parte, I, 1 | 49 |
| A/CN.9/289 | Volumen XVIII: 1987 | Segunda parte, II, A, 1 | 107 |
| A/CN.9/290 | Volumen XVIII: 1987 | Segunda parte, II, A, 4 | 114 |
| A/CN.9/291 | Volumen XVIII: 1987 | Segunda parte, II, B | 115 |
| A/CN.9/292 | Volumen XVIII: 1987 | Segunda parte, IV | 143 |
| A/CN.9/293 | Volumen XVIII: 1987 | Segunda parte, VI | 155 |
| A/CN.9/294 | Volumen XVIII: 1987 | Segunda parte, V | 149 |
| A/CN.9/297 | Volumen XIX: 1988 | Segunda parte, I, A, 1 | 25 |
| A/CN.9/298 | Volumen XIX: 1988 | Segunda parte, II, A | 67 |
| A/CN.9/299 | Volumen XIX: 1988 | Segunda parte, X, B | 173 |
| A/CN.9/300 | Volumen XIX: 1988 | Segunda parte, X, A | 171 |
| A/CN.9/301 | Volumen XIX: 1988 | Segunda parte, I, B | 48 |
| A/CN.9/302 | Volumen XIX: 1988 | Segunda parte, III | 93 |
| A/CN.9/303 | Volumen XIX: 1988 | Segunda parte, IX | 157 |
| A/CN.9/304 | Volumen XIX: 1988 | Segunda parte, VII, A | 133 |
| A/CN.9/305 | Volumen XIX: 1988 | Segunda parte, VII, B | 138 |
| A/CN.9/306 | Volumen XIX: 1988 | Segunda parte, IV | 111 |
| A/CN.9/307 | Volumen XIX: 1988 | Segunda parte, V, A | 117 |
| A/CN.9/308 | Volumen XIX: 1988 | Segunda parte, V, B | 121 |
| A/CN.9/309 | Volumen XIX: 1988 | Segunda parte, VI | 125 |
| A/CN.9/310 | Volumen XIX: 1988 | Segunda parte, VII, D | 149 |
| A/CN.9/311 | Volumen XIX: 1988 | Segunda parte, VIII | 151 |
| A/CN.9/312 | Volumen XIX: 1988 | Segunda parte, VII, C | 145 |
| A/CN.9/315 | Volumen XX: 1989 | Segunda parte, II, A | 111 |
| A/CN.9/316 | Volumen XX: 1989 | Segunda parte, IV, A | 199 |
| A/CN.9/317 | Volumen XX: 1989 | Segunda parte, I, A | 43 |
| A/CN.9/318 | Volumen XX: 1989 | Segunda parte, I, C | 74 |
| A/CN.9/319 y Add.1 a 5 | Volumen XX: 1989 | Segunda parte, III, A | 163 |
| A/CN.9/320 | Volumen XX: 1989 | Segunda parte, III, B | 190 |
| A/CN.9/321 | Volumen XX: 1989 | Segunda parte, III, C | 196 |
| A/CN.9/322 | Volumen XX: 1989 | Segunda parte, V | 225 |
| A/CN.9/323 | Volumen XX: 1989 | Segunda parte, VIII | 269 |
| A/CN.9/324 | Volumen XX: 1989 | Segunda parte, VI | 235 |
| A/CN.9/325 | Volumen XX: 1989 | Segunda parte, VII | 263 |
| A/CN.9/328 | Volumen XXI: 1990 | Segunda parte, I, A | 23 |
| A/CN.9/329 | Volumen XXI: 1990 | Segunda parte, I, D | 73 |
| A/CN.9/330 | Volumen XXI: 1990 | Segunda parte, IV, A | 241 |
| A/CN.9/331 | Volumen XXI: 1990 | Segunda parte, II | 125 |
| A/CN.9/332 y Add.1 a 7 | Volumen XXI: 1990 | Segunda parte, III | 197 |
| A/CN.9/333 | Volumen XXI: 1990 | Segunda parte, V | 267 |
| A/CN.9/334 | Volumen XXI: 1990 | Segunda parte, VI | 281 |
| A/CN.9/335 | Volumen XXI: 1990 | Segunda parte, IX | 313 |
| A/CN.9/336 | Volumen XXI: 1990 | Segunda parte, VII | 283 |
| A/CN.9/337 | Volumen XXI: 1990 | Segunda parte, VIII | 307 |
| A/CN.9/338 | Volumen XXI: 1990 | Segunda parte, X | 317 |
| A/CN.9/341 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, I, C | 153 |
| A/CN.9/342 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, III, A | 333 |
| A/CN.9/343 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, II, A | 279 |
| A/CN.9/344 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, I, E | 207 |
| A/CN.9/345 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, III, C | 364 |
| A/CN.9/346 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, I, A | 53 |
| A/CN.9/347 y Add.1 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, I, B | 109 |

| <i>Signatura del documento</i> | <i>Volumen, año</i> | <i>Parte, capítulo</i> | <i>Página</i> |
|---|---------------------|------------------------|---------------|
| A/CN.9/348 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, V, B | 429 |
| A/CN.9/349 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, VIII | 481 |
| A/CN.9/350 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, IV | 401 |
| A/CN.9/351 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, VII | 477 |
| A/CN.9/352 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, V, A | 429 |
| A/CN.9/353 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, VI | 469 |
| A/CN.9/356 | Volumen XXIII: 1992 | Segunda parte, III, A | 213 |
| A/CN.9/357 | Volumen XXIII: 1992 | Segunda parte, II, A | 39 |
| A/CN.9/358 | Volumen XXIII: 1992 | Segunda parte, IV, A | 313 |
| A/CN.9/359 | Volumen XXIII: 1992 | Segunda parte, III, C | 266 |
| A/CN.9/360 | Volumen XXIII: 1992 | Segunda parte, V, A | 373 |
| A/CN.9/361 | Volumen XXIII: 1992 | Segunda parte, IV, C | 352 |
| A/CN.9/362 y Add.1-17 | Volumen XXIII: 1992 | Segunda parte, II, C | 98 |
| A/CN.9/363 | Volumen XXIII: 1992 | Segunda parte, VIII | 425 |
| A/CN.9/364 | Volumen XXIII: 1992 | Segunda parte, VI, A | 415 |
| A/CN.9/367 | Volumen XXIII: 1992 | Segunda parte, I, A | 31 |
| A/CN.9/368 | Volumen XXIII: 1992 | Segunda parte, VII | 417 |
| A/CN.9/371 | Volumen XXIV: 1993 | Segunda parte, I, A | 47 |
| A/CN.9/372 | Volumen XXIV: 1993 | Segunda parte, II, A | 151 |
| A/CN.9/373 | Volumen XXIV: 1993 | Segunda parte, III, A | 209 |
| A/CN.9/374 y Corr.1 | Volumen XXIV: 1993 | Segunda parte, II, C | 191 |
| A/CN.9/375 | Volumen XXIV: 1993 | Segunda parte, I, C | 110 |
| A/CN.9/376 y Add.1 y 2 | Volumen XXIV: 1993 | Segunda parte, I, D | 130 |
| A/CN.9/377 | Volumen XXIV: 1993 | Segunda parte, I, E | 148 |
| A/CN.9/378 y Add.1-5 | Volumen XXIV: 1993 | Segunda parte, IV, A-F | 247 |
| A/CN.9/379 | Volumen XXIV: 1993 | Segunda parte, VII | 321 |
| A/CN.9/380 | Volumen XXIV: 1993 | Segunda parte, V | 285 |
| A/CN.9/381 | Volumen XXIV: 1993 | Segunda parte, VI | 313 |
| A/CN.9/384 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, VI, A | 263 |
| A/CN.9/385 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, VII | 275 |
| A/CN.9/386 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, VI, B | 269 |
| A/CN.9/387 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, III, A | 161 |
| A/CN.9/388 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, II, A | 121 |
| A/CN.9/389 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, I, A | 39 |
| A/CN.9/390 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, III, C | 200 |
| A/CN.9/391 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, II, C | 143 |
| A/CN.9/392 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, I, C | 63 |
| A/CN.9/393 | Volumen XXIV: 1993 | Tercera parte, II | 349 |
| A/CN.9/394 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, I, E | 115 |
| A/CN.9/395 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, VIII | 281 |
| A/CN.9/396 y Add.1 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, IV | 227 |
| A/CN.9/397 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, V, A | 245 |
| A/CN.9/398 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, V, B | 256 |
| A/CN.9/399 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, V, C | 259 |
| A/CN.9/400 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, X | 319 |
| A/CN.9/401 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, IX, A | 307 |
| A/CN.9/401/Add.1 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte IX, B | 315 |
| A/CN.9/403 | Volumen XXV: 1994 | Tercera parte, II | 341 |
| A/CN.9/405 | Volumen XXVI: 1995 | Segunda parte, I, A | 73 |
| A/CN.9/406 | Volumen XXVI: 1995 | Segunda parte, II, A | 119 |
| A/CN.9/407 | Volumen XXVI: 1995 | Segunda parte, II, C | 151 |
| A/CN.9/408 | Volumen XXVI: 1995 | Segunda parte, I, C | 99 |
| A/CN.9/409 y Add.1-4 | Volumen XXVI: 1995 | Segunda parte, II, E | 191 |
| A/CN.9/410 | Volumen XXVI: 1995 | Segunda parte, III | 211 |
| A/CN.9/411 | Volumen XXVI: 1995 | Segunda parte, I, D | 117 |
| A/CN.9/412 | Volumen XXVI: 1995 | Segunda parte, IV, C | 236 |
| A/CN.9/413 | Volumen XXVI: 1995 | Segunda parte, IV, A | 225 |
| A/CN.9/414 | Volumen XXVI: 1995 | Segunda parte, IV, B | 228 |
| A/CN.9/415 | Volumen XXVI: 1995 | Segunda parte, VI | 257 |
| A/CN.9/416 | Volumen XXVI: 1995 | Segunda parte, V | 249 |
| A/CN.9/419 y Corr.1 (sólo en inglés) | Volumen XXVII: 1996 | Segunda parte, III, A | 117 |

| <i>Signatura del documento</i> | <i>Volumen, año</i> | <i>Parte, capítulo</i> | <i>Página</i> |
|--------------------------------|----------------------|------------------------|---------------|
| A/CN.9/420 | Volumen XXVII: 1996 | Segunda parte, IV | 189 |
| A/CN.9/421 | Volumen XXVII: 1996 | Segunda parte, II, A | 59 |
| A/CN.9/422 | Volumen XXVII: 1996 | Segunda parte, III, C | 153 |
| A/CN.9/423 | Volumen XXVII: 1996 | Segunda parte, I, A | 47 |
| A/CN.9/424 | Volumen XXVII: 1996 | Segunda parte, V | 217 |
| A/CN.9/425 | Volumen XXVII: 1996 | Segunda parte, I, B | 58 |
| A/CN.9/426 | Volumen XXVII: 1996 | Segunda parte, II, C | 98 |
| A/CN.9/427 | Volumen XXVII: 1996 | Segunda parte, VII | 241 |
| A/CN.9/428 | Volumen XXVII: 1996 | Segunda parte, VI | 231 |
| A/CN.9/431 | Volumen XXVIII: 1997 | Segunda parte, V | 303 |
| A/CN.9/432 | Volumen XXVIII: 1997 | Segunda parte, II, A | 131 |
| A/CN.9/433 | Volumen XXVIII: 1997 | Segunda parte, I, A | 49 |
| A/CN.9/434 | Volumen XXVIII: 1997 | Segunda parte, II, C | 181 |
| A/CN.9/435 | Volumen XXVIII: 1997 | Segunda parte, I, C | 77 |
| A/CN.9/436 | Volumen XXVIII: 1997 | Segunda parte, I, E | 115 |
| A/CN.9/437 | Volumen XXVIII: 1997 | Segunda parte, III, A | 233 |
| A/CN.9/438 y Add.1 a 3 | Volumen XXVIII: 1997 | Segunda parte, IV | 273 |
| A/CN.9/439 | Volumen XXVIII: 1997 | Segunda parte, VIII | 315 |
| A/CN.9/440 | Volumen XXVIII: 1997 | Segunda parte, VII | 313 |
| A/CN.9/444 y Add.1-5 | Volumen XXIX: 1998 | Segunda parte, III | 189 |
| A/CN.9/445 | Volumen XXIX: 1998 | Segunda parte, I, A | 37 |
| A/CN.9/446 | Volumen XXIX: 1998 | Segunda parte, II, A | 133 |
| A/CN.9/447 | Volumen XXIX: 1998 | Segunda parte, I, C | 89 |
| A/CN.9/448 | Volumen XXIX: 1998 | Segunda parte, VI | 265 |
| A/CN.9/449 | Volumen XXIX: 1998 | Segunda parte, V | 263 |
| A/CN.9/450 | Volumen XXIX: 1998 | Segunda parte, II, D | 185 |

6. Documentos presentados a los Grupos de Trabajo

a) Grupo de Trabajo I: Los plazos y la prescripción

| | | | |
|------------------|------------------|------------------------|----|
| A/CN.9/WG.1/WP.9 | Volumen II: 1971 | Segunda parte, I, C, 1 | 83 |
|------------------|------------------|------------------------|----|

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 | 198 |
| A/CN.9/WG.2/WP.6 | Volumen II: 1971 | Segunda parte, I, A, 1 | 43 |
| A/CN.9/WG.2/WP.8 | Volumen III: 1972 | Segunda parte, I, A, 1 | 37 |
| A/CN.9/WG.2/WP.9 | Volumen III: 1972 | Segunda parte, I, A, 2 | 49 |
| A/CN.9/WG.2/WP.10 | Volumen III: 1972 | Segunda parte, I, A, 3 | 63 |
| A/CN.9/WG.2/WP.11 | Volumen III: 1972 | Segunda parte, I, A, 4 | 80 |
| A/CN.9/WG.2/WP.15 | Volumen IV: 1973 | Segunda parte, I, A, 1 | 31 |
| A/CN.9/WG.2/WP.16 | Volumen IV: 1973 | Segunda parte, I, A, 2 | 35 |
| A/CN.9/WG.2/WP.15/ Add.1 | Volumen V: 1974 | Segunda parte, I, 3 | 64 |
| A/CN.9/WG.2/WP.17/ Add.1 | Volumen V: 1974 | Segunda parte, I, 4 | 69 |
| A/CN.9/WG.2/WP.17/ Add.2 | Volumen V: 1974 | Segunda parte, I, 4 | 69 |
| A/CN.9/WG.2/WP.20 | Volumen VI: 1975 | Segunda parte, I, 4 | 95 |
| A/CN.9/WG.2/WP.21 y Add.1-2 | Volumen VI: 1975 | Segunda parte, I, 3 | 75 |
| A/CN.9/WG.2/WP.26 y Add.1 y apéndice I | Volumen VIII: 1977 | Segunda parte, I, C | 103 |
| A/CN.9/WG.2/WP.27 | Volumen IX: 1978 | Segunda parte, I, B | 95 |
| A/CN.9/WG.2/WP.28 | Volumen IX: 1978 | Segunda parte, I, B | 95 |

ii) Prácticas contractuales internacionales

| | | | |
|------------------------------|--------------------|--------------------------|-----|
| A/CN.9/WG.2/WP.33 y Add.1 | Volumen XII: 1981 | Segunda parte, I, B, 1-2 | 30 |
| A/CN.9/WG.II/WP.35 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, III, B | 302 |
| A/CN.9/WG.II/WP.37 | Volumen XIV: 1983 | Segunda parte, III, B, 1 | 51 |

| <i>Signatura del documento</i> | <i>Volumen, año</i> | <i>Parte, capítulo</i> | <i>Página</i> |
|--------------------------------|----------------------|-----------------------------|---------------|
| A/CN.9/WG.II/WP.38 | Volumen XIV: 1983 | Segunda parte, III, B, 2 | 56 |
| A/CN.9/WG.II/WP.40 | Volumen XIV: 1983 | Segunda parte, III, D, 1 | 79 |
| A/CN.9/WG.II/WP.41 | Volumen XIV: 1983 | Segunda parte, III, D, 2 | 86 |
| A/CN.9/WG.II/WP.42 | Volumen XIV: 1983 | Segunda parte, III, D, 3 | 93 |
| A/CN.9/WG.II/WP.44 | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, II, A, 2, a) | 190 |
| A/CN.9/WG.II/WP.45 | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, II, A, 2, b) | 195 |
| A/CN.9/WG.II/WP.46 | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, II, A, 2, c) | 199 |
| A/CN.9/WG.II/WP.48 | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, II, B, 3, a) | 232 |
| A/CN.9/WG.II/WP.49 | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, II, B, 3, b) | 241 |
| A/CN.9/WG.II/WP.50 | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, II, B, 3, c) | 245 |
| A/CN.9/WG.II/WP.52 y Add.1 | Volumen XVI: 1985 | Segunda parte, IV, B, 1 | 361 |
| A/CN.9/WG.II/WP.53 | Volumen XVI: 1985 | Segunda parte, IV, B, 3 | 369 |
| A/CN.9/WG.II/WP.55 | Volumen XVII: 1986 | Segunda parte, III, B, 1 | 202 |
| A/CN.9/WG.II/WP.56 | Volumen XVII: 1986 | Segunda parte, III, B, 2 | 217 |
| A/CN.9/WG.II/WP.58 | Volumen XVIII: 1987 | Segunda parte, III, B | 135 |
| A/CN.9/WG.II/WP.60 | Volumen XIX: 1988 | Segunda parte, II, B | 84 |
| A/CN.9/WG.II/WP.62 | Volumen XX: 1989 | Segunda parte, IV, B, 1 | 218 |
| A/CN.9/WG.II/WP.63 | Volumen XX: 1989 | Segunda parte, IV, B, 2 | 221 |
| A/CN.9/WG.II/WP.65 | Volumen XXI: 1990 | Segunda parte, IV, B | 253 |
| A/CN.9/WG.II/WP.67 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, III, B, 1 | 346 |
| A/CN.9/WG.II/WP.68 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, III, B, 2 | 353 |
| A/CN.9/WG.II/WP.70 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, III, D, 1 | 377 |
| A/CN.9/WG.II/WP.71 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, III, D, 2 | 398 |
| A/CN.9/WG.II/WP.73 y Add.1 | Volumen XXIII: 1992 | Segunda parte, IV, B | 336 |
| A/CN.9/WG.II/WP.76 y Add.1 | Volumen XXIV: 1993 | Segunda parte, II, B, 1 | 168 |
| A/CN.9/WG.II/WP.77 | Volumen XXIV: 1993 | Segunda parte, II, B, 2 | 183 |
| A/CN.9/WG.II/WP.80 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, II, B | 138 |
| A/CN.9/WG.II/WP.83 | Volumen XXVI: 1995 | Segunda parte, I, B | 93 |
| A/CN.9/WG.II/WP.87 | Volumen XXVIII: 1997 | Segunda parte, II, B | 163 |
| A/CN.9/WG.II/WP.89 | Volumen XXVIII: 1997 | Segunda parte, II, D, 1 | 213 |
| A/CN.9/WG.II/WP.90 | Volumen XXVIII: 1997 | Segunda parte, II, D, 2 | 226 |
| A/CN.9/WG.II/WP.91 | Volumen XXVIII: 1997 | Segunda parte, II, D, 3 | 230 |
| A/CN.9/WG.II/WP.93 | Volumen XXIX: 1998 | Segunda parte, I, B | 67 |
| A/CN.9/WG.II/WP.96 | Volumen XXIX: 1998 | Segunda parte, I, D | 111 |

c) Grupo de Trabajo III: Reglamentación internacional del transporte marítimo

| | | | |
|---------------------|------------------|-----------------------|-----|
| A/CN.9/WG.III/WP.6 | Volumen IV: 1973 | Segunda parte, IV, 2 | 150 |
| A/CN.9/WG.III/WP.7 | Volumen IV: 1973 | Segunda parte, IV, 2 | 160 |
| A/CN.9/WG.III/WP.11 | Volumen V: 1974 | Segunda parte, III, 3 | 175 |

d) Grupo de Trabajo IV

i) Títulos negociables internacionales

| | | | |
|-----------------------------------|---------------------|-------------------------------|-----|
| A/CN.9/WG.IV/WP.2 | Volumen IV: 1973 | Segunda parte, II, 2 | 121 |
| A/CN.9/WG.IV/CRP.5 | Volumen VI: 1975 | Segunda parte, II, 2 | 149 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.21 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, II, A, 2 a) | 72 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.22 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, II, A, 2 b) | 77 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.23 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, II, A, 2 c) | 79 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.24 y Add.1 y 2 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, II, A, 2 d)-f) | 81 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.25 y Add.1 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, II, A, 2 g)-h) | 97 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.27 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, II, B, 2 | 261 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.30 | Volumen XVII: 1986 | Segunda parte, I, A, 3 | 75 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.32 y Add. 1-10 | Volumen XVIII: 1987 | Segunda parte, I, 2 | 69 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.33 | Volumen XVIII: 1987 | Segunda parte, I, 3 | 103 |

| <i>Signatura del documento</i> | <i>Volumen, año</i> | <i>Parte, capítulo</i> | <i>Página</i> |
|---|----------------------|--------------------------|---------------|
| <i>ii) Pagos internacionales</i> | | | |
| A/CN.9/WG.IV/WP.35 | Volumen XIX: 1988 | Segunda parte, I, A, 2 | 37 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.37 | Volumen XX: 1989 | Segunda parte, I, B | 60 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.39 | Volumen XX: 1989 | Segunda parte, I, D | 95 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.41 | Volumen XXI: 1990 | Segunda parte, I, B | 43 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.42 | Volumen XXI: 1990 | Segunda parte, I, C | 63 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.44 | Volumen XXI: 1990 | Segunda parte, I, E | 96 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.46 y Corr.1 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, I, D, 1 | 171 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.47 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, I, D, 2 | 205 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.49 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, I, F | 228 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.51 y Add.7 | Volumen XXIII: 1992 | Segunda parte, II, B | 50 |
| <i>iii) Comercio electrónico</i> | | | |
| A/CN.9/WG.IV/WP.53 | Volumen XXIII: 1992 | Segunda parte, V, B | 393 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.55 | Volumen XXIV: 1993 | Segunda parte, III, B | 227 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.57 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, III, B, 1 | 186 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.58 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, III, B, 2 | 197 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.60 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, III, D | 221 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.62 | Volumen XXV: 1995 | Segunda parte, II, B | 147 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.64 | Volumen XXV: 1995 | Segunda parte, II, D, 1 | 169 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.65 | Volumen XXV: 1995 | Segunda parte, II, D, 2 | 184 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.66 | Volumen XXV: 1995 | Segunda parte, II, D, 3 | 186 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.67 | Volumen XXV: 1995 | Segunda parte, II, D, 4 | 189 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.69 | Volumen XXVII: 1996 | Segunda parte, II, B | 80 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.71 | Volumen XXVIII: 1997 | Segunda parte, III, A | 257 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.73 | Volumen XXIX: 1998 | Segunda parte, II, B | 166 |
| A/CN.9/WG.IV/WP.74 | Volumen XXIX: 1998 | Segunda parte, II, C | 188 |
| <i>e) Grupo de Trabajo V: Nuevo orden económico internacional</i> | | | |
| A/CN.9/WG.V/WP.4 y Add.1-8 | Volumen XII: 1981 | Segunda parte, IV, B, 1 | 98 |
| A/CN.9/WG.V/WP.5 | Volumen XII: 1981 | Segunda parte, IV, B, 2 | 185 |
| A/CN.9/WG.V/WP.7 y Add.1-6 | Volumen XIII: 1982 | Segunda parte, IV, B | 327 |
| A/CN.9/WG.V/WP.9 y Add.1-5 | Volumen XIV: 1983 | Segunda parte, IV, B | 102 |
| A/CN.9/WG.V/WP.11 y Add.1-9 | Volumen XV: 1984 | Segunda parte, III, B | 261 |
| A/CN.9/WG.V/WP.13 y Add.1-6 | Volumen XVI: 1985 | Segunda parte, III, A, 2 | 229 |
| A/CN.9/WG.V/WP.15 y Add.1-10 | Volumen XVI: 1985 | Segunda parte, III, B, 2 | 286 |
| A/CN.9/WG.V/WP.17 y Add.1-9 | Volumen XVII: 1986 | Segunda parte, II, B | 112 |
| A/CN.9/WG.V/WP.19 | Volumen XVIII: 1987 | Segunda parte, II, A, 2 | 109 |
| A/CN.9/WG.V/WP.20 | Volumen XVIII: 1987 | Segunda parte, II, A, 3 | 111 |
| A/CN.9/WG.V/WP.22 | Volumen XX: 1989 | Segunda parte, II, B | 125 |
| A/CN.9/WG.V/WP.24 | Volumen XXI: 1990 | Segunda parte, II, B | 147 |
| A/CN.9/WG.V/WP.25 | Volumen XXI: 1990 | Segunda parte, II, C | 160 |
| A/CN.9/WG.V/WP.27 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, II, B, 1 | 302 |
| A/CN.9/WG.V/WP.28 | Volumen XXII: 1991 | Segunda parte, II, B, 2 | 311 |
| A/CN.9/WG.V/WP.30 | Volumen XXIII: 1992 | Segunda parte, III, B, 1 | 238 |
| A/CN.9/WG.V/WP.31 | Volumen XXIII: 1992 | Segunda parte, III, B, 2 | 261 |
| A/CN.9/WG.V/WP.33 | Volumen XXIII: 1992 | Segunda parte, III, D, 2 | 294 |
| A/CN.9/WG.V/WP.34 | Volumen XXIII: 1992 | Segunda parte, III, D, 3 | 309 |
| A/CN.9/WG.V/WP.36 | Volumen XXIV: 1993 | Segunda parte, I, B | 85 |
| A/CN.9/WG.V/WP.38 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, I, B | 59 |
| A/CN.9/WG.V/WP.40 | Volumen XXV: 1994 | Segunda parte, I, D | 94 |

| <i>Signatura del documento</i> | <i>Volumen, año</i> | <i>Parte, capítulo</i> | <i>Página</i> |
|--------------------------------|---------------------|------------------------|---------------|
|--------------------------------|---------------------|------------------------|---------------|

Insolvencia transfronteriza

| | | | |
|-------------------|----------------------|-----------------------|-----|
| A/CN.9/WG.V/WP.42 | Volumen XXVII: 1996 | Segunda parte, III, B | 141 |
| A/CN.9/WG.V/WP.44 | Volumen XXVII: 1996 | Segunda parte, III, D | 176 |
| A/CN.9/WG.V/WP.46 | Volumen XXVIII: 1997 | Segunda parte, I, B | 70 |
| A/CN.9/WG.V/WP.48 | Volumen XXVIII: 1997 | Segunda parte, I, D | 105 |

7. Actas resumidas de los debates en la Comisión

| | | | |
|---------------------------------------|----------------------|------------------------|-----|
| A/CN.9/SR.93-123 | Volumen III: 1972 | Suplemento | 1 |
| A/CN.9/SR.254-256 | Volumen XIV: 1983 | Tercera parte, I, A | 207 |
| A/CN.9/SR.255-261 | Volumen XIV: 1983 | Tercera parte, I, B, 1 | 213 |
| A/CN.9/SR.270-278, 282 y 283 | Volumen XIV: 1983 | Tercera parte, I, B, 2 | 241 |
| A/CN.9/SR.286-299 y 301 | Volumen XVI: 1984 | Tercera parte, I | 359 |
| A/CN.9/SR.305-333 | Volumen XVI: 1985 | Tercera parte, II | 425 |
| A/CN.9/SR.335-353, 355 y 356 | Volumen XVII: 1986 | Tercera parte, II | 327 |
| A/CN.9/SR.378, 379, 381- 385 y 388 | Volumen XVIII: 1987 | Tercera parte, III | 179 |
| A/CN.9/SR.402-421, 424 y 425 | Volumen XX: 1989 | Tercera parte, II | 281 |
| A/CN.9/SR.439-462 y 465 | Volumen XXII: 1991 | Tercera parte, II | 493 |
| A/CN.9/SR.467-476, 481 y 482 | Volumen XXII: 1992 | Tercera parte, III | 449 |
| A/CN.9/SR.494-513 | Volumen XXIV: 1993 | Tercera parte, III | 371 |
| A/CN.9/SR.520-540 | Volumen XXV: 1994 | Tercera parte, III | 367 |
| A/CN.9/SR.547-579 | Volumen XXVI: 1995 | Tercera parte, III | 275 |
| A/CN.9/SR.583-606 | Volumen XXVII: 1996 | Tercera parte, III | 265 |
| A/CN.9/SR.607-631 | Volumen XXVIII: 1997 | Tercera parte, III | 357 |

8. Textos aprobados por Conferencias de Plenipotenciarios

| | | | |
|---------------------------------|---------------------|-----------------------|-----|
| A/CONF.63/14 y Corr.1 | Volumen V: 1974 | Tercera parte, I, A | 221 |
| A/CONF.63/15 | Volumen V: 1974 | Tercera parte, I, B | 222 |
| A/CONF.63/17 | Volumen X: 1979 | Tercera parte, I | 145 |
| A/CONF.89/13, anexos I a III | Volumen IX: 1978 | Tercera parte, I, A-D | 231 |
| A/CONF.97/18 y anexos I y II | Volumen XI: 1980 | Tercera parte, I, A-C | 159 |
| A/CONF.152/13 | Volumen XXIII: 1992 | Tercera parte, I | 435 |

9. Bibliografías de obras relativas a la labor realizada por la Comisión

| | | | |
|-------------------|----------------------|----------------------|-----|
| (Sin signatura) | Volumen I: 1968-1970 | Tercera parte | 313 |
| A/CN.9/L.20/Add.1 | Volumen II: 1971 | Segunda parte | 157 |
| (Sin signatura) | Volumen II: 1971 | Segunda parte | 162 |
| (Sin signatura) | Volumen III: 1972 | Segunda parte | 347 |
| (Sin signatura) | Volumen IV: 1973 | Segunda parte | 237 |
| A/CN.9/L.25 | Volumen V: 1974 | Tercera parte, II, A | 227 |
| (Sin signatura) | Volumen V: 1974 | Tercera parte, II, B | 253 |
| (Sin signatura) | Volumen VI: 1975 | Tercera parte, II, A | 326 |
| (Sin signatura) | Volumen VII: 1976 | Tercera parte, A | 357 |
| (Sin signatura) | Volumen VIII: 1977 | Tercera parte, A | 351 |
| (Sin signatura) | Volumen IX: 1978 | Tercera parte, II | 241 |
| (Sin signatura) | Volumen X: 1979 | Tercera parte, II | 167 |
| (Sin signatura) | Volumen XI: 1980 | Tercera parte, IV | 179 |
| (Sin signatura) | Volumen XII: 1981 | Tercera parte, III | 267 |
| (Sin signatura) | Volumen XIII: 1982 | Tercera parte, IV | 432 |
| (Sin signatura) | Volumen XIV: 1983 | Tercera parte, IV | 291 |
| (Sin signatura) | Volumen XV: 1984 | Tercera parte, II | 400 |
| A/CN.9/284 | Volumen XVI: 1985 | Tercera parte, III | 543 |

| <i>Signatura del documento</i> | <i>Volumen, año</i> | <i>Parte, capítulo</i> | <i>Página</i> |
|----------------------------------|----------------------|------------------------|---------------|
| A/CN.9/295 | Volumen XVII: 1986 | Tercera parte, III | 409 |
| A/CN.9/313 | Volumen XVIII: 1987 | Tercera parte, III | 207 |
| A/CN.9/326 | Volumen XIX: 1988 | Tercera parte, III | 227 |
| A/CN.9/339 | Volumen XX: 1989 | Tercera parte, III | 369 |
| A/CN.9/354 | Volumen XXI: 1990 | Tercera parte, I | 321 |
| A/CN.9/369 | Volumen XXII: 1991 | Tercera parte, VI | 587 |
| A/CN.9/382 | Volumen XXIII: 1992 | Tercera parte, V | 503 |
| A/CN.9/402 | Volumen XXIV: 1993 | Tercera parte, IV | 449 |
| A/CN.9/417 | Volumen XXV: 1994 | Tercera parte, IV | 445 |
| A/CN.9/429 | Volumen XXVI: 1995 | Tercera parte, IV | 405 |
| A/CN.9/441 y Corr.1 (No. 442) | Volumen XXVII: 1996 | Tercera parte, IV | 337 |
| A/CN.9/452 | Volumen XXVIII: 1997 | Tercera parte, IV | 441 |
| A/CN.9/463 | Volumen XXIX: 1998 | Tercera parte, II | 275 |



كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى : الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.